

La désinstitutionnalisation du mariage

Diogo Leite de Campos

Volume 18, numéro 2, 1987

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1058709ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1058709ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Leite de Campos, D. (1987). La désinstitutionnalisation du mariage. *Revue générale de droit*, 18(2), 445–459. <https://doi.org/10.7202/1058709ar>

La désinstitutionnalisation du mariage

DIOGO LEITE DE CAMPOS
Professeur à l'Université de Coimbra
au Portugal

SOMMAIRE

Introduction	445
I. L'institutionnalisation	446
A. Le mariage en tant qu'ordre de la sexualité : la procréation	446
1) La fonction de l'ordre conjugal : la procréation	446
a) la réaction contre les traditions romaines et germaniques du mariage	446
b) la légitimation et la construction du mariage en tant qu'institution	
sociale	447
2) Le mariage et l'ordre social : l'ordre laïc	449
3) La structure de l'ordre conjugal : le monastère en tant que modèle	452
B. Le mariage en tant qu'ordre du salut : le sacrement (l'être)	453
II. La désinstitutionnalisation	455
A. De la stabilité au divorce	456
B. La procréation et la communauté de vie — Du mariage-institution au	
mariage-contrat — Au-delà du mariage-association	458
Conclusion	459

INTRODUCTION

Situé au point de rencontre du profane et du religieux, l'ordre conjugal, en tant que fondement de l'ordre familial européen, fut le résultat d'un processus commencé en Europe chrétienne au IX^e siècle et défini au XIII^e siècle. Organisant l'essentiel de la reproduction biologique, des échanges de personnes et de biens, de la transmission de la culture et des mœurs, il représente ainsi le cadre premier de l'humanisation de l'homme. Le mariage disciplina la société jusqu'au XIX^e siècle : il constitua le code par lequel elle se représenta et chercha sa signification.

Dans une première partie, je décrirai comment le mariage fut bâti en tant qu'être et fonction, comment il fut institutionnalisé. Entre les

XI^e et XIII^e siècles le mariage fut conçu comme un ordre : l'ordre de la procréation et l'ordre du salut. Il assumait donc les deux fonctions principales et indivisibles de la société. En tant que cellule sociale, la famille fondée sur le mariage était l'intermédiaire entre l'individu et la société, un microcosme autonome. Pour pouvoir remplir son rôle « civil » et spirituel, la famille fut construite à l'exemple du monastère, modèle de perfection d'une société humaine dirigée au salut.

Une deuxième partie sera consacrée au processus de la désinstitutionnalisation du mariage et à ses conséquences prévisibles.

I. L'INSTITUTIONNALISATION

A. LE MARIAGE EN TANT QU'ORDRE DE LA SEXUALITÉ : LA PROCRÉATION

1) La fonction de l'ordre conjugal : la procréation

L'ordre — c'est le mot que Adalbéron de Laon associe au mariage¹. L'espèce humaine doit survivre jusqu'au jugement dernier. La fonction des laïcs est d'engendrer et de faire survivre l'humanité. La fonction reproductrice doit être accomplie dans l'ordre, c'est-à-dire dans un cadre conjugalement légitime et à l'intérieur d'un groupe fonctionnel (d'un ordre) où Dieu a placé l'Homme. À cette fonction correspond un état (ou un ordre) : celui de conjoint (St-Yves de Chartres).

Retenons le grand principe : le mariage est l'institution destinée à assurer la procréation dans l'ordre.

a) *La réaction contre les traditions romaines et germaniques du mariage*

L'établissement de ce mariage, de cet ordre, représente un rejet des traditions romaines et germaniques du mariage.

Pour le droit romain, le mariage était un rapport fondé sur la cohabitation et le consensus continu, une sorte de possession ; une affaire privée dont le sort ne concernait que les époux. Il n'était pas l'instrument d'un ordre, mais le « produit » résultant des mœurs de l'époque.

L'Église inverse radicalement ces caractéristiques : elle souligne le rôle du consentement initial qui fait naître un *état* dont la continuité est indépendante de la volonté des parties. Le mariage étant un sacrement, le lien est indissoluble. Au *mundium* germanique, conçu comme un pouvoir

1. Éd. CAROZZI, 232 ss.

sur la femme, l'Église substitue l'accord des époux, fondé sur l'amour. La femme n'est plus le simple objet de l'échange : elle devient le sujet actif du consentement qui change son état.

b) *La légitimation et la construction du mariage en tant qu'institution sociale*

L'Église légitime socialement le mariage en soulignant son rôle social de cadre de la procréation. Le mariage se socialise dans la mesure où il répond à l'un des besoins sociaux parmi les plus importants : celui de la reproduction biologique. Ainsi s'est ouverte la voie qui conduit à son institutionnalisation, à sa protection par la société à travers le droit. C'est dans le cadre de la justification fonctionnelle du mariage (d'un mariage qui devient nécessairement un certain mariage) qu'il faut situer la publication des premiers ouvrages consacrés à ce problème. Citons notamment les œuvres d'Hincmar de Reims *Du divorce* et *De la répression du rapt*.

Le discours d'Hincmar est le discours de la paix, de l'ordre social, que la prédation détruit. L'homme cherche à acquérir des femmes par des moyens illégitimes. Le mariage permettra d'en organiser une distribution pacifique. Le mariage, en tant qu'accord entre les époux, présuppose aussi l'accord de leurs familles respectives, condition de son acceptation sociale, de l'établissement de l'ordre. Ordre surveillé encore de très loin par l'évêque : si celui-ci se voit attribuer par Hincmar la tâche de rétablir l'ordre naturel, la bénédiction nuptiale paraît être l'exception en France au IX^e siècle.

Pendant les siècles suivants, le mariage continue d'être l'affaire des moralistes tel Bourkhard de Worms. Son *Decretum* est un instrument de sa pastorale, un guide pour la conversion des âmes, et non plus le cadre de la contrainte des personnes. L'Église ne peut pas aller plus loin dans une société violente où le pouvoir civil dominait le religieux. On commençait par convertir, pour imposer des règles beaucoup plus tard.

Pourtant, le mariage tel qu'envisagé par Bourkhard est bien une institution sociale. L'évêque se sent d'abord concerné par ce qui perturbe la paix sociale. Au commencement du *Decretum* sont placés les cas qui perturbent le plus gravement la paix : l'homicide et l'inceste.

Ce n'est qu'à la fin de l'ouvrage qu'apparaît la notion de fornication, considérée alors comme une affaire privée de moindre gravité. L'homicide qui entraîne la vengeance et l'inceste qui détruit la paix intérieure de la famille sont plus graves que l'adultère. Quant à lui, l'adultère avec une femme mariée est perçu plus gravement qu'avec une femme célibataire parce que plus perturbateur ; il viole la foi conjugale. Les peines varieront donc selon la perturbation sociale entraînée par une

faute. Le ravisseur d'une femme subit la même punition que celui qui a commis l'homicide; les relations d'un célibataire avec une domestique sont traitées avec une grande indulgence². Le terrain est ainsi préparé pour l'action des juristes. À partir du XI^e siècle, le pouvoir hiérarchique trouva les conditions qui lui permirent d'intervenir. Renforcée par une épuration des rangs du clergé, disposant d'un appareil administratif important, ainsi que du monopole des représentations sociales, l'Église était le seul corps, après l'écroulement de l'empire carolingien, à pouvoir inculquer une discipline sociale.

La famille devint un ordre — nous venons de le constater — comme c'est le cas pour le cosmos, la culture, l'art des cathédrales, la théologie, le monastère, le clergé.

N'ayant pas la vocation d'intervenir directement dans la cité des hommes (rappelant que le Royaume de Dieu n'est pas de ce monde), l'Église crée les relais qui lui permettront de la remplacer par la cité de Dieu : la famille en est un.

La *Panormia* d'Yves de Chartres a largement puisé dans le *Decretum* de Bourkhard de Worms. Mais St-Yves l'a remanié selon les nouvelles possibilités accordées par son époque. Des écrits de St-Augustin, St-Yves conclut que le but de l'union matrimoniale est l'engendrement. La règle de la monogamie constituera la base de la paix familiale et de la paix sociale.

C'est à ce moment précis que se pose le problème du concubinage. L'homme marié ne doit pas avoir de concubine. Mais si l'homme est célibataire et qu'il vit avec une femme comme s'ils étaient mariés, alors leur mariage est inévitable. Car en « mariant » les concubins, l'Église récupère la marginalité et impose une discipline, pour l'interdire plus tard. Comme instrument de l'ordre social — de la *pax christiana* — l'acte du mariage devient solennel et public. Même si ce n'est que l'accord des volontés qui établit le rapport matrimonial et qui est le sacrement, St-Yves exige la présence d'un prêtre au cours de la cérémonie.

Cette conception se transmet aux textes de droit canonique, qui se multiplient à l'époque et dont on essaye de dégager une logique d'ensemble. Le monopole que le pouvoir hiérarchique obtient relativement à la juridiction des affaires conjugales³, permet à ce modèle de mariage de sortir des textes pour s'imposer dans la vie quotidienne.

2. Cf. Georges DUBY, *Le chevalier, la femme et le prêtre*, Hachette, Paris, s.d., p. 65 et ss.

3. La réforme du mariage laïc est menée de pair avec la lutte contre le mariage des clercs. Affirmer que le prétendu mariage des clercs relève de la compétence des évêques, c'est amener les fidèles à l'idée d'une compétence absolue de l'Église dans tous les domaines du mariage. Discipliner en l'interdisant, le « mariage » des clercs, ouvre le chemin à la discipline des mariages laïcs. Le discours de Grégoire VII contre l'incontinence des clercs, trouve dans les décisions prises, en 1031, par les conciles de Bourges et de

Les membres du clergé n'ignorent pas que le mariage ne pourra assurer son rôle social que s'il est stable : la stabilité du mariage étant issue de son caractère de sacrement et de son indissolubilité.

Jusqu'à présent, j'ai décrit le mariage en tant que structure (monogamie et exogamie; hétérosexualité) et fonction (l'engendrement). Mais avant d'être fonction — parce qu'il est aussi fonction — il est sacrement. La construction sociale du mariage découle de sa nature théologique. Il sert un certain but, parce qu'il est un sacrement. L'institutionnalisation du mariage a été réalisée dans la logique fonctionnelle de l'Église en tant que telle, même si elle a abouti consciemment à des résultats sociaux importants. Le clergé a insisté, au début, sur sa fonction sociale afin de la faire comprendre et accepter par une société où le christianisme n'était qu'une couleur de civilisation.

2) Le mariage et l'ordre social : l'ordre laïc

La théorie des *Ordines* est créée par les penseurs carolingiens à partir de la parabole des talents et de la comparaison entre l'Église et le corps humain⁴.

Chaque ordre avait une fonction précise (*officium*) dont l'accomplissement donnerait au corps social toute sa cohésion, cohésion qui était fondée structurellement et dynamiquement sur la volonté divine.

Le modèle monastique, seul exemple d'une société (presque) parfaite dans la cité des hommes, fournit la base de cette philosophie sociale. L'ordre (règle) des moines était étendu au siècle, de façon à ce

Limoges, des précédents directs en ce qui concerne la réforme de la vie morale des clercs et des laïcs. Il aura ouvert la voie, et inspiré la réforme du mariage et de sa juridiction au cours du XI^e siècle. Le principe de la compétence épiscopale exclusive en matière de mariage (divorce) se trouve au canon du concile de Tours du 1^{er} mars 1060 (« [...] quiconque, renvoyant sa femme, sans sentence épiscopale, en a épousé ou en épousera une autre, qu'il sache qu'il est excommunié jusqu'à ce qu'il fasse pénitence »). C.-J. HÉFÉLÉ, *Histoire des Conciles d'après les documents originaux*, trad. de H. Leclercq, Paris, 1911-1913, IV, p. 1202 et ss.). Gratien reproduit le canon 25 du concile d'Agde (506) selon lequel la répudiation pour cause d'adultère ne peut pas avoir lieu sans une sentence et sans un avis des évêques (*Concordia*, c. 1, XXXIII, qu. II). St-Yves cite ce texte dans sa lutte pour le monopole ecclésiastique des jugements sur le mariage (*Décret*, VIII, 231 et 328; *Panormie*, VI, 106).

4. Saint Boniface, au milieu du VIII^e siècle, appliqua à la société la technique de la comparaison entre l'Église et le corps humain : « Dans notre corps il n'y a qu'une âme, mais nombre de membres différents par leur fonction. De même dans l'Église, il n'y a qu'une foi, qui doit être mise en œuvre par la charité, mais il y a diverses dignités ayant chacune leur propre service. Il y a un *ordo* des chefs, un *ordo* des sujets, un *ordo* des riches, un *ordo* des vieux, un autre des jeunes, chacun ayant sa propre marche à suivre, comme chaque membre possède une fonction propre dans le corps ». Cf. Jean CHELINI, *Histoire religieuse de l'Occident médiéval*, Paris, Armand Colin, s.d., pp. 133-4.

que celui-ci soit « mis-en-ordre ». La vie était réglée par des règles divines et ecclésiastiques, qui signalaient à chacun sa fonction. Dans le monastère, l'abbé dirige, les moines prient, et d'autres moines et laïcs travaillent. « Que chacun, à son ordre, se montre pleinement docile aux principes évangéliques et apostoliques, ainsi qu'aux conseils des Pères et que chacun accomplisse sa tâche avec zèle en accord avec l'autorité canonique et que tous entre eux gardent la paix et exercent la sainte charité » (Léon XII, début du IX^e siècle⁵).

La théorie des « ordres » développée aux XI^e et XII^e siècles, aboutit à la conception de trois ordres inspirés de la réalité de la vie : les *oratores*, ceux qui prient ; les *bellatores*, ceux qui combattent ; les *laboratores*, ceux qui travaillent. Ces trois ordres sont solidaires, ne pouvant être séparés ; les services rendus par les uns permettent les travaux des autres, chacun à son tour se chargeant de soulager l'ensemble. Tant que « cette loi a pu triompher, le monde a joie de la paix »⁶.

Cette conception « sociologique » est doublée d'une construction « anthropologique » : les *rectores*, les guides ; les continents (*virgines*) et les gens mariés (*conjuges*). Ces trois ordres sont déterminés par leur état⁷ plus que par leur fonction dans la cité⁸.

Ces deux conceptions se sont confondues, reconstruites à l'image du corps de l'homme. La société chrétienne formait un seul corps et chaque ordre constituait un membre. Honorius Augustodunensis dans son *Elucidarium* distinguait dix *ordines* dans l'Église : les prélats, qui étaient la tête de l'Église ; les docteurs, ses yeux ; les maîtres, ses lèvres ; les soldats, ses mains ; les laïcs, son ventre, etc. Les gens mariés travaillent avec leurs ventres, écrivait St-Yves⁹. Gérard de Cambrai (en 1025) et Saint Bernard (en 1146) insistèrent sur la nécessité du mariage, puisque c'est là l'état normal du laïc ; le refuser aurait ébranlé l'ordre voulu par la providence.

5. P.L., c. XXII, col. 232.

6. Adalbéron de Laon, poème au roi Robert, vers. 1020. Cf. G.A. HUCKEL, *Les poèmes satiriques d'Adalbéron*, Bibliothèque de la Faculté de Lettres de l'Université de Paris, XIII, 1901, p. 155-6.

7. De toute façon, l'appartenance aux ordres ne se fait pas par la fortune, mais par l'honneur et la dignité. Ils ne sont pas fermés.

8. Il n'est pas certain que cette classification ait été parfaitement représentée par les hommes de l'époque ou qu'elle ait régi les rapports sociaux. Dans la vie quotidienne les clivages n'étant pas aigus, la transition est fréquente et les fonctions mal définies. « Il n'y a pas de critère décisif pour déterminer l'appartenance à la noblesse Hennuyère à la fin du Moyen Âge. » « Le fait que le vocable ne figure guère dans les actes de la vie quotidienne, notamment dans les registres des fiefs, traduit pour le moins, une indécision, un flottement. » « On ne sait plus exactement qui est noble et qui ne l'est pas. » (G. SIVERY, *Structures agraires et vie rurale dans le Hainut à la fin du Moyen âge*, (dact.). Lille, 1972, p. 795 et ss.).

9. Le mariage étant dirigé à la procréation, on ne peut pas s'étonner que les auteurs y ont vu surtout l'accouplement sexuel.

Par cette voie, assimilant l'ordre social à un dessein providentiel, les fonctions sociales étaient présentées comme des dons de Dieu ; la providence venait continuer et perpétuer l'ordre social qui se mettait en place au XI^e siècle.

Pourtant, la construction ecclésiastique du mariage en tant qu'ordre social, s'est faite contre le groupe dominant de la société civile : les guerriers. L'Église et les guerriers avaient des intérêts opposés : valorisation de l'individu et exogamie, pour la première ; intérêt du groupe et endogamie, pour les seconds. La période de la fin du XIII^e siècle en est une d'affrontements.

Les compromis ont été difficiles. L'accord des familles, pré-supposé de l'acceptation sociale du mariage, fut exigé. Les époux doivent appartenir au même milieu social, au même « ordre ». Les pères essayent de rester les maîtres du mariage de leurs enfants, réagissant par l'exhéré-dation et par des accusations de rapt dans le cas des unions d'enfants insoumis¹⁰. L'Église leur oppose le caractère indissoluble du mariage fondé sur le consentement des époux et le monopole de sa juridiction sur les affaires familiales. À la volonté d'endogamie, instrument de concentration ou de préservation des fortunes, l'Église oppose la prohibition du mariage entre parents proches.

L'accord entre deux familles, aboutissant à un mariage, entraîne un échange de biens à côté d'un échange de personnes. La *datio* de l'épouse doit être compensée par la constitution du douaire (*dotalicium*) au bénéfice de la femme. Mais comme celle-ci représente une charge pour l'époux, il faut qu'elle apporte de quoi permettre son entretien. L'épouse apporte sa dot qui doit correspondre, en principe, au don du mari. Ce n'est qu'au XIII^e siècle que l'Église s'intéresse décisivement aux rapports patrimoniaux du mariage, pour défendre les intérêts de l'épouse. De toute façon le mariage est, aux yeux des clercs, une affaire entre deux personnes, ses aspects patrimoniaux étant laissés de bon gré au droit civil.

Mais, dans le domaine des rapports personnels, la victoire du droit canonique sur les mœurs et les « règles » civiles est complète.

Au début du second millénaire, les hommes, poussés par les besoins essentiels de manger et de survivre, se rassemblent autour des puissants, les seuls qui peuvent les protéger et les nourrir. La population se concentre près des tours *féodales* qui font estomper au loin la figure du roi. Les hommes sont pris dans un réseau de devoirs et de droits (junior/senior, vassal/seigneur, fils/père, maître/disciple), donc le côté « religieux » et le côté « laïc » sont inséparables.

10. *Vd.*, par ex., G. DUBY, « Les jeunes dans la société aristocratique dans la France du Nord-Ouest au XII^e siècle », *Annales E.S.C.*, XIX, 1964, pp. 835-846.

En effet, le réseau féodal est doublé d'un réseau ecclésiastique (paroisse, évêché). Un réseau de paroisses s'installe, symbolisé par l'érection d'églises dans lesquelles se concentre le monde des vivants qui ont les morts à leurs pieds. En même temps, le système de représentations religieuses justifie la structure sociale, que l'Église, en échange, modifie selon ses règles (conception religieuse de la chevalerie, « paix de Dieu », origine et fonction divine du pouvoir temporel, mariage, etc.).

« Encellulé » dans les seigneuries et les paroisses, l'Européen est soumis à l'ordre religieux (et civil) qui s'organise dès les temps carolingiens : messe dominicale, repos dominical, communion aux grandes fêtes de l'année, instruction religieuse. L'évêque accentue son pouvoir et augmente la surveillance sur son peuple : un tribunal paroissial est constitué pour connaître les fautes graves des fidèles. Cette évolution aboutit au XIII^e siècle, où le droit canonique établit tous les éléments d'une organisation « parfaite » pour l'Église et ses fidèles, parmi lesquels les bases du droit du mariage et de la famille.

3) La structure de l'ordre conjugal : le monastère en tant que modèle

Pour les clercs qui « construisaient » la société européenne, celle-ci constituerait un tout homogène, intégré, dont chaque partie était solidaire de l'ensemble, le tout présidé par Dieu, comme Il présidait au Cosmos. Cette intégration n'était pas, pourtant, qu'externe. Chaque cellule était ordonnée par une logique d'ensemble, qui était nécessairement la logique du « sacré », qui donnait le sens aux choses du monde. Le modèle de la « cité des hommes » devait être cherché dans la « cité de Dieu » ; le modèle de la cellule familiale fut aussi cherché dans l'ordre ecclésiastique. Les clercs qui réglaient le mariage et la famille avaient devant leurs yeux ce qui paraissait être la cellule humaine la plus parfaite à la disposition des hommes dans leur chemin vers le salut : le monastère, la cellule du moine. La cellule familiale fut bâtie selon le modèle monacal (de la règle de St-Benoît).

Devant Dieu, les deux parties d'un mariage étaient égales ; leurs obligations, notamment celle de la fidélité, étaient les mêmes. Cependant, à l'exemple de Dieu présidant le monde et de l'abbé gouvernant son monastère, la famille était dirigée par le mari, le *pater familias*. L'abbé devait être pour ses moines ce que fut Jean Baptiste : l'Ami de l'Époux, celui qui les aime d'un amour qui les conduit vers le Seigneur.

Le mari devait aimer son épouse d'une telle façon qu'elle, l'élément le plus fragile du couple (Ève), serait fortifiée et sauvée. La vie n'étant complétée que dans l'interdépendance des personnes, la dépendance de la femme devant l'époux, et des enfants devant leurs parents, apparaît

comme une dimension de la liberté et de l'amour. L'obéissance devant le père et l'époux (et l'abbé) est une forme d'amour divin : celui qui n'obéit pas à son père qu'il voit ne saurait obéir à son Père qu'il ne voit pas.

Mais l'autorité n'est pas absolue : Saint Benoît indique deux sources d'autorité dans le monastère : un texte et une personne. La vie échappe ainsi au « positivisme » rigide et à l'arbitraire. L'autorité du chef de famille est limitée par la morale et par le réseau de règles dans lesquelles l'Église s'efforce d'encadrer les obligations des époux.

De quelle façon sera organisée la vie quotidienne de la famille ? De quelle manière ceux à qui sont confiés des outils doivent-ils en prendre soin ? s'interroge St-Benoît. Tout d'abord, dans l'optique que ces outils sont dédiés et consacrés à Dieu. Le rituel monastique de la bénédiction du dortoir demande *Dormientes te per soporem sentiant*¹¹. *Sanctis etiam ipse somnus oratio sit*¹². La vie du couple doit être consacrée aussi à Dieu, dans tous ses instants : *Fercula nostra Deum sapiant* — qu'ils aient le goût de Dieu ces mets.

Transposons pour la famille l'idéal du monastère : « Tout était un rythme, un rite, une cérémonie depuis le petit lever. Tout était un événement sacré. Tout était la plus sainte habitude. Tout était une élévation intérieure et une prière : toute la journée, le sommeil et la veille, le travail et le peu de repos ; le lit et la table, la soupe et le bœuf, la maison et le jardin, la porte et la rue, la cour et le pas de porte, les assiettes sur la table. Ils disaient en riant que travailler c'est prier, et ils ne croyaient pas si bien dire. Tout leur travail était une prière. Et l'atelier une victoire » (Péguy¹³).

Fondé sur un livre et une autorité ; consacré au travail qui sauve¹⁴ ; instrument de salut, le mariage, tel que l'Ordre, était soutenu par la grâce du sacrement.

B. LE MARIAGE EN TANT QU'ORDRE DU SALUT : LE SACREMENT (L'ÊTRE)

Même si l'analyse théologique du mariage est quelques fois chronologiquement postérieure à son implantation pratique, celle-ci paraissant plus urgente, les théologiens des XII^e et XIII^e siècles démontrèrent un intérêt significatif pour le mariage.

À travers la notion de perpétuité, l'Église voit le signe essentiel du mariage. Pour Hildebert de Lavardin¹⁵ le lien indissoluble, la stabilité,

11. « Que les dormeurs te sentent encore Seigneur, dans leur sommeil. »

12. « Pour les Saints, d'ailleurs, le sommeil même est aussi une prière. »

13. *L'argent*, Paris, pp. 15-16.

14. Contre la tradition romaine et germanique de l'oisiveté noble.

15. P.L., 171, 963-4. Tel que le sacrement du baptême ne peut pas être perdu, le sacrement du mariage ne peut pas être détruit, écrivait Hincmar de Reims (*De divortio Lothario et Tetbugae*, 21, Resp.).

sont le signifiant (*designat*) du mariage : « c'est la stabilité dans le mariage qui est le sacrement puisqu'elle est le signe de la chose sacrée ».

Il y a toujours eu consensus sur le caractère sacramental du mariage, même si la notion de « sacrement » et, spécifiquement, la notion et le contenu du « sacrement du mariage » ont varié. St-Augustin accordait au mariage une nature religieuse qu'il désigna par le mot *sacramentum*. Il attribuait au mariage chrétien le *bonum sacramentum* à cause de son indissolubilité¹⁶.

Le mariage est un sacrement parce qu'il symbolise l'union entre le Christ et son Église. Pierre Lombard considère que le caractère sacramental du mariage découle, selon St-Paul, du fait qu'il a été établi comme symbole de l'amour du Christ pour son Église et de l'amour de l'Église pour son divin Époux¹⁷. L'indissolubilité renvoie à la fidélité, elle-même renvoyant à l'amour. La fidélité des époux a pris comme modèle la fidélité du Christ.

Pour Hughes de St-Victor¹⁸ il y a dans le mariage deux réalités sacramentelles : le *coniugium ipsum* et l'*officium coniugis*. La première réside dans le consentement ; la deuxième, dans la relation des époux. Avant la chute, Dieu avait établi le mariage comme le sacrement de la société qui existait entre lui et l'âme. La base de cette société était l'amour, signifié par l'union spirituelle de l'homme et de la femme. Après la chute, l'institution du mariage n'a pas été changée, mais rectifiée, pour que l'*officium conjugale* soit un remède contre la concupiscence.

St-Bonaventure¹⁹ place le mariage parmi les sacrements, le consentement des deux parties signifiant l'union dans l'amour. Pour St-Thomas, les paroles qui expriment le consentement sont la forme²⁰, tandis que les actes externes des parties constituent la matière, l'ensemble s'identifiant avec le *sacramentum tantum* du mariage.

Cette conception du mariage, comme sacrement de l'amour officié par les conjoints, permet de comprendre le véritable sens de la finalité du mariage, à travers le dialogue de l'être et de sa fonction.

À la base du mariage il y a l'acte par lequel un homme et une femme se retrouvent eux-mêmes. Ils se donnent l'un à l'autre, voulant être un, sans pouvoir cesser d'être deux (Lacroix²¹). Cette volonté d'union s'incarne dans l'enfant, permettant ainsi au mariage de perpétuer.

16. Vd. B. PEREIRA, *La doctrine du mariage selon St-Augustin*, Paris, E.C., 1930 et V. LADOEMERSKY, *Saint Augustin, docteur du mariage chrétien, Étude dogmatique sur les biens du mariage*, Rome, Éd. Un. Latrau, 1942.

17. P. ABELLAN, *El fin y la significación sacramental del matrimonio desde S. Anselmo hasta Guillermo de Auxerre*, Granada, Éd. Un. Granada, 1939, p. 138 et ss.

18. *De Sacramenti*, 1, 8, 13 et 2, 11, 3.

19. *Commentarii in quattuor libros Sententiarum*, IV, 26, 2, 2.

20. *In Sent.*, IV, 2, 11.

21. *Le Mariage*, Paris, 1945, p. 54 ss.

Dans les enfants, écrit Hegel²², l'unité du mariage qui — en tant que substantiel, est intériorité et sentiment, mais en tant qu'existence est séparé en deux sujets — devient aussi une existence pour soi et un objet en tant qu'unité. Les parents aiment les enfants comme leur amour, comme leur être substantiel. Et Kirkegaard souligne²³ : « tout véritable amour repose sur ceci, qu'on s'aime dans un troisième ». Dans cette mesure l'enfant, incarnation de l'amour, est le mariage. Il incarne la perpétuité de l'amour et est, en même temps, la condition même de cette perpétuité.

Dans cette perspective, je n'attribue pas une portée très importante au récent changement intervenu dans le droit canonique. La finalité primaire du mariage était la procréation et l'éducation des enfants²⁴. Le *mutuum adiutorium* venant après. Aujourd'hui, et dans la suite de la constitution conciliaire *Gaudium et Spes*²⁵, le mariage est défini, canoniquement, comme étant une communion de vie conjugale fondée sur l'amour et ordonnée par son caractère naturel à la génération et à l'éducation des enfants²⁶. Ce n'est qu'une perspective différente d'une réalité immuable, même si on peut se demander si l'amour entre les époux est une valeur juridique²⁷.

II. LA DÉINSTITUTIONNALISATION

Le mariage catholique s'est révélé capable de fonder une famille qui assumait une grande partie des fonctions sociales de base :

- a) Reproduction ;
- b) Production et répartition des biens ;
- c) Contrôle social à l'intérieur et à l'extérieur de la famille ;
- d) Éducation des remplaçants ;
- e) Harmonisation des buts individuels avec les valeurs sociales.

22. *Hegels theologische Jugendschriften*, publ. Vohl, 1907, p. 378 et ss.

23. *L'alternative*, cit. par Lacroix, *op. loc. cit.*

24. « Le consentement matrimonial est un acte de volonté par lequel les deux parties livrent et acceptent le droit au corps — *jus in corpus* — perpétuel et exclusif, en vue d'actes aptes de soi à la génération de l'enfant » (C.I.C., 1917, can. 1081, § 2).

25. « La communauté profonde de vie et d'amour que forme le couple a été fondée et dotée de ses lois propres par le Créateur; elle est établie sur l'alliance des conjoints, c'est-à-dire sur leur consentement personnel irrévocable. Une institution que la loi divine confirme, naît ainsi, au regard même de la société, de l'acte humain par lequel les époux se donnent et se reçoivent mutuellement » (n° 48 § 1).

26. Ceux-ci étant considérés comme « le don le plus excellent du mariage »; même document, n° 50, § 1. L'encyclique *Humanae vitae* (du 25 juillet 1968) reprend l'ensemble de cette doctrine : « Par le moyen de la donation personnelle réciproque, qui leur est propre et exclusive, les époux tendent à la communion de leurs êtres en vue d'un mutuel perfectionnement personnel pour collaborer avec Dieu à la génération et à l'éducation de nouvelles vies. » Voir aussi, C.I.C., 1983, can. 1055, § 1.

27. Le droit canonique est-il du Droit? Sa nature est discutée...

Dans la deuxième partie qui suit, je décrirai la désinstitutionnalisation du mariage en ce qui concerne la stabilité et la procréation ainsi que les conséquences qui peuvent en découler.

A. DE LA STABILITÉ AU DIVORCE

L'ordre du mariage — monogamie, stabilité/indissolubilité — est nécessaire pour encadrer la procréation et la communauté de vie entre les époux. C'est cet ordre — ainsi que ses buts — qui sont remis en cause par le divorce.

Attaqué par l'individualisme, la répartition sociale du travail, l'affaiblissement du pouvoir de l'Église devant l'État et la diminution de son contrôle des représentations et des mœurs sociales, le mariage commence, dès le XVI^e siècle, à entrer en crise et à échapper au contrôle de l'Église. Dans les pays de l'Europe du Sud — France, Italie, Espagne, Portugal — l'époque contemporaine est marquée par le conflit qui oppose l'État et l'Église catholique en ce qui concerne la compétence pour discipliner le mariage et pour statuer sur les conflits qui en découlent. La consécration du mariage civil et du divorce est représentée par une certaine conception de la liberté des époux. La désinstitutionnalisation du mariage, n'est pas, dans plusieurs réformes, le produit de la désagrégation de la famille conjugale. Elle va déterminer la destruction, à travers le mariage catholique privé de sa stabilité, de l'ordre social (politique) et économique traditionnel, au bénéfice de l'ordre nouveau créé par l'État contemporain — quelle que soit son idéologie.

L'évolution étant homologue dans tous les pays indiqués — mariage civil/divorce, divorce sanction, divorce remède, divorce par consentement mutuel — nous allons la décrire ainsi que ses conséquences, par rapport au droit portugais qui en est un exemple.

Le divorce est apparu au Portugal comme une des premières mesures du régime républicain. Ce régime l'a introduit le 3 novembre 1910, moins d'un mois après la prise du pouvoir, ce qui démontre l'importance que la République attribuait à cette mesure. Le divorce fut légitimé deux mois plus tard (le 25 décembre 1910) par la transformation du mariage dans un contrat exclusivement civil, seul mariage admis, et qui devait précéder obligatoirement le mariage religieux.

Avant 1910 l'immense majorité de la population choisissait le mariage catholique au lieu du mariage civil, qui était facultatif : de cette façon l'imposition du mariage civil, susceptible de divorce, ne paraît pas répondre à un besoin social, mais plutôt à un plan destiné à ébranler la famille, à diminuer son rôle social, et à remplacer l'ordre social traditionnel par un autre. D'autant plus que le divorce litigieux connaissait un grand nombre de causes et que le divorce par consentement mutuel était admis.

Pourtant, ce but n'a pas été atteint. Le nombre de divorces fut toujours réduit.

En 1940, après le concordat signé avec le Saint-Siège, le Portugal reconnut des effets civils au mariage catholique. Il interdit aux tribunaux civils d'appliquer le divorce aux mariages religieux et réserva à la juridiction ecclésiastique le jugement sur la validité des mariages catholiques. L'enregistrement des mariages civils chuta en 1941 à 18,22 % du total, pour n'atteindre que 9,25 % en 1960. Le mariage civil devient un phénomène socialement marginal.

L'intérêt « civil » de sa stabilité est sauvegardé dans 90 % des unions par le biais de l'indissolubilité du mariage catholique.

Le Code civil de 1966 a conservé la dualité mariage civil/mariage catholique. Mais le divorce par consentement mutuel disparaît.

En 1975, l'article du concordat qui interdisait aux tribunaux d'appliquer le divorce aux mariages religieux est abrogé.

La Constitution de 1976 réserve à l'ordre civil le droit du mariage. La réforme du Code civil de 1978 réintroduisit le divorce par consentement mutuel. Ces modifications peuvent vouloir se justifier dans le nombre croissant des mariages civils, des divorces et des situations de rupture des mariages religieux. Mais elles ont établi un modèle presque totalement désinstitutionnalisé. C'est pourquoi, même s'il n'y a pas un caractère d'imposition, ces modifications suggèrent un plan de transformation sociale²⁸.

Le mariage devient, en fait, une liaison temporaire. Le divorce est une idée-force qui multiplie le divorce : les conjoints se dissocient indéfiniment. Ils ne sont plus liés pour le meilleur et pour le pire. Le pire marque la fin du mariage. Le meilleur paraît toujours insuffisant. Devenu une liaison temporelle, le mariage n'assurera plus sa fonction sociale : procréation et communion de vie des époux.

Nous avons vu que la stabilité renvoie à l'amour qui est, en même temps, sa cause. Quel amour sera compatible avec les mariages à terme?

Nous passons à l'analyse de l'évolution de l'autre finalité du mariage : la procréation.

28. La loi codifiée (et la loi en général) part du normal, pas de l'anormal. En conséquence, le public considère les lois comme un modèle : il est normal que le mariage soit dissous par le divorce.

**B. LA PROCRÉATION ET LA COMMUNAUTÉ DE VIE — DU MARIAGE —
INSTITUTION AU MARIAGE-CONTRAT — AU-DELÀ DU
MARIAGE-ASSOCIATION**

Le Code civil portugais de 1867 consacre la notion traditionnelle des finalités du mariage : il est un contrat entre deux personnes de sexe différent ayant pour but de constituer légitimement la famille.

Si la simple possibilité de divorce litigieux ébranle toute la structure et la dynamique familiale, le divorce par consentement mutuel traduit la phase finale de la destruction de la stabilité du mariage et, en conséquence, de celui-ci.

Le nouveau mariage représente un retour à la conception du droit romain. Il redevient une affaire privée, un rapport fondé sur la cohabitation et le consensus continu. Il n'est plus un état, un ordre créé par un consensus initial, définitif. La dissolubilité ne renvoie ni à la fidélité ni à l'amour.

Le « bien » de la fidélité s'efface. Le mariage devient ce que chacun des conjoints veut.

Ceci est vrai pour le divorce remède litigieux : chacun des époux peut prononcer le divorce, en posant des causes qui ne dépendent que de sa seule volonté (l'absence du domicile conjugal, par exemple). L'intervention du tribunal n'est que la tombée du rideau après le *pathos*.

Le divorce par consentement mutuel signifie, avec une grande clarté, que l'ordre juridique ne soutient plus le mariage, en le rendant disponible par le simple accord des intéressés. Le divorce par consentement mutuel ne peut plus se justifier par les fondements du divorce-remède. Il n'est pas nécessairement le remède d'une situation mortellement atteinte : le droit ne s'intéresse pas aux raisons qui ont déterminé l'accord des ex-conjoints. Peut-être se sont-ils mariés à terme : la société accepte, en fait, à travers le divorce par consentement mutuel, des liaisons à terme qui ne sont plus des mariages.

Le législateur facilite aussi le mariage-négoce. Les personnes peuvent se marier pour acquérir une nationalité, une carte de commerçant, pour recevoir un prix, ou un dégrèvement fiscal. Une fois la finalité atteinte, elles divorcent. Le mariage vaut alors ce que les conjoints veulent. Il devient un simple contrat de règlement privé en vue d'intérêts privés. Une sorte d'association — pourquoi pas une société commerciale? — à responsabilité fortement limitée.

La justification du divorce par consentement mutuel pourrait être la suivante : il serait injuste et socialement inutile d'obliger les conjoints à se maintenir liés par un mariage qui ne signifie plus rien pour eux et qui, par conséquence, ne peut plus atteindre ses buts. Alors, pourquoi ne pas admettre le divorce par volonté d'un seul des conjoints? Si l'un des conjoints rejette le lien conjugal, ce lien ne pourra plus, dans la logique indiquée, servir les buts pour lesquels il fut créé. La dynamique

du mariage en tant qu'affaire privée²⁹, instrument de la liberté des parties, aboutit au « divorce » par volonté d'un seul des époux.

Le Code civil de 1966 précise que la famille sera constituée moyennant une « pleine communauté de vie ». Ce qui ne paraît pas ajouter un supplément substantiel à la formule antérieure.

Le grand changement advient avec la Constitution de 1976. Selon l'article 36, tous ont droit à constituer famille et à se marier en conditions de pleine égalité. Cette séparation entre procréation et mariage signifie que celui-ci n'a plus la procréation comme but. Le mariage ne sera qu'une communauté de vie entre deux personnes. La procréation est l'affaire des femmes, elle est laissée au libre arbitre de chacune, selon les mœurs en vigueur.

La procréation envisagée comme affaire de chaque femme était présente dans l'article 68 (rédaction de 1976) qui ne reconnaissait que la maternité en tant que valeur sociale et qui ne prévoyait que la protection étatique pour la mère dans sa fonction d'éducation des enfants³⁰.

CONCLUSION

La fonction de procréation est la première victime de l'instabilité du mariage. Un enfant représente (encore!) neuf mois de gestation, vingt ans d'éducation, une vie de soucis. Des années qui ne sont plus assimilées à l'épanouissement d'un esprit plein d'amour, mais à des contraintes intolérables à la liberté des conjoints. Les enfants deviennent des anomalies, des sous-produits de la sexualité, qu'il faut prévenir ou éliminer. L'enfant étant un investissement à long terme, il est difficilement compatible avec le mariage à court terme — lui-même incompatible avec une véritable communion de vie.

Mais si la société n'institutionnalise plus le mariage en tant que source de procréation, mais seulement en tant que communion de vie, elle ouvre la voie au mariage d'homosexuels ou de groupes.

L'accent étant mis sur la maternité comme source de procréation, la puissance paternelle, devenue parentale, sera bientôt puissance maternelle — et l'enfant conçu mais pas encore né, désocialisé par son éloignement du mariage, sera vu comme une partie du corps de sa mère et soumis à son pouvoir (de vie et de mort).

29. Le « droit public » de la famille donne lieu au « droit privé ».

30. La réforme de 1982 introduit la paternité à côté de la maternité.