

Cet article est disponible en ligne à l'adresse :

[http://www.cairn.info/article.php?ID\\_REVUE=POUV&ID\\_NUMPUBLIE=POUV\\_107&ID\\_ARTICLE=POUV\\_107\\_0059](http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=POUV&ID_NUMPUBLIE=POUV_107&ID_ARTICLE=POUV_107_0059)

---

## Code civil et droit canonique

par Jean-Paul DURAND

| Le Seuil | Pouvoirs

2003/4 - n° 107

ISSN 0152-0768 | ISBN 9782020573504 | pages 59 à 79

---

Pour citer cet article :

— Durand J.-P., Code civil et droit canonique, Pouvoirs 2003/4, n° 107, p. 59-79.

---

Distribution électronique Cairn pour Le Seuil.

© Le Seuil. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

CODE CIVIL  
ET DROIT CANONIQUE

«**C**ODE CIVIL ET DROIT CANONIQUE», ou « à propos de la ren-  
contre entre une codification moderne et un droit confes-  
sionnel », qu'est-ce à dire ? L'histoire de la civilisation occidentale et en  
particulier l'histoire de la vie privée dans cette civilisation <sup>1</sup> s'enracinent  
dans la Grèce et le judaïsme, et plus particulièrement dans le rayonne-  
ment de l'Empire romain et le développement du christianisme, ce  
dernier renouant plus tard avec les philosophes grecs par l'intermé-  
diaire de quelques lettrés musulmans <sup>2</sup>. Par ailleurs, est communément  
soulignée la part prise par le droit romain dans la formation des droits  
européens : d'abord le droit romain de l'Antiquité, ensuite le droit  
romain qui a formé pendant des siècles – avec le droit canonique puis  
sans lui – des générations de juristes dans les universités médiévales <sup>3</sup> et  
modernes. Ces juristes y cherchèrent des solutions face aux problèmes  
rencontrés dans une pratique régie surtout par les lourdeurs de la cou-  
tume <sup>4</sup>. D'autres domaines ont également été examinés récemment par  
des historiens du droit ancien et du droit canonique, des domaines  
juridiques où l'interférence entre le droit romain, le droit canonique et

---

1. Philippe Ariès et Georges Duby (dir.), *Histoire de la vie privée*, Paris, Seuil, 1985-1987, 5 tomes.

2. Avital Wohlman, *Thomas d'Aquin et Maïmonide, un dialogue exemplaire*, préface d'Isaïe Leibowitz, Paris, Cerf, coll. « Patrimoines », 1988.

3. Jean Gaudemet, *La Formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IV<sup>e</sup> et V<sup>e</sup> siècles*, Paris, Sirey, 1979; Joseph Canning, *Histoire de la pensée politique médiévale (300-1450)*, Paris-Fribourg, Cerf et Éditions universitaires de Fribourg, coll. « Pensée antique et médiévale – Initiation », 2003.

4. Brigitte Basdevant-Gaudemet et Jean Gaudemet, *Introduction historique au droit, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, Paris, LGDJ, coll. « Manuels », 2000.

le droit français ancien<sup>5</sup> a réussi à forger une rationalité normative dont sont redevables aujourd'hui encore de grandes institutions, notamment de droit privé, comme le régime de l'adoption par exemple<sup>6</sup>.

Anne Lefebvre-Teillard écrit que « de ce complexe ordonnancement, mais aussi d'une extraordinaire volonté politique, devait sortir le Code civil<sup>7</sup> ». S'agissant des grandes matières civiles que codifie Napoléon Bonaparte, le droit des personnes<sup>8</sup>, le droit du mariage<sup>9</sup>, de la filiation<sup>10</sup> et de la famille<sup>11</sup>, le droit des biens<sup>12</sup> et des contrats<sup>13</sup>, tous ces droits se sont appuyés sur des intuitions découvertes grâce au droit romain ou même au droit canonique latin de l'Église catholique romaine<sup>14</sup>. D'autres branches du droit français ont aussi connu des influences judéo-chrétiennes ou proprement bibliques, le droit pénal par exemple<sup>15</sup>. C'est pourquoi il aurait été possible de rédiger un

5. Gabriel Le Bras, « La formation du droit romano-canonique », in Pierre Andrieu-Guitrancourt (dir.), *Actes du congrès de droit canonique*, Cinquantenaire de la Faculté de droit canonique de l'Institut catholique de Paris (1947), Paris, Letouzey et Ané, coll. « Bibliothèque de la Faculté de droit canonique de Paris », 1950, p. 335-338.

6. Franck Roumy, *L'Adoption dans le droit savant du XI<sup>e</sup> au XVI<sup>e</sup> siècle*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque des thèses de droit privé », 1998, t. 279.

7. Anne Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental-Droit civil », 1996, p. 9.

8. Jean Gaudemet, « Persona » (1976), in *La Doctrine canonique médiévale*, Collected Studies Series CS435, Norfolk, Variorum, 1994, XIV, p. 465-492.

9. Jean Gaudemet, *Le Mariage en Occident*, Paris, Cerf, coll. « Histoire », 1987.

10. Guy Raymond, « Filiation biologique, filiation affective : quels choix en droit français ? », in Jean-Daniel Causse et Xavier Lacroix (dir.), « La filiation interrogée » (colloque de l'Association des théologiens pour l'étude de la morale – ATEM, 2002), *Revue d'éthique et de théologie morale*, « Le Supplément », n° 225, juin 2003, p. 55-67; Guy Raymond, *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, Paris, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 2003; Martine Sevegrand, *Les Enfants du bon Dieu. Les catholiques français et la procréation au XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Albin Michel, coll. « Bibliothèque-Histoire », 1995.

11. Roland Ganghofer (dir.), *Le Droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, coll. « Publications de la Maison des sciences de l'homme de Strasbourg », n° 7, 1992; Gérard Cornu, *Droit civil. La famille*, Paris, Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd.

12. On se souvient notamment des enseignements du doyen Jean Carbonnier, *Droit civil*, 3, *Les Biens*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1969, 6<sup>e</sup> éd.

13. Jean Carbonnier, *Droit civil*, 4, *Les Obligations*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1969, 6<sup>e</sup> éd.

14. Jean Gaudemet, « Il diritto canonico nella storia cultura giuridica Europea » (1991), in *La Doctrine canonique médiévale*, op. cit., XVII, p. 3-29.

15. Jean-Marie Carbasse, « L'influence de la Bible sur l'ancien droit pénal français », in *L'Année canonique*, t. 35, 1992, p. 103-114; Antoine Laingui, « Le droit pénal canonique, source de l'ancien droit pénal laïc », in *Églises et Pouvoir politique*, Angers, Presses universitaires d'Angers, 1987, p. 213-232; Roger Merle, *La Pénitence et la Peine, théologie, droit canonique*,

article d'histoire de droit comparé sur le thème suivant : « Droit canonique et Code civil »<sup>16</sup>.

Mais la direction de la revue française d'études constitutionnelles et politiques *Pouvoirs* a opté pour une autre démarche, intéressante également, en me demandant un article sur un thème de droit positif comparé : « Code civil et droit canonique »<sup>17</sup>. Il est raisonnable de penser que ce choix n'exclut pas la dimension historique<sup>18</sup>, surtout dans une telle rencontre de normativités héritières chacune d'une longue tradition institutionnelle<sup>19</sup>. Néanmoins, les dimensions d'un article ne permettent pas de tenter une approche générique suffisamment étayée des rapports du Code civil et du droit canonique, depuis 1804 jusqu'aux débuts du III<sup>e</sup> millénaire. La prégnance du droit canonique en France, depuis les origines de ce droit confessionnel jusqu'à la veille de la promulgation par Napoléon du Code civil, a déjà fait l'objet d'un regard d'historien<sup>20</sup>. Et, dans ce contexte, les rapports interjuridictionnels entre pouvoir séculier et catholicisme en France sont importants à considérer quant à leurs répercussions en philosophie et en théorie

61

---

*droit pénal*, Paris, coéd. Cujas-Cerf, coll. « Éthique et société », 1985; Michel Anquetil, Simone Buffard, Yves Castan, Pierrette Poncela, Louis Raingard de La Blétière, Philippe Robert, *La Peine, quel avenir ? Approche pluridisciplinaire de la peine judiciaire*, Paris, Cerf, coll. « Recherches morales », 1983; Martine Carbonnier, « Le droit de punir et le sens de la peine chez Calvin », in *Revue d'histoire et de philosophie religieuse*, 1974, p. 187 sq.; Alain Cabantous, *Histoire du blasphème en Occident XVI<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Albin Michel, coll. « L'évolution de l'humanité », 1998.

16. L'influence biblique et judéo-chrétienne sur le droit civil de la famille est bien connue. C'est ainsi que des civilistes traitant du droit civil familial citent parfois le Décalogue, en particulier ce commandement : « Tes père et mère honoreras. » Ce précepte n'inspire-t-il pas encore l'article 371 du Code civil : « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère » ? Cf. Alain Sériaux, « Tes père et mère honoreras ; réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain », *RTDCiv.*, 2, 1986, p. 265-281, et Xavier Martin, « À tout âge ? Sur la durée du pouvoir des pères dans le Code Napoléon », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science politique*, 13, 1992, p. 227-301.

17. René David, « La place du droit canonique dans les études de droit comparé », in Pierre Andrieu-Guitrancourt (dir.), *Actes du congrès de droit canonique*, op. cit., p. 229-238.

18. Pierre Riché, *Henri-Irénéé Marrou, historien engagé*, préface de René Rémond, Paris, Cerf, coll. « Histoire-biographie », 2003.

19. Jean Gaudemet, *Les Naissances du droit*, Paris, Montchrestien, 2001, 3<sup>e</sup> éd.; Jean-Marie Carbasse, *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1998; Norbert Rouland, *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental-Droit politique et théorique », 1998; Jean Gaudemet, *Les Sources du droit de l'Église en Occident du I<sup>er</sup> au VII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Cerf, coll. « Initiation au christianisme ancien », 1985, et *Les Sources du droit canonique VIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Cerf, coll. « Droit canonique », 1993.

20. Jean Gaudemet, « Le droit canonique en France des origines à 1789 », in *L'Année canonique*, t. 38, 1996, p. 249-283.

générale du droit, surtout à partir du XIV<sup>e</sup> siècle, siècle qui voit naître la critique moderne des fondements divins des pouvoirs<sup>21</sup>; des rapports interjuridictionnels à considérer plus encore en fonction de la césure sanglante opérée par la Révolution de 1789<sup>22</sup>, sans oublier non plus le dossier du gallicanisme<sup>23</sup>.

Tour à tour, il s'agira d'abord de réfléchir aux conditions dans lesquelles le droit canonique est susceptible d'être perçu par le Code civil français depuis la promulgation de celui-ci en 1804 jusqu'à nos jours. Le Code civil français peut être mis en présence de ce corpus confessionnel canonique catholique romain de rite latin. Le Code civil français peut aussi rencontrer le droit canonique oriental catholique, compte tenu du cosmopolitisme grandissant du territoire national et des phénomènes accrus dus à la diaspora des catholiques orientaux qui doivent s'éloigner de leur pays d'origine. En tout cas, ce vaste corpus canonique, tant latin qu'oriental, a connu ses premiers linéaments dès le II<sup>e</sup> siècle; ce droit confessionnel continue à se développer en usant des méthodes de compilation et de codification.

62

Puis, sera privilégié, à grands traits, le domaine matrimonial pour examiner davantage cette mise en présence, d'autant plus que cela concerne à la fois la vie privée et la vie sociale des personnes, des familles, des enfants et autres personnes à charge *largo sensu*, ainsi que le plus intime de l'existence humaine, à savoir la conscience individuelle, les croyances, les convictions philosophiques et religieuses. Il en va aussi de la liberté religieuse individuelle et de la liberté de religion à travers le droit matrimonial.

21. Marie-France Renoux-Zagamé, Ceslas-Bernard Bourdin, Jean-Paul Durand (dir.), « Droit divin de l'État, genèse de la modernité politique », colloque du Consortium international « Droit canonique et culture », octobre 2003, in *Revue d'éthique et de théologie morale*, « Le Supplément », n° 227, décembre 2003, à paraître.

22. René Rémond (co-dir.), *Histoire de la France religieuse*, Paris, Seuil, 1992, 4 volumes; et René Rémond, *Introduction à l'histoire de notre temps*, Paris, Seuil, coll. « Points Histoire », 1974, 3 volumes; Émile Poulat, *Liberté, Laïcité, la guerre des deux France et le principe de la modernité*, Paris, Cerf-Cujas, coll. « Éthique et société », 1987; Claude Nicolet, « L'idée républicaine plus que la laïcité », in Jean-Paul Durand (éd.), « De la morale laïque » (dossier), *Revue d'éthique et théologie morale*, « Le Supplément », n° 164, avril 1988, p. 45-52; Guy Bedouelle et Jean-Paul Costa, *Les Laïcités à la française*, préface de René Rémond, Paris, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », 1998; Jean Cassien Billier et Aglaë Maryoli, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, 2001; Jean-Pierre Gridel, *Notions fondamentales de droit et droit français, introduction méthodologique, synthèses*, Paris, Dalloz, 1992; Michel Troper, *La Philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2003; Paul Amserek, Christophe Grzegorzcyk (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989.

23. Jean Gaudemet, « Les vicissitudes du gallicanisme », in *La Doctrine canonique médiévale*, op. cit., XIII, p. 43-70.

## METTRE EN PRÉSENCE UN CODE NON CONFESSIOINNEL ET UN CORPUS JURIDIQUE CONFESSIOINNEL

Comment aborder une mise en présence de tels ordres juridiques : l'ordre civil français codifié d'une part<sup>24</sup>, l'ordre canonique d'autre part ? Il n'est pas exact de prétendre qu'il suffise de comparer deux codes, le Code civil français d'aujourd'hui et le Code de droit canonique catholique de rite latin de 1983. Cet ordre canonique catholique romain de rite latin ne se réduit pas à des corpus codifiés, la méthode de compilation restant importante. La codification canonique, pour le rite latin, a commencé à partir de 1917<sup>25</sup> – premier Code de droit canonique –, puis a repris dès 1983<sup>26</sup> – deuxième Code de droit canonique. La codification concerne aussi le rite oriental, avec un premier lancement en 1929<sup>27</sup>, ce qui a donné lieu à une promulgation partielle et progressive de certains chapitres codifiés jusqu'en 1958. L'aboutissement de la codification orientale, entièrement revue après le concile Vatican II, date de 1990<sup>28</sup> et voit promulguer le premier Code oriental complet de droit canonique.

63

Le droit canonique, s'il est né près de deux millénaires avant le Code Napoléon, est néanmoins un droit qui a pratiqué le phénomène de la codification au début seulement du <sup>xx</sup>e siècle, soit un peu plus d'un siècle après les codifications napoléoniennes. Jusqu'alors, et malgré de considérables œuvres privées et officielles de mises en collections<sup>29</sup> – qui ne sont pas des codifications au sens moderne –, c'est la compilation qui avait toujours prévalu depuis les premiers documents

---

24. Jean Carbonnier, « La codification dans les États de droit : le cas français », in Jean-Paul Durand (dir.), « Compilation ou codification ? », Centenaire de la Faculté de droit canonique de l'Institut catholique de Paris (1995), *L'Année canonique*, t. 38, 1996, p. 91-96 ; Jean Werckmeister (éd.), « Débats sur le décret de Gratien – Codes et codification » (dossiers), *Revue de droit canonique*, t. 51/2, 2001, p. 209-346.

25. Présentation notamment du Code de droit canonique de rite latin de 1917 : Raoul Naz (dir.), *Traité de droit canonique*, Paris, Letouzey et Ané, 1947, 4 tomes.

26. *Code de droit canonique, latin français* (1983, de rite latin), Paris, Centurion-Cerf-Tardy, 1984.

27. René Metz, *Le Nouveau Droit des Églises orientales catholiques*, Paris, Cerf, coll. « Droit canonique », 1997.

28. *Code des canons des Églises orientales* (1990), Rome, Librairie éditrice vaticane, 1997.

29. Stéphan Kuttner, « Quelques observations sur l'autorité des collections canoniques dans le droit classique de l'Église », in Pierre Andrieu-Guitrancourt (dir.), *Actes du congrès de droit canonique, op. cit.*, p. 305-312.

normatifs extra-bibliques<sup>30</sup> et cela jusqu'au *Corpus iuris canonici* (XIII<sup>e</sup> siècle). La course de ce corpus s'acheva au XX<sup>e</sup> siècle, en 1917 : c'est cette année que le pape Benoît XV promulgue le premier *Codex iuris canonici*, une codification souhaitée par le concile Vatican I et entreprise dès le pontificat du pape Pie X. Elle a été dirigée par le cardinal Pietro Gasparri et sous l'influence du Code Napoléon ainsi que d'autres codifications modernes. Gasparri apprécia de près le Code civil français : il avait séjourné dix-huit ans à Paris et y avait notamment préparé la refondation – que décrètera le pape Léon XIII en 1895 – de la Faculté de droit canonique, au sein de l'Institut catholique de Paris<sup>31</sup>.

64 La question de la codification est sans doute un enjeu épistémologique important. C'est donc aussi à partir de la codification d'origine napoléonienne qu'une réflexion peut être menée sur la structuration moderne d'une partie importante de la matière du droit canonique de toute l'Église catholique romaine. J'avais organisé en 1995 et publié en 1996 un colloque de droit canonique et de droit comparé consacré au thème « Compilation ou codification ? »<sup>32</sup>.

Il ne s'agit donc pas de confronter le contenu du Code civil actuellement en vigueur avec le seul Code de droit canonique du rite latin promulgué depuis 1983, parce que le droit canonique reste encore, pour une part non négligeable, une matière compilée ; qu'en conséquence ce droit confessionnel chrétien ne se limite pas au contenu de sa seule matière codifiée, qui est présentement celle que contient le Code de droit canonique latin de 1983. C'était déjà vrai avec son prédécesseur, le Code de droit canonique latin de 1917, le premier Code de l'histoire du droit canonique catholique romain. Ce Code n'englobait déjà pas toute la matière canonique. Par exemple, il est traditionnel que le droit canonique liturgique<sup>33</sup> et le droit public ecclésiastique<sup>34</sup> – droit concordataire – ne soient pas codifiés.

---

30. Je n'entrerai pas ici dans une qualification des méthodes mises en œuvre par la Compilation de Justinien et le Code théodosien, Jean-Marie Carbasse, *Introduction historique au droit*, op. cit., p. 47-56 ; Jean Werckmeister et Michel Rouche, *Le Code théodosien*, Paris, Cerf, coll. « Sources canoniques », 2003.

31. Pierre Andrieu-Guitrancourt, « Histoire sommaire de l'enseignement du droit canonique en France au XIX<sup>e</sup> siècle et de la Faculté de droit canonique de Paris », in *Actes du congrès de droit canonique*, op. cit., p. 24-116.

32. Jean-Paul Durand (dir.), « Compilation ou codification ? », op. cit., p. 7-108.

33. Par exemple, *Rituel du baptême des enfants en âge de scolarité* (18 janvier 1977 et 12 septembre 1983), Paris, Chalet-Tardy, 1999.

34. Jean-Paul Durand, « Droit public ecclésiastique », in Patrick Valdrini, Jean-Paul

Parmi les grandes matières codifiées du droit canonique qui rencontrent la codification civile française, on citera le domaine du droit canonique matrimonial<sup>35</sup>. Ce domaine a déjà fait l'objet en 1985 d'une publication consacrée aux rapports du mariage civil et du mariage canonique, travaux issus d'un colloque par Joël Benoît d'Onorio au printemps de cette même année<sup>36</sup>. Cette confrontation souligne déjà l'écart grandissant qui sépare le Code civil français en vigueur et le droit canonique positif du mariage<sup>37</sup>, deux rationalités normatives qui vont faire l'objet du principal développement de la présente étude.

Mais, au préalable, encore faut-il préciser ce qu'on entend par droit canonique et pour quelle raison il importe de réfléchir à sa rencontre avec le Code civil français notamment.

Le droit canonique est un droit, mais contrairement au droit romain par exemple<sup>38</sup>, c'est un droit toujours vivant et donc en vigueur, moyennant de considérables évolutions depuis deux millénaires de développements<sup>39</sup>. Le droit canonique appartient au phénomène institutionnel des droits internes et droits propres, respectivement, à différentes religions ou confessions religieuses, à différents cultes. Il faut citer le droit canonique de l'Église orthodoxe, celui de la Communion anglicane, la discipline de l'Église réformée de France, le droit hébraïque, le droit coranique, principalement<sup>40</sup>.

Le droit canonique en vigueur en 1804 est le *Corpus iuris canonici*, compilation structurée et officialisée dès le XIII<sup>e</sup> siècle par la papauté à

65

---

Durand, Olivier Échappé, Jacques Vernay, *Droit canonique*, Paris, Dalloz, 1999, coll. « Précis », p. 433-449.

35. Louis Bonnet, *La Communauté de vie conjugale en droit canonique, du Code de 1917 au Concile Vatican II et au Code de 1983*, Paris, Cerf, coll. « Droit canonique », à paraître en 2004.

36. Joël-Benoît d'Onorio (dir.), *Mariage civil et Mariage canonique*, Paris, Téqui, 1985.

37. Henri Lalou, « Histoire du divorce en France », in Pierre Andrieu-Guitrancourt (dir.), *Actes du congrès de droit canonique, op. cit.*, p. 313-334; Philippe Toxé, « Le mariage dans le droit canonique actuel », in Claude Bontems (dir.), « Mariage-mariages », colloque du Centre d'anthropologie du droit et du Centre « Droit et sociétés religieuses » (1997), Paris, PUF, 2001, p. 103-116.

38. Michel Villey, *Le Droit romain*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1987, 8<sup>e</sup> éd.; Jean-Marie Carbasse, *Introduction historique au droit, op. cit.*, p. 19-85.

39. Jean Gaudemet, *Église et Cité*, Paris, Montchrestien et Cerf, 1994.

40. Jean-Paul Durand, *Les Institutions religieuses*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1999 (on y trouvera l'évocation par ordre d'apparition, d'institutions hébraïques, catholiques, musulmanes, protestantes, anglicanes. Mais y manquent notamment les institutions chrétiennes orientales : catholiques, préchalcédoniennes, orthodoxes, ainsi que des institutions religieuses asiatiques, amérindiennes, nordiques, du Pacifique et des institutions animistes, et des formes plus récentes de phénomènes religieux et parareligieux).

partir de l'œuvre privée de collection de Gratien apparue vers 1140 à Bologne<sup>41</sup>. Déjà, ce droit n'avait pas effectivement juridiction sur tout le monde chrétien en raison de schismes. Spécialement, étaient survenus des schismes avec une grande partie des communautés orientales chrétiennes du bassin méditerranéen.

66 Pour ne parler que du droit latin, il comprend différentes branches ; les unes concernant le statut religieux et social des personnes, les autres les responsables de la hiérarchie de l'Église, le monachisme, les biens, les procédures, les peines et les relations avec les autorités séculières. Même si toute la société concernée est composée de baptisés durant ce Moyen Âge, à l'exception de terres occupées par les Ottomans, toute Église chrétienne de cette époque dispose de son droit canonique propre. Cependant, il concerne aussi inévitablement la société tout entière. Ce droit a d'abord été pour une large part un droit coutumier ; il est d'abord composé de décisions ponctuelles de différentes natures : conciliaires, épiscopales, abbatiales et pontificales. Très tôt, des canonistes s'employèrent à en regrouper de nombreuses en collections, s'inspirant pour ce faire parfois de modalités de classement retenues par la compilation de Justinien, compilation entreprise, elle, dès 528.

Cette influence va durer : bien que le Code latin de 1917 ait employé des méthodes mises au point lors des codifications napoléoniennes un siècle plus tôt, le plan du Code de 1917 conserve encore une structuration provenant des collections canoniques antiques et médiévales et avec des principes de classement ou de qualification des matières héritées de Justinien.

Il faut attendre la codification latine et orientale de 1983 et 1990 pour voir apparaître d'autres classements d'inspiration plus théologique que juridique. Et ce n'est qu'avec ces deux codifications survenues à la suite du concile Vatican II que surgit, à côté du droit canonique public (*in nomine Ecclesiae*), un véritable premier corpus codifié de droit associatif canonique privé ; ce sont les canons latins 299 à 311 (1983). Ce qui signifie qu'en face d'un droit privé français des personnes et des biens, codifié par Napoléon en 1804, le droit canonique des personnes et des biens, lui, est encore uniquement un droit public. Mais ce droit public l'est-il au regard de l'ordre juridique français des époques concernées ?

---

41. Jean Werckmeister (éd.), « Débats sur le décret de Gratien – Codes et codification » (dossiers), *op. cit.*, p. 209-278.

Le critère concordataire ne peut apporter de réponse univoque, il faut considérer les évolutions juridiques survenues au cours de l'histoire.

Certes, le régime juridique français de l'Église catholique en France de 1516 à 1790 et de 1801 à 1905 – et qui se poursuivra comme tel en Alsace-Moselle jusqu'à nos jours –, est un régime concordataire : il faut se référer au concordat de Bologne conclu entre le roi François I<sup>er</sup> et le pape Léon X en 1516, puis au concordat de Paris conclu, lui, entre le Premier Consul Napoléon Bonaparte et le pape Pie VII en 1801. Mais moins encore qu'avec les effets du concordat de Bologne, ceux issus du concordat de Paris n'ont pas permis aux institutions ecclésiastiques catholiques situées en territoire français d'accéder en droit français à la personnalité juridique de droit public français, encore moins pour le statut personnel des membres du clergé, des congréganistes et surtout des fidèles. Tout au plus leurs intérêts dans ces contextes concordataires peuvent-ils être évoqués à l'échelon diplomatique du droit international public bilatéral, à savoir entre l'État français et le Saint-Siège. Celui-ci est également détenteur, comme l'État français, du titre de personne morale gouvernementale souveraine de droit international public. Je pourrais dire qu'en vertu du concordat de 1516 – mais dans un climat gallican –, le Royaume de France serait qualifiable, selon un langage d'aujourd'hui, d'État confessionnellement catholique ; l'Église catholique était la seule religion d'État de ce royaume ; la période bénéficiant de l'édit de Nantes n'ayant pas retiré ce titre à l'« Église de France ». Tandis qu'en vertu du concordat de Paris de 1801, et moyennant les articles organiques de 1802 – unilatéraux et gallicans –, l'Église catholique romaine n'est que la religion de la plus grande majorité des Français, et non plus une religion d'État.

En 1804, les catholiques sont des citoyens qui, en devenant sujets de l'empereur Napoléon I<sup>er</sup>, n'en sont pas moins d'abord des Français, moyennant une vigilance de la part du Saint-Siège qui pouvait, en principe seulement, se manifester dans le cadre des termes conclus, en droit international public, dans ce concordat de 1801.

Le droit privé français codifié en 1804 s'applique aux catholiques et à leurs institutions, à l'exception de mesures prévues par les articles organiques comme pour le statut d'agents publics de l'État réservé à des ministres des quatre cultes reconnus (catholique, luthérien, réformé et israélite) et moyennant des obligations d'ordre public à l'égard de l'État. En outre, dès 1802, l'État a créé auprès des principales institutions des quatre cultes reconnus, des personnes morales de

droit public pour organiser le service public du culte que devaient servir chacun deux, mais cela sans que ces derniers n'accèdent eux-mêmes à la qualité de personnalités juridiques de droit français, même de droit privé. Le diocèse, par exemple, n'a pas de personnalité juridique en droit français en vertu des articles organiques. Je laisse de côté ici le régime ultérieur des associations inscrites issues du droit allemand après 1908 pour l'Alsace-Moselle qui, elle, a gardé le concordat et les articles organiques entre 1905 et 1940 et depuis 1945.

68 En d'autres termes, lorsque les dispositions du Code civil de 1804 rencontrent des catholiques et des institutions de cette confession pourtant concordataire, les normes canoniques n'acquièrent pas une autorité sur le droit français, ni de droit public, ni même de droit privé. Tout au plus, ces fidèles et ces institutions catholiques sont protégés par les engagements concordataires en droit international public. *A fortiori* depuis la Séparation de 1905 entre l'État français et les cultes, où l'ensemble des droits internes à chaque religion ne sont que des faits régis par le droit privé français, moyennant le régime en vigueur d'ordre public et de garanties des libertés publiques et notamment des libertés individuelles. À cet égard, il faut insister sur le principe présent dans l'article 4 de la loi du 9 décembre 1905 qui prévoit que l'ordre public français et les associations cultuelles notamment ont à respecter les règles d'organisation générales propres à chacun des cultes, à savoir leurs droits « canoniques » respectifs, sans que ce principe n'attribue une autorité civile sur le droit français concerné par le régime de la Séparation issu de 1905.

La modernité, dès le concordat de 1801 et dès les articles organiques de 1802, s'était donc déjà installée en France; ni le Consulat ni le Premier Empire n'étant des régimes politiques confessionnels<sup>42</sup>. À tel point que le droit canonique notamment n'est qualifiable que de deux manières :

– soit c'est un droit régi par le Saint-Siège; ce dernier, je l'ai dit, étant une personne morale de droit international public : à ce titre, cette institution suprême représente de manière exclusive l'Église catholique romaine en droit diplomatique; cette Église ayant compétence en matière de liberté d'exercice de la religion catholique romaine, moyennant le respect de l'ordre public français de l'époque concernée.

---

42. Jean-Paul Durand, « Liberté religieuse, liberté de religion et laïcité à la française. Évolutions », *Transversalités*, automne 2003, à paraître.

À ce titre, le droit canonique a pu être considéré comme un droit étranger ;

– soit le droit canonique est un fait privé dans la mesure où les institutions qui le régissent n'ont pas acquis la personnalité de droit public en droit français. Ce dossier a été constamment un sujet de polémique entre 1801 et 1905.

Mais, à la différence du droit coranique, par exemple, le droit canonique a accentué son principe de spécialité jusqu'à ce que le Code latin de 1983 et le Code oriental de 1990 limitent eux-mêmes leur juridiction : le droit canonique organise la vie religieuse des seuls catholiques et uniquement la vie des collectivités, institutions et œuvres catholiques, moyennant un recours grandissant au droit civil, comme l'attestent les canons 22 et 1290 du Code latin de 1983. C'est le principe de la canonisation conditionnelle du droit civil, l'expression « droit civil », ici, étant à entendre au sens d'un droit séculier, de droit public ou de droit privé, et non uniquement le droit séculier privé.

69

Canon 22 : « Les lois civiles auxquelles renvoie le droit de l'Église doivent être observées en droit canonique avec les mêmes effets, dans la mesure où elles ne sont pas contraires au droit divin et sauf disposition autre du droit canonique. »

Canon 1290 : « Les dispositions du droit civil, en vigueur dans un territoire, en matière de contrats, tant en général qu'en particulier, et de modes d'extinction des obligations seront observées avec les mêmes effets en droit canonique, pour les choses soumises au pouvoir de gouvernement de l'Église, à moins que ces dispositions ne soient contraires au droit divin ou que le droit canonique n'en décide autrement, restant sauves les dispositions du canon 1547. »

Cependant, le contrat civil matrimonial français issu du Code Napoléon dès 1804 n'a pas pu supplanter la singularité du sacrement de mariage qui est aussi un contrat. Mais, c'est un contrat de nature canonique et pour lequel des ordres juridiques séculiers accordent parfois une valeur civile, ce qui n'est pas le cas de la France.

Canon 1057 (1983) :

§1 « C'est le consentement des parties légitimement manifesté entre personnes capables qui fait le mariage ; ce consentement ne peut être suppléé par aucune puissance humaine. »

§2 « Le consentement matrimonial est l'acte de la volonté par lequel un homme et une femme se donnent et se reçoivent mutuellement par une alliance irrévocable pour constituer le mariage. »

LE CODE CIVIL ET LE MARIAGE CANONIQUE <sup>43</sup>

Il faut rappeler de graves ruptures de civilisation en droit matrimonial français qui prirent en effet corps pendant la Révolution, alors que le Code civil napoléonien de 1804 en quelque sorte sera, lui, plus silencieux ou moins révolutionnaire.

70 Avant la Révolution, la famille française est à la fois une cellule monarchique et une cellule catholique, comme l'a écrit Romuald Szramkiewicz. Songeons à l'ordonnance royale de Blois de 1579 : c'était le mari devenu père qui imposait son autorité à sa femme, à ses enfants et petits-enfants. Cette autorisation donnée par celui qui détient la puissance sur eux était requise pour tout mariage des garçons jusqu'à l'âge de trente ans, et des filles jusqu'à vingt-cinq ans. Il avait fallu d'ailleurs, comme le montre la législation canonique du concile général de Trente de 1543 à 1563, que l'Église catholique romaine protège la liberté de consentement personnel de chaque futur conjoint, la liberté des futures conjointes surtout, contre la pression sociale, spécialement les pressions paternelles et familiales : pour garantir cette liberté individuelle <sup>44</sup>, l'Église n'hésite pas dorénavant à exiger pour la validité du sacrement de mariage le respect d'une forme canonique très consensualiste et publique <sup>45</sup>. Car la famille d'Ancien Régime ne prévoit ni égalité ni liberté en son sein. Le père disposait aussi d'un large pouvoir de correction des enfants et gérait lui seul les biens de la communauté familiale. En matière successorale, la noblesse devait appliquer un droit d'aînesse fort inégalitaire. Mais c'était devant le prêtre que tout événement familial devait être constaté, enregistré ou consacré. Le curé tenait les registres paroissiaux qui faisaient office de registres de l'état civil : ces registres paroissiaux attestaient que le baptême avait été célébré, le mariage catholique conclu et la sépulture en terre chrétienne autorisée par l'Église : car la naissance se prouve alors par le seul baptême catholique, le mariage ne peut être que religieux, le divorce est

43. François Terré, « Le mariage religieux en droit français », in Joël-Benoît d'Onorio (dir.), *Mariage civil et Mariage canonique*, op. cit., p. 49-61.

44. Heinz D. Kittsteiner, *La Naissance de la conscience morale, au seuil de l'âge moderne*, Paris, Cerf, coll. « Passages », 1997.

45. Décret conciliaire *Tametsi* réformant le mariage catholique, session XXIV, chap. 1 sq. (11 novembre 1563), in Giorgio Alberigo (dir.), *Les Conciles œcuméniques, 2, Les Décrets, de Trente à Vatican II*, Paris, Cerf, coll. « Le magistère de l'Église », 1994, p. 1535 sq. (latin-français).

interdit, la mort est attestée par la sépulture religieuse. À tel point que l'enfant né hors mariage religieux était qualifié de bâtard et se voyait privé de tout droit de succession ; il ne pouvait demander que quelques nourritures à ses parents naturels.

Au début de la Révolution, les conceptions bourgeoises qui prédominent ne poussent pas à réformer en priorité la famille. Mais à la suite de la proclamation des droits de l'homme et du citoyen, avec l'abolition des privilèges, l'assemblée révolutionnaire reçoit de nombreuses pétitions signées par des femmes, par des cadets ou des bâtards, qui toutes peuvent s'appuyer sur les partisans des Lumières : libérer le citoyen implique de libérer l'homme dans sa vie privée. Ainsi la Révolution transforme radicalement le droit matrimonial, instaure le divorce, modifie les rapports familiaux entre leurs membres et à propos des biens. Mais si la doctrine du mariage-contrat – susceptible d'être rompu – va pouvoir se développer dans le cadre d'une généralisation de libres rapports contractuels dans toute la vie sociale et familiale, les révolutionnaires n'ont pas inventé la doctrine du mariage comme contrat, ni le droit romain non plus.

À partir du Moyen Âge, les romanistes suivis par les canonistes avaient forgé peu à peu un contractualisme matrimonial qui, je le disais, a trouvé son sommet au concile de Trente avec le décret *Tametsi* en 1563<sup>46</sup>.

L'ancien droit français entre très lentement et difficilement dans ce qu'écrivit pourtant Pothier au XVIII<sup>e</sup> siècle dans son *Traité du mariage* : « Il y a deux choses dans le mariage, le contrat civil entre l'homme et la femme qui le contractent, et le sacrement, qui est ajouté au contrat civil et auquel le contrat civil sert de sujet et de matière. » Pothier insiste sur la liberté individuelle et l'autonomie de la volonté, Voltaire souhaite éloigner l'institution matrimoniale de la tutelle de l'Église catholique romaine. La Constitution de 1791, puis la loi du 20 septembre 1792 articulent ces deux conceptions ; non seulement elles qualifient le mariage de libre contrat, mais elles le sécularisent : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil », proclame la Constitution ; « Le pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés ; et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes ». Non seulement le mariage est un contrat, mais il n'est que

71

---

46. *Ibid.*

contrat civil, la célébration du mariage-contrat ayant lieu obligatoirement devant l'officier d'état civil.

La loi de 1792 n'exclut pas qu'ensuite soit célébré le mariage religieux, au nom du respect de la liberté de conscience et de l'égalité entre les citoyens, qu'ils aient une religion ou non. Mais sous la Terreur, ce droit de religion devint très risqué.

Le mariage civil se forme instantanément par l'échange de consentement des conjoints, un principe hérité du droit romain, canonisé par l'Église catholique, repris par les révolutionnaires, puis par le Code civil de 1804<sup>47</sup> : ce qui distingue ces institutions matrimoniales romaines, canoniques, révolutionnaires, puis napoléoniennes, des mariages par étapes qu'ont connu des sociétés germaniques ou que connaissent des sociétés africaines. Le mariage civil après 1792 reste un acte solennel, annoncé par une publication huit jours avant, avec une célébration en présence de témoins : de semblables obligations avaient été bâties par le droit canonique et difficilement reçues par le droit français ancien.

Autre conséquence du principe de la liberté individuelle, le divorce que précise la loi du 20 septembre 1792 : en rupture avec l'ancien droit français et avec le droit canonique, le mariage en tant qu'il n'est qu'un contrat civil peut être rompu par la volonté des conjoints, parties à ce contrat, tant par l'épouse que par l'époux. Les motifs peuvent être la simple incompatibilité d'humeur ou le consentement mutuel.

Le Code civil napoléonien de 1804 est une œuvre de compromis entre ancien droit, droit révolutionnaire, entre coutumes et droit romain. Les codificateurs recherchaient comment rendre leurs dispositions conformes à la raison, mais ils ne semblent pas avoir voulu innover. L'héritage révolutionnaire est présent, mais le Code de 1804 se montre aussi conservateur. Il est souvent admis de penser que la partie sur les biens et les contrats est plutôt révolutionnaire, tandis que celle sur la famille est conservatrice ; qu'enfin les régimes matrimoniaux et successoraux sont plutôt transactionnels<sup>48</sup>. Si la liberté individuelle est présente dans le Code de 1804, l'autorité paternelle se maintient en matière matrimoniale, le consentement du père étant nécessaire pour

47. Brigitte Basdevant-Gaudemet et Jean Gaudemet, « Les sources du Code civil », *Introduction historique au droit, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle, op. cit.*, p. 375-377.

48. Jean-Louis Halpérin, *L'Impossible Code civil*, Paris, PUF, coll. « Histoires », 1992, p. 276, et *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1996 ; Collectif, *Nouvelle Histoire de la France contemporaine, 1787-1938*, Paris, Seuil, coll. « Points Histoire », 13 volumes.

le mariage de son fils jusqu'à ses vingt-cinq ans. Ainsi est conservée la mentalité de la législation royale d'Ancien Régime. Quant à l'autorisation du divorce, le Code de 1804 s'éloigne de la loi de 1792 néanmoins, la stabilité des familles devant être prioritaire : les conditions du divorce sont donc plus restrictives. Malgré le désir de Napoléon Bonaparte, le motif de la simple incompatibilité d'humeur est mal accueilli par le Conseil d'État qu'il vient de créer en 1799, et la procédure sera compliquée pour ceux qui plaident au moyen du consentement mutuel. Pour Portalis, le divorce n'est qu'un mal nécessaire, non la conquête d'une liberté. En outre, le Code civil ne reprend pas en 1804 la conception révolutionnaire de l'égalité entre les conjoints. Le Code de 1804 confirme l'institution des registres de l'état civil et celle d'un mariage civil. C'est à l'officier d'état civil de recevoir le consentement de chacune des parties, de recevoir « la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ; il prononcera au nom de la loi qu'elles sont unies par le mariage » (art. 75).

73

Est maintenue la liberté de se marier par ailleurs religieusement, mais cela ne doit jamais précéder le mariage civil : sans quoi le ministre du culte qui y procède s'expose à des sanctions pénales. J'y reviendrai.

La prise en compte de la liberté individuelle dans le mariage civil correspond aussi en quelque sorte à une réception civile de la place des sentiments, de l'amour dans l'institution matrimoniale.

En droit romain, l'*affectus maritalis* est essentiel, il sert à distinguer le mariage d'autres unions sexuelles. Le droit canonique insiste d'abord sur deux dimensions, le consensualisme et la sexualité : à propos de cette dernière, il s'agit de promouvoir un cadre matrimonial pour y exercer une hétérosexualité ouverte à la génération des enfants que le couple familial a la responsabilité d'accueillir.

Le Code civil de 1804 n'a pas ignoré le contractualisme, ni la sexualité. Mais ce Code ne donne qu'une définition implicite du mariage et n'y fait pas état de la *copula carnalis*, le Code de 1804 ayant essentiellement retenu la dimension psychologique du mariage : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement » (art. 146). Le consentement n'est pas le sentiment, mais davantage la rencontre des volontés. Le 2 février 1972, la Cour de cassation précisera que les juges du fond avaient décidé avec raison que « la loi imposait aux époux la fidélité et non le sentiment <sup>49</sup> ».

---

49. Recueil Dalloz, 1972, p. 295.

Le droit canonique a d'abord été, lui aussi, attentif à l'échange libre et responsable des volontés, puisque son anthropologie estime que la personne humaine adulte a la capacité de prendre des décisions existentielles, y compris en s'y engageant par principe pour toute sa vie.

Cependant, dès 1975, le législateur français intégrera le principe du divorce par consentement mutuel.

Le Code civil français va continuer à plaider pour d'autres finalités comme celle du mariage-état de communauté de vie : cette vie commune consistant à vivre comme mari et femme sous le même toit. Plus largement, le mariage civil y est préconisé comme institution capable en principe d'intégrer davantage les individus à la société globale.

74 De son côté, le droit canonique évolue aussi : au concile Vatican II (1962-1965), la canonicité du mariage catholique s'est plus encore orientée vers un support culturel humaniste : le mariage religieux n'est plus seulement un remède à la concupiscence (1917), mais une communauté de vie et d'amour accueillante en priorité à la génération ou à l'adoption d'enfants, ainsi qu'à leur éducation humaine et chrétienne. Le Code de droit canonique latin de 1983 déclare que les parents sont les premiers catéchistes de leurs propres enfants (canon 226, § 2).

Le droit canonique et le Code civil continuent à exiger, respectivement, une publicité du mariage canonique ici et du mariage civil là.

Mais si le droit canonique, comme l'avait manifesté solennellement le concile de Trente au XVI<sup>e</sup> siècle, a dû lutter contre les mariages clandestins afin de mieux garantir la liberté de consentement des futurs conjoints et en particulier de la future épouse, le droit canonique maintient aujourd'hui encore des cas de célébration avec dispense de forme et de non-publicité pour des situations exceptionnelles de grande précarité (canons 1130-1133 du Code latin de 1983), alors que le Nouveau Code pénal français, après 1994, a maintenu des poursuites pénales à propos de mariages religieux célébrés sans mariage civil préalable. Là est soulevée la question délicate que posent certaines conditions de versements de pensions de reversion à une veuve par exemple, si cette dernière souhaite régulariser religieusement une situation de concubinage survenue depuis que cette femme est en situation civile de veuve : tout mariage civil risquant de la priver de la pension qu'elle reçoit depuis le décès de son premier conjoint<sup>50</sup>.

---

50. Jean-Paul Durand, « À propos de l'antériorité du mariage civil sur le mariage religieux », in Claude Bontems (dir.), « Mariage-mariages », *op. cit.*

Ce souci de nature personnaliste et spirituelle est traditionnel pour la canonicité de l'Église catholique romaine, c'est-à-dire au regard de ce qu'elle entend engager solennellement pour assumer sa mission spécifique. Dès le concile de Trente, on peut lire cette formule : « Que le salut des âmes soit la loi suprême », une formule emblématique qui a été délibérément ajoutée par le pape Jean Paul II dans le dernier canon du Code de droit canonique de 1983 : « Dans les causes de transfert, les dispositions du canon 1747 seront appliquées, en observant l'équité canonique et sans perdre de vue le salut des âmes qui doit toujours être dans l'Église la loi suprême » (canon 1752).

Le drame moderne qui empêcha le magistère catholique de recevoir sinon tardivement la notion de liberté religieuse (1965) et de liberté de conscience sans conditions (1990), tient, on le sait désormais, au difficile mûrissement du statut philosophique et théologique des droits de la vérité catholique, au statut des droits de toute conscience erronée, au statut aussi du droit et du devoir de chercher la vérité librement au nom du respect de la dignité humaine et, enfin, au statut du droit et du devoir de conserver la vérité et de chercher à l'éclairer en raison et – pour tout catholique – à la lumière de la Révélation chrétienne<sup>51</sup>.

Tant pour l'Église catholique que pour les philosophes des Lumières, mais à des titres différents, le mariage a d'abord une dimension naturelle. De son côté, Voltaire écrivait que le mariage est un contrat du droit des gens dont les catholiques romains ont fait un sacrement. Mais, ajoutait-il, le sacrement et le contrat sont deux choses bien différentes : à l'un sont attachés les effets civils ; à l'autre les grâces de l'Église (« Mariage », *Dictionnaire philosophique...*). Au xx<sup>e</sup> siècle, l'Église catholique n'abandonne pas cette dimension naturelle élevée

---

51. René Coste, *Théologie de la liberté religieuse, liberté de conscience – liberté de religion*, Gembloux, Duculot, coll. « Recherches et synthèses de sciences religieuses », 1969 ; Roland Minnerath, *Le Droit de l'Église à la liberté du Syllabus à Vatican II (1864-1965)*, Paris, Beauchesne, coll. « Le point théologique », 39, 1982 ; Dominique Gonnat, *La Liberté religieuse à Vatican II, la contribution de John Courtney Murray*, Paris, Cerf, coll. « Cogitatio fidei », 183, 1994 ; Jean-François Chiron, *L'Infaillibilité et son objet. L'autorité du magistère infaillible de l'Église s'étend-elle à des vérités non révélées ?*, Paris, Cerf, coll. « Cogitatio fidei », 215, 1999 ; Jean-Paul Durand (dir.), « Adhérer aux enseignements de l'Église » (recherches), colloque à la Faculté de droit canonique de l'Institut catholique de Paris (mai 1999), in *Revue d'éthique et de théologie morale*, « Le Supplément », n° 216, mars-avril 2001 ; Xavier Lacroix et Jean-Paul Durand (dir.), « La notion de magistère ordinaire et universel », colloque à la Faculté de théologie de l'Institut catholique de Lyon (février 2001), in *Revue d'éthique et de théologie morale*, « Le Supplément », n° 219, décembre 2001.

au rang de sacrement : l'alliance matrimoniale, 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, a été élevée entre baptisés par le Christ à la dignité de sacrement. C'est pourquoi, entre baptisés, il ne peut exister de contrat matrimonial valide qui ne soit, par le fait même, un sacrement (canon 1055, § 1 et 2 du Code latin de 1983).

Le sacrement, lui, est une action du Christ et de l'Église (canon 840), une action instituée directement ou médiatement par le Christ<sup>52</sup> : ainsi le Christ donne-t-il gratuitement et irrévocablement sa grâce aux partenaires de l'union matrimoniale légitime, à ces deux baptisés ainsi unis. Le Christ donne aussi cette grâce à un mariage catholique où l'un seulement est baptisé catholique, si l'Église discerne la légitimité de ce mariage conclu avec une disparité de culte. L'Église catholique romaine peut autoriser également une union matrimoniale entre deux baptisés dont l'un seulement est membre de l'Église catholique.

Les trois biens nécessaires à tout don divin irrévocable de grâce matrimoniale sont les suivants : la fidélité, l'indissolubilité et l'ouverture à la fécondité; les deux conjoints croyant religieusement que ce mariage dûment conclu et consommé est un mariage sacramentel, c'est-à-dire indissoluble : en d'autres termes, la grâce divine y a été donnée irrévocablement.

En cas de vice survenu au moment de l'échange des consentements, la grâce divine n'a pu, de ce fait, être obtenue de la part du Christ : c'est ce que l'Église a pour tâche de constater, les conjoints malheureux ayant de droit à faire examiner par l'Église si leur union est ou n'est pas sacramentelle<sup>53</sup>. En aucun cas, ces procédures canoniques n'ont compétence pour annuler les mariages sacramentels. C'est improprement qu'est souvent comprise la notion de nullité canonique d'un mariage catholique; car il ne peut s'agir que d'un constat canonique de nullité, c'est-à-dire un constat juridique d'absence de conditions nécessaires et suffisantes pour laisser à la grâce divine la liberté d'être donnée à ce couple : un tel constat requiert une certitude morale.

52. Henri de Lubac, *Méditations sur l'Église*, Paris, Aubier, 1953; Semmelroth, *L'Église, sacrement de la rédemption*, Cologne, 1953, Paris, Saint-Paul, 1962; Gustave Martelet, « Éléments transmissibles et intransmissibles de la succession apostolique, le point de vue catholique », in *Verbum caro*, 58, 1961, p. 185-199 et *Deux Mille Ans d'Église en question, du schisme d'Occident à Vatican II*, Paris, Cerf, série « Théologie du sacerdoce », 3, 1990.

53. Ann Jacobs, *Le Droit de la défense dans les procès en nullité de mariage*, Paris, Cerf, coll. « Droit canonique », 1997.

En tout cas, lors de la promulgation du Code civil de 1804, Portalis avait justifié l'introduction du mariage civil dans le Code en faisant remarquer que le mariage n'est ni un acte civil ni un acte religieux, mais un acte naturel, un acte commun à toutes les personnes humaines et donc un acte devant être organisé par la loi civile<sup>54</sup>.

Jusqu'à nos jours, la valeur du mariage civil et celle du mariage religieux restent des occasions de débats. Même l'Église réformée de France, qui ne connaît pas de mariage religieux sacramentel, ni d'autre union légitime que celle du mariage civil, n'en accompagne pas moins aujourd'hui la cérémonie civile d'une célébration religieuse, au Temple, pour un rite de bénédiction par le pasteur ou pour une prière communautaire, avec l'intention dans ces deux démarches religieuses d'invoquer la grâce de Dieu sur le couple et la nouvelle famille. Le doyen Jean Carbonnier, calviniste, avait pensé en 1950 renvoyer dos à dos les catholiques qui réduisent le mariage civil à un simulacre dérisoire et les incroyants qui peuvent traiter le mariage religieux comme superfétatoire<sup>55</sup>. Mais comme le fait remarquer en 1985 François Terré, déjà cité, le Code napoléon a délibérément choisi de s'inspirer de la dignité et de l'exigence des rites matrimoniaux catholiques pour structurer les règles du mariage civil. Et la jurisprudence française de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et du XX<sup>e</sup> siècle n'a pas manqué de prendre en compte l'attachement des conjoints civilement mariés à tel principe ou à tel rite religieux qui, faute d'être respectés par l'un d'eux, peuvent devenir autant de motifs susceptibles d'ouvrir à un droit de réparation civile, voire à un droit de voir prononcée la nullité de mariage civil, ou encore de fonder une cause recevable de divorce<sup>56</sup>.

Depuis lors, le nombre des divorces a considérablement augmenté, celui des mariages civils et celui des mariages religieux ont baissé.

C'est surtout le droit civil français de la famille et du mariage qui a connu une diversification considérable, les unions libres par exemple faisant place à un régime plus reconnu du concubinage lorsqu'il est relativement stable; d'autres projets familiaux et parentaux étant préconisés<sup>57</sup>

77

54. Locré, *Législation de la France*, Paris, t. 1, p. 273.

55. « Terre et ciel dans le droit du mariage », *Mélanges Ripert*, Paris, 1950, t. 1, p. 325 sq.

56. Paul Coulombel, « Le droit privé devant le fait religieux depuis la séparation des Églises et de l'État », *RTD Civ.*, 1965, p. 1-56; Bernard Jeuffroy et François Tricard (dir.), *Liberté religieuse et Régimes des cultes en droit français*, Paris, Cerf, coll. « Droit civil ecclésiastique », 1996, L. XII.

57. Irène Théry, « Pacs, sexualité et différence des sexes », *Esprit*, n° 257, 1999, p. 139-181.

ici et critiqués là<sup>58</sup>. Le grand principe de l'égalité entre la mère et le père en matière d'autorité parentale n'a-t-il pas modifié bien des aspects de la société française<sup>59</sup> ? Le développement des méthodes contraceptives a favorisé une dissociation entre nuptialité et fécondité, de même, peut-être, qu'un certain allongement de l'espérance de vie.

78 Il ne m'appartenait pas de traiter ici de l'attitude du droit civil français à l'égard des différents mariages religieux<sup>60</sup>, mais de mettre en présence un code civil français et un droit confessionnel ; l'un et l'autre ayant connu quelques évolutions, notamment en matière de droit matrimonial : le premier étant mis à l'épreuve par une pluralisation accrue des valeurs familiales et anthropologiques reçues en France, le second ayant développé sa tonalité humaniste sans renier le patrimoine spirituel qui est le sien.

Ces observations me permettent de souligner à nouveau que le droit canonique catholique romain n'organise plus la société civile et prétend uniquement régir la vie religieuse des catholiques et des institutions officiellement catholiques. Des frontières sont à rappeler, que précise pour le droit français le droit civil ecclésiastique, parfois appelé aussi le droit français des religions, et cela selon les différentes branches du droit français, tant publiques que privées<sup>61</sup>. Le droit canonique étant composé par les institutions dont se dote l'Église catho-

---

58. Tony Anatrella, « Le conflit des modèles sexuels contemporains à propos du concept de "gender" », *Revue d'éthique et de théologie morale*, « Le Supplément », n° 215, décembre 2000, p. 49 sq. ; Xavier Lacroix, « Le terme "homoparentalité" a-t-il un sens ? », in Jean-Daniel Causse et Xavier Lacroix (dir.), « La filiation interrogée », *op. cit.*, p. 131-162.

59. Georges Duby et Michèle Perrot (dir.), *Histoire des femmes en Occident*, t. V, *XX<sup>e</sup> Siècle* (Françoise Thébaud, dir.), Paris, Plon, 1992 ; Michel Messu, *Les Politiques familiales*, Paris, Éditions ouvrières, 1992 ; René Théry, *Pour une politique de la famille*, Paris, Cerf, coll. « Recherches morales », 1988 ; Paul Moreau, *Les Valeurs familiales*, préface de François Chirpaz, Paris, Cerf, coll. « Recherches morales », 1991 ; Marie-Odile Métral, *Le Mariage. Les hésitations de l'Occident*, Paris, Aubier, 1977 ; Alain Mattheeuws, *Union et Procréation. Développements de la doctrine des fins du mariage*, Paris, Cerf, coll. « Recherches morales », 1989.

60. Francis Messner, Pierre-Henri Prélôt, André Woerhling (dir.), *Droit français des religions*, Paris, Litec, 2003.

61. Jean-Paul Durand, « Droit public ecclésiastique et droit civil ecclésiastique français », in Patrick Valdrini, Jean-Paul Durand, Olivier Échappé, Jacques Vernay, *Droit canonique*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 1999, 2<sup>e</sup> éd., p. 427-663.

lique pour se régir, il en précise les rapports de celle-ci avec ses partenaires et garantit juridiquement la spécificité de la mission religieuse, humanitaire et culturelle de cette Église, de ses membres et de ses œuvres dûment dotées de son caractère propre confessionnel.

## R É S U M É

---

*Code civil et droit canonique, deux rationalités juridiques qui se sont interpellées : le Code napoléon, moins révolutionnaire que les mesures civiles de 1791-1792, n'a pas hésité à s'appuyer sur l'ancien droit français forgé, lui, par le droit romain et le droit canonique. Mais la modernité de ce Code de 1804 a voulu, comme le réclamait Voltaire, sortir le droit matrimonial français de la tutelle ecclésiastique. De son côté, le droit canonique n'avait pas attendu 1789 pour chercher à garantir – solennellement dès 1563 – la liberté pour les futurs époux et spécialement celle des femmes, de consentir à leurs épousailles. C'est tout de même le génie napoléonien de la codification qui a inspiré le droit canonique compilé à se codifier au <sup>xx</sup>e siècle, une mesure qui a marqué toute la chrétienté. L'ancien droit français avait su s'emparer du droit divin pour affermir son autorité. Le droit divin du souverain, supplanté par la nation et la raison après 1789, n'est pas réintroduit dans l'État de droit français par le Code Napoléon, tandis qu'il subsiste dans la canonicité de l'Église catholique romaine, au sommet d'une hiérarchie des normes religieuses complète. Avec le développement d'un pluralisme de valeurs, tant en France que dans les autres régions les plus occidentalises du monde contemporain, la poursuite de l'œuvre civile de codification peut dialoguer avec des valeurs comme celles de la canonicité catholique; elles ne représentent plus le projet d'une contre-société pour l'État de droit.*