

Per la storia del pensiero giuridico moderno
11/12

CRISTIANESIMO SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO

a cura di

**UIGI LOMBARDI VALLAURI
GERHARD DILCHER**

ESTRATTO

ANDRÉS OLLERO

Università di Granada

**CHRISTIANISME, SÉCULARISATION
ET DROIT MODERNE:
LE DÉBAT DE LA LOI ESPAGNOLE
DE MARIAGE CIVIL DE 1870**



*Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden*



*Giuffrè Editore
Milano*

ANDRÉS OLLERO

Università di Granada

CHRISTIANISME, SÉCULARISATION
ET DROIT MODERNE:
LE DÉBAT DE LA LOI ESPAGNOLE
DE MARIAGE CIVIL DE 1870

I. Droit moderne et processus de sécularisation. — II. Le processus de sécularisation dans l'Espagne de 1870. — III. Vers une conception sécularisée du mariage. — IV. Le mariage est « quelque chose de plus » qu'un contrat. — V. La norme juridique comme modèle de conduite « normale ». — VI. Entre le pluralisme et l'égalité: la lutte pour le « normal ». — VII. Imposition juridique de l'éthique permissive. — VIII. Cent ans après. — IX. Christianisme, sécularisation et droit « moderne ».

I. *Droit moderne et processus de sécularisation.*

1. Le droit moderne surgit sur une base éthique chrétienne. Son *attitude sécularisatrice* se dirige d'abord à un changement du *fondement* des conditionnements de la conduite humaine, plus qu'à une modification radicale de ses *contenus*. Le changement de fondement, appuyé pratiquement par une foi déiste, implique dans la polémique politique l'exigence d'un retour du protagonisme social de l'Eglise.

2. En essayant cette *re-cimentation séculière* des contenus éthiques chrétiens on cherche l'appui de la doctrine du *droit naturel* dans sa version rationaliste. Mis entre parenthèses le Dieu créateur, on ne nie pas l'existence d'un ordre naturel ni la capacité de la raison humaine pour capter d'une manière évidente ses principes. Ses exigences éthiques adoucissent les valences individuali-

stes du moderne, en continuant sur de nouvelles bases le conditionnement exercé par l'éthique chrétienne.

3. Cet essai peut entrer paradoxalement en collision avec l'interprétation autorisée de la loi *naturelle*, que — à partir de perspectives de foi *surnaturelle* — se réserve l'Eglise catholique. Quoique la théorie n'engendrera pas nécessairement cela, dans la pratique une certaine méfiance se laisse entrevoir quant à la capacité de la raison pour capter, sans aide de la grâce, l'ordre naturel. Son équivalent au niveau politique est la résistance de la hiérarchie ecclésiastique à céder un protagonisme social qu'elle estime indispensable pour neutraliser l'individualisme moderne.

4. Sans aucune doute, tous les acteurs du *processus sécularisateur* n'essayent pas simplement de substituer le fondement des exigences éthiques socialement en vigueur. A partir de points de départ d'empirisme ou de scepticisme gnoséologique — clairement incompatible avec tout ordre naturel — on aspire plutôt à modifier substantiellement ces contenus éthiques. De la même manière, à partir de ce prisme le « naturel » apparaît collé au surnaturel, quoiqu'à présent avec une intention contraire: la religion aussi bien que des positions métaphysiques substitutrices se dénoncent, comme *recoupements de la liberté individuelle* et instruments de « cléricalisme » politique.

5. Pour pouvoir réserver au droit, à partir de perspectives modernes, une fonction de solidarité sociale, incompatible avec les propositions individualistes ou collectivistes, il est nécessaire de ne pas oublier que le droit n'accomplit pas seulement une fonction directement répressive mais qu'en même temps il conforme aussi la mentalité sociale dans la mesure où ses normes tendent à être considérées comme modèles de conduite « normale » ou respectable. C'est ici que la lutte pour le protagonisme social se convertit en *lutte pour le droit*, et où le processus de sécularisation atteint une virulence polémique.

6. La possibilité d'arriver à travers le « droit moderne » à une re-cimentation de l'éthique sociale chrétienne dépend du jeu d'un facteur double:

a) le difficile dosage du protagonisme social des instances religieuses adéquat pour atteindre la consolidation des exigences éthiques de l'humanisme chrétien.

— pour certains, n'importe quel retour dans ce protagonisme ne peut que s'interpréter comme une perte de *crédibilité* du modèle religieusement sanctionné, et engendrer sa perte d'influence dans la sphère de la conscience.

— d'autre part, le protagonisme ecclésiastique dans la défense de ce modèle « humain » tend, dans une ambiance relativiste, à se convertir en facteur perturbateur, en le faisant apparaître comme un élément de « croyance » qui essaye d'envahir la sphère de ce qui est sujet à discussion.

b) L'incidence sociale des idéologies individualistes ou collectivistes, qui aspirent à monopoliser le moderne (ou l'après-moderne) en le privant de toute connexion avec sa primitive base éthique chrétienne. Cette particulière sécularisation prétend imposer socialement un modèle éthique déterminé (mélange, par exemple, d'hédonisme individualiste et d'interventionnismes étatistes) et repousse n'importe quelle déviation comme s'il s'agissait d'un essai d'« *imposer* » socialement des options de conscience.

c) Dans la mesure où l'influence de ces deux facteurs apparaît comme inversement proportionnelle, le processus de sécularisation continue à être condamné à la polémique, parce qu'il manque vraiment une conception séculière unitaire du contenu éthique du droit. Seule la capacité d'argumenter séculièrement les contenus de l'humanisme chrétien, avec un protagonisme social réduit des instances ecclésiastiques, pourrait aider à remplir le droit de contenus différents de ceux qu'impose aujourd'hui le « consommisme étatiste ». L'identification acritique de cette option idéologique avec les concepts de « modernité » et « sécularisation » ferait que l'utopie jusnaturaliste grotienne ne puisse plus se-réouvrir.

II. *Le processus de sécularisation dans l'Espagne de 1870.*

La première réglementation du *mariage civil* en Espagne, et son érection en unique forme juridiquement efficace, apparaît accompagnée d'un double élément « sécularisateur ».

1. D'une part on la lie étroitement à l'établissement constitutionnel de la *liberté de cultes*, considérée par certains comme la « conquista fundamental » de la révolution de 1868 ⁽¹⁾.

La discussion du thème, spécialement tendue, mit en vis-à-vis la plupart des protagonistes du débat que nous analysons ci-dessus. Le texte final, fruit d'une difficile transaction entre les divers groupes impliqués, fut souscrit par une substantielle majorité de 214 voix contre 55. Progressistes, démocrates et Union Libérale, flanqués par les traditionnalistes et les républicains, réussissaient ainsi apparemment à éviter un des thèmes les plus isca-breux pour la vie commune de la nation ⁽²⁾. Les projets de mariage civil finiraient par éroder ce consensus, brisant surtout l'Union Libérale, dû à sa composition hétérogène ⁽³⁾.

L'affirmation de l'art. 11 de la Constitution isabeline de 1845 — « La religión de la nación española es la católica, apostólica, romana. El Estado se obliga a mantener el culto y sus ministros » — se voit substituée par l'art. 21 de celle de 1869 — « La nación se obliga a mantener el culto y los miembros de la religión católica. El ejercicio público o privado de cualquier otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho. Si algunos españoles profesan otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior ».

Si nous nous en tenons au texte, il semble que l'on établit une « tolérance » religieuse envers les étrangers, et secondairement pour les espagnols qui — par une hypothèse apparemment exceptionnelle — partageraient leur situation. De là surgiraient les difficultés pour maintenir dans le développement de l'article une optique d'authentique pluralisme religieux sans différences. Pour les éviter, Montero Ríos (catholique, militant dans le parti progressiste et Ministre de Grâce et Justice durant le débat sur le mariage civil) insiste, dans sa défense

⁽¹⁾ L'affirmation est de TORRES MENA, *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes* (plus loin nous citons DS) 20.IV.1870 (261) pag. 7288.

⁽²⁾ Sur les positions de ces groupes cfr. S. PETSCHEN, *Iglesia-Estado. Un cambio político. Las Constituyentes de 1869*, Madrid 1974.

⁽³⁾ Sur ce parti N. DURAN DE LA RUA, *La Union Liberal y la modernización de la España isabelina. Una convivencia frustrada. 1854-1868*, Madrid 1979.

du Projet, sur le fait que le maintien du culte catholique n'est « nada más que una regalía en el orden económico » — comme conséquence de la désamortisation des biens ecclésiastiques — et n'impliquait pas « un sistema general de relaciones entre una y otra institución » (4).

D'autre part, l'art. 27, 2 touchait à la possible importance sociale des convictions religieuses en établissant: « La adquisición y el ejercicio de los derechos civiles y políticos, son independientes de la religión que profesen los españoles ». Le préambule du Projet de loi affirmait, en effet, qu'avec la « *libertad* política de la conciencia » il devenait nécessaire « reconocer como legítimos muchos matrimonios que la Iglesia católica no bendecía ». Avec la nouvelle loi, « la fecunda y memorable revolución de 1868 » rendrait possible ce que « la Inquisición no permitió » (5).

Tout au long du débat cette corrélation mariage civil-liberté de cultes est amplement discutée. Sorni (6) et Madrazo (7) in-

(4) DS 5.v.70 (273) pag. 7700. A. DE LA HERA, plus attentif à l'ambiance politique dans laquelle se produit la gestation de la Constitution qu'au texte même de celle-ci, il considère que l'art. 21 consacre une « auténtica libertad de culto »; mais il n'hésite pas à signaler que sa coexistence avec le Concordat de 1851 implique en pratique une situation de « tolerancia », *Las confesiones religiosas no católicas en el derecho español* dans *Pluralismo y libertad religiosa*, Séville 1971, pags. 63-64. Sans possible appui de texte elles nous semblent les affirmations les plus drastiques de S. CARRION, pour celui qui se rattachait à une « séparation », quoiqu'elle ne fût pas consommée de fait; son résultat aurait été une « separación imperfecta o incompleta », *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Madrid 1977, pags. 77 et 307.

(5) DS 17.xii.69 (185) appendice troisième, pag. 2. Le projet ne surgissait en effet pas « ex novo ». Le républicain DEL RIO se trouvait en tête d'une sollicitude y faisant rapport le 9.iii.69. Le 21 mai celui qui était alors le Ministre de Grâce et Justice, ROMERO ORTIZ, présenta un projet de livre premier du Code Civil qui abordait d'une manière décidée la matière. Son successeur MARTIN DE HERRERA retire le projet. RUIZ ZORRILLA à son tour le remplace à la charge et le projet élaboré par son soussecrétaire, et plus tard successeur, MONTERO RIOS, serait étudié par une *Commission spéciale* créée à l'effet (cfr. son opinion dans DS 22.iii.70 (245) deuxième appendice).

(6) DS 19.iv.70 (260) pag. 7248, et 14.v.70 (281) pag. 7889. SORNI s'érige en figure fondamentale du groupe républicain durant le débat.

(7) DS 22.iv.70 (263) pag. 7351. MADRAZO représente un secteur favorable au projet dans l'Union Libérale qui ne passe pas de la vingtaine à la votation finale.

sistent sur elle d'une manière tranchante. Après, les allusions se font plus nuancées: on considère ces deux thèmes comme liés quoique le premier ne naisse pas du second ⁽⁸⁾; ou on le présente comme un « efecto necesario », « aunque no sea esencial » à celui-ci ⁽⁹⁾.

Les opposants nient, par contre, ce lien dès le début du débat ⁽¹⁰⁾. Etablir le mariage civil obligatoire serait consacrer un esprit d'indifférence religieuse et une « *separación* » entre l'Eglise et l'Etat clairement repoussés par les constituants ⁽¹¹⁾. D'autre part, la liberté de cultes exigerait précisément une pluralité de formes de mariage avec une efficacité civile identique ⁽¹²⁾.

De cette première perspective, le thème acquiert une *dimension individualiste* spéciale. Le citoyen doit apparaître dans la vie sociale comme un sujet avec une substantivité propre, et cela exigerait un traitement abolitif de toute autre considération (religieuse, en ce cas), évitant en toute situation quelconque inégalité dérivée de son appartenance à l'un ou l'autre groupe. Cela se verra reflété dans les allusions à l'« égalité devant la loi » par lesquelles on refuse la possible reconnaissance d'effets civils aux mariages canoniques.

2. D'autre part, le Projet est aussi caractéristique d'une intention « sécularisatrice » en ce qu'il aspire à *verser dans des moules séculiers* les *contenus éthiques* de l'institution matrimoniale, en vigueur dans le pays comme conséquence de l'influence catholique.

⁽⁸⁾ MARTOS, DS 28.IV.70 (269) pags. 7528 et 7530. Etant Ministre d'Etat, il avait protesté le 19.XI.69 pour la célébration du Vatican I car « le parecía mal que los poderes absolutos como la Iglesia buscasen un aumento de fuerza en las asambleas deliberativas », M. IBO ALFARO, *Historia de la interinidad española*, Madrid 1870, t. II, pag. 666. Il représentait le secteur monarchique du parti démocrate; cfr. sur le rôle de ce secteur A. EIRAS ROEL, *El partido demócrata español (1849-1868)*, Madrid 1961, pags. 384-389.

⁽⁹⁾ MARTINEZ RICART, DS 3.V.70 (271) pag. 7625, membre du parti progressiste.

⁽¹⁰⁾ Ainsi GONZALEZ MARRON, DS 21.IV.70 (262) pag. 7319, un des plus actifs dans le secteur de l'Union Libérale opposé au projet.

⁽¹¹⁾ CALDERON COLLANTES, DS 27.IV.70 (267) pag. 7498. Membre de l'Union Libérale, il est à la tête d'un amendement, sollicitant que le mariage civil soit subsidiaire.

⁽¹²⁾ MORENO NIETO, DS 30.IV.70 (270) pag. 7598, du secteur le plus conservateur de l'Union Libérale.

Le ton du Projet signé par celui qui était alors Ministre, Ruiz Zorrilla, et celui de la défense que son successeur Montero Ríos réalise dans le Parlement, ne porte pas à équivoque quant à cela.

Cette intention acquiert un relief spécial si l'on tient compte que Romero Ortiz — membre de l'Union Libérale, groupe qui protagonise la plus valable opposition parlementaire au Projet — avait présenté, quand il détenait le même portefeuille un autre projet dans lequel le mariage civil non seulement monopolisait les effets juridiques civils mais était aussi réputé le seul « legítimo ». Par cela il rompait clairement avec les travaux du projet de Code civil alors en cours ⁽¹³⁾. Son successeur au Ministère, et compagnon de parti, Martin de Herrera finirait par retirer la proposition inattendue ⁽¹⁴⁾. L'absence de Romero Ortiz au cours du débat est plusieurs fois commentée par les défenseurs du Projet.

Le Préambule fait allusion au « double caractère », religieux et civil, du mariage, et à la convenance de ce que ces deux législations ne divergent pas. Il révèle un désir d'« evitar la posibilidad de los conflictos » en obtenant la « concurrencia » de ces deux ordres ⁽¹⁵⁾. L'allusion à l'Eglise — à propos des thèmes les plus variés — est démonstrative d'une obsession, en maintenant un dialogue continu avec le traitement canonique de divers aspects. Montero Ríos juge le Projet en disant qu'il n'est autre chose que « la doctrina católica revestida con el ropaje seglar ».

Le Ministre — qui confesse: « antes que progresista soy católico » ⁽¹⁶⁾ — n'hésite pas à ajouter que « la legislación matrimonial de la Iglesia es la más perfecta, la más acabada de todas

⁽¹³⁾ GIL SANZ, du parti progressiste, se charge de rappeler durant le débat (DS 26.IV.70 (266) pag. 7467) que son article 48 signalait que le mariage devait se célébrer d'accord avec la législation canonique catholique. Sur l'article 48 pré-cité, F. GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (réimpression de l'édition Madrid 1852) Saragosse 1979, pag. 29.

⁽¹⁴⁾ Selon CALDERON COLLANTES, celui qui était alors Ministre lui avait présenté « bajo su exclusiva responsabilidad, sin consultar a una sola persona, que yo sepa, del partido a que pertenece », DS 4.V.70 (272) pag. 7676.

⁽¹⁵⁾ DS 17.XII.69 (185) appendice troisième, pag. 1 et 2.

⁽¹⁶⁾ DS 29.IV.70 (269) pag. 7564. C'était un « católico liberal, especie entonces y después poco corriente en España », diagnostique son neveu-petit fils J. BATISTA MONTERO-RÍOS; sans préjudice d'ajouter que « se dejó llevar de sus ímpetus secularizadores, pues ni el texto constitucional, ni menos el ambiente y la mentali-

las conocidas » (17), en rajoutant que « lo bueno debe copiarse siempre, y donde quiera que se encuentre ». Il n'était pas exagéré de califier son attitude comme marque de prudence et de l'intention de « respetar todo lo respetable » (18).

Les porte-parole même de l'opposition acharnée au Projet reconnaissent que le Préambule « está inspirado en un espíritu eminentemente católico », et que le Projet « acepta todos los fundamentos todas las condiciones esenciales del matrimonio católico » (19); « no hace más que imponer a los no católicos por el ministerio del juez y de la ley civil, el mismo matrimonio que hasta aquí vienen celebrando los católicos ante los altares » (20). Les réticents qui réduisent tout cela à un détail de « buen humor », ou qui ne contemplent pas avec satisfaction que l'on habille « al antiguo sacerdote del matrimonio con el modesto frac del juez municipal » (21), ne manquent cependant pas.

De cette même perspective, le thème se pose comme un aspect de plus de la relation entre le pouvoir politique et l'Eglise catho-

dad del país exigían el matrimonio civil obligatorio », *Eugenio Montero Ríos (semblanza de un jurista)*, « Revista General de Legislación y Jurisprudencia » 1970 (5) pags. 685 et 690. A son « catolicismo liberal » fait allusion L. PORTERO SANCHEZ, dans *Matrimonio civil en España: pasado, presente y futuro*, « Razón y fe » 1973 (911) pag. 372, note 11. Cfr. aussi J. F. LASO GAITE, *Montero Ríos y su obra legislativa*, « Información jurídica » 1971 (309) pags. 7-58, surtout 21-33. J. M^a MARTINEZ VAL, *Montero Ríos y su obra jurídica*, « Revista General Legislación y Jurisprudencia » 1973 (6) pags. 623 à 674, incroyablement, il ne fait pas allusion au projet de mariage civil. Entre ses biographes d'urgence, F. CAÑAMAGUE, *Los oradores de 1869*, Madrid 1879, lui voit un « defectillo » : « joye Misa todos los domingos y fiestas de guardar ! » (pag. 334); ce genre de commentaires ironiques ne manquèrent pas. M. TRENZADO RUIZ rappelle la phrase de M. MOYA : « se confiesa consigo mismo una vez al año o antes si espera peligro de crisis », *Proyección de don Eugenio Montero Ríos sobre la Administración de Justicia española*, « Revista de Derecho Procesal » 1972 (1) pag. 124; cfr. de même ce qui est indiqué infra (note 51).

(17) DS 10.V.70 (277) pag. 7868.

(18) Ainsi le fit MARTOS, DS 28.IV.70 (268) pag. 7531.

(19) CALDERON COLLANTES, DS 27.IV.70 (267) pag. 7449, insistant sur ce qu'avait déjà affirmé GONZALES MARRON, 21.IV.70 (262) pag. 7318, et faisant anticipation à des allusions postérieures de MARTIN DE HERRERA, 4.V.70 (272) pag. 7668.

(20) ALVAREZ BUGALLAL, DS 13.V.70 (280) pag. 7958, membre de l'Union Libérale.

(21) Respectivement MORENO NIETO, DS 30.IV.70 (270) pag. 7602, et SILVELA, 9.V.70 (276) pag. 728. F. SILVELA, membre de l'Union Libérale, serait à la tête d'un amendement relatif à la dispense civile d'empêchements.

lique, en soulignant le souverain *droit de l'Etat* à régler les effets civils des relations familiales. De ce droit et non pas du droit individuel de liberté religieuse dériverait le mariage civil comme cela s'insinuait à partir du point de vue antérieur. Il ne s'agit pas d'une concession à l'individu mais d'un droit de l'Etat ⁽²²⁾.

3. Ce double dessein « sécularisateur » est extrêmement respectueux envers les contenus éthiques du mariage catholique. Cependant, il affectait d'une manière claire la présence sociale de cette confession, en imposant à tous les citoyens une forme pour le contracter qui pour la majorité était en conscience inacceptable. Cela engendre une polémique spécialement aigue, déjà latente dans le contexte de tension du processus constituant ⁽²³⁾.

Le Préambule ne laisse pas tomber certaines considérations sur le rôle historique du clergé, qu'il considère avantageux durant « la infancia de las sociedades » tandis qu'après il tend à « reflejar la inmovilidad del Ser supremo ». Cependant il confie en ce que, par dessus les antagonismes historiques (dont il vient faire foi) il arrive à être un « elemento vivo y enérgico » qui collabore avec le « progreso político » ⁽²⁴⁾.

Dans ce contexte polémique on applaudit des files républicaines ce que l'on considère une « ley verdaderamente revolucionaria » — l'unique projet de loi « verdaderamente liberal » présenté jusqu'à présent ⁽²⁵⁾ — qui contribuait « a la secularización completa del poder civil y de todas las instituciones sociales: a la constitución del Estado laico » ⁽²⁶⁾.

Entre les opposants au projet certains sont d'accord pour certifier que « el fundamento unico, o si no el principal, del matrimonio civil, es lo que se llama la secularización de la vida exterior » et non pas la liberté religieuse ⁽²⁷⁾. D'autres sont

⁽²²⁾ Ainsi l'affirme d'une manière taxative MARTOS, DS 28.IV.70 (268) pag. 7530, alors que TORRES MENA, 20.IV.70 (261) pag. 7289 et MADRAZO, 22.IV.70 (263) pags. 7353 et 7359, y avaient déjà fait allusion.

⁽²³⁾ Nous avons étudié l'ambiance idéologique et culturelle du moment, et sa peculière évaluation de la part des secteurs catholiques moins ouverts dans notre livre *Universidad y política. Tradición y secularización en el siglo XIX*, Madrid 1972.

⁽²⁴⁾ DS 17.XII.69 (185) troisième appendice, pag. 6.

⁽²⁵⁾ SORNI, DS 19.IV.70 (260) pag. 6247 et 7248.

⁽²⁶⁾ RIO RAMOS, DS 11.V.70 (275) pag. 7902.

⁽²⁷⁾ MORENO NIETO, DS 30.IV.70 (270) pag. 7598.

plus expressifs: « la secularización de toda la vida política, social y familiar de España, significa lo que se llama gráficamente el ateísmo de Estado » (28); le Projet serait « ateo, porque viene a desalojar a la religión del hogar de la familia »; et ouvre un passage à « la barbarie moderna (no dudo en llamarla así) » assénant « sus golpes contra el fuerte alcázar del catolicismo en España ». De cette perspective, « quitar la influencia al clero » équivaut à « arrancar de la conciencia humana el sentimiento religioso » (29).

Peut-être touche-t-on réellement le point névralgique de la question quand on fait remarquer que « no puede haber en país que tenga religión una cuestión religiosa que no sea al mismo tiempo una cuestión esencialmente social » (30); quoique sans aucun doute la phrase serait plus réussie en changeant ses termes: dans quelle mesure peut-on traiter d'une manière « neutre », du point de vue religieux, les problèmes « essentiels » de la vie sociale?

Calderón Collantes lui-même, d'une manière moins modérée, déduit de la parenté historique du mariage civil un empêchement politique dirimant, du fait que son origine serait contraire à toute religion positive et favorable à la déesse Raison. Il ne sera pas le seul à insister sur cette liaison avec la Révolution française, moment durant lequel « parecía querer cortarse toda comunicación de la tierra con el cielo », et qui poussait à « la negación de toda creencia » (31).

III. *Vers une conception sécularisée du mariage.*

« El matrimonio es la base de todas las instituciones humanas y el elemento generador de la sociedad misma. Sin matrimonio no hay familia, sin familia la sociedad no existe ». Le passage n'ap-

(28) Le traditionaliste OCHOA, DS 25.IV.70 (265) pag. 7432.

(29) ROMERO ROBLEDO, DS 5.V.70 (261), pag. 7711 y 7712, membre de l'Union Libérale.

(30) CALDERON COLLANTES, DS 27.IV.70 (267) pag. 7494.

(31) *Ibidem*, pag. 7496. TORO MOYA, DS 20.IV.70 (261) pag. 7285, membre de l'Union Libérale. MONTERO RIOS lui-même qui considérait le divorce comme un « gran retroceso moral », rappelle qu'en France il fut « establecido en un momento de desvarío y de locura revolucionaria » pour être plus tard supprimé, 29-IV.70 (269) pag. 7567.

partient à aucune encyclique pontificale mais au Préambule de la loi soumise à discussion. La phrase qui lui suit est particulièrement expressive: « el matrimonio es *también* una institución religiosa » ⁽³²⁾.

L'objectif « sécularisateur » est clair. Il s'agit de réglementer le noyau « naturel » du mariage, et de le considérer comme compétence exclusive de l'Etat, puisqu'il atteint tous les citoyens quelle que soit l'option qu'ils souscrivent sur sa possible élévation « surnaturelle ».

Le religieux cesse d'être le fondement de l'institution matrimoniale pour se convertir en son couronnement aléatoire. Le nouveau fondement — purement civil — revêt le caractère juridique grâce à l'appel au *droit naturel*, car « el derecho ha sido siempre uno, inmutable, eterno », quoique « no pocas veces, la naturaleza e influencia de ciertas instituciones políticas » (il est facile de deviner qu'il fait référence à celles qui sont peu « rationnelles » ou « illustrées ») aient empêché son « desenvolvimiento » adéquat ⁽³³⁾.

Les défenseurs du Projet ne lésinent pas sur les efforts pour faire ressortir cette autonomie de la dimension naturelle du mariage, sans même éviter le paradoxe de faire appel à l'aide de Saint Thomas ou aux Pères ⁽³⁴⁾.

Le *contrat* serait la figure juridique expression de ce fondement naturel du mariage, tandis que le *sacrement* signifierait et produirait son élévation sur-naturelle. Mais le recours au contrat comme fondement de la relation matrimoniale pourrait donner lieu à une *conception individualiste* de cette institution, contrariant radicalement les contenus éthiques en vigueur. Cette éventualité sera repoussée avec énergie par les défenseurs du Projet, qui appuient en tous cas le caractère indissoluble du lien civil. La discussion sur l'authentique fondement de cette indissolubilité matri-

⁽³²⁾ DS 17.XII.69 (185) troisième appendice, pag. 1 (le souligné est à nous).

⁽³³⁾ Exposition du projet de loi, DS 17.XII.70 (185) premier appendice, pag. 1.

⁽³⁴⁾ Ainsi les progressistes GIL SANZ, DS 26.IV.70 (266) pags. 7466, et ROJO ARIAS: « Santo Tomás y los otros (sic) Padres de la Iglesia habían considerado en el matrimonio dos esencias: de contrato, sujeto en este concepto a la potestad civil, y de sacramento a que lo *elevó* Jesucristo; y para elevarlo era preciso que existiera », DS 11.V.70 (278) pag. 2904.

moniale va ainsi se convertir en test symptômatique des possibilités du droit naturel comme facteur de re-cimentation éthique.

Le Préambule « asienta de una manera absoluta la perpetuidad e indisolubilidad del matrimonio », « en cuanto es una institución natural regulada por los principios eternos de justicia y de equidad que constituyen lo que comunmente se denomina derecho natural » (35). On ne conçoit donc pas une relation qui mérite le nom de mariage et qui ne soit pas hétérosexuelle, monogamique et indissoluble.

Les réflexions sur les conséquences du possible abandon de cette conception sont expressives:

« Despojad a la familia y a los vínculos que son su elemento de vida del carácter de la perpetuidad que les presta la indisolubilidad del matrimonio de que proceden, y se la verá inmediatamente disolverse, corroída por la inmoralidad más repugnante, que será el funesto efecto de la relajación de los vínculos creados por la naturaleza, más sabia y más previsora que la inteligencia del legislador ». Cela expliquerait que dans les pays qui ont admis le divorce (Angleterre et Prusse, par exemple) « parece que el matrimonio ha quedado reducido para muchos individuos a una simple forma legal de la prostitución » (36).

(35) DS 17.XII.70 (185) troisième appendice, pag. 3. Devant une déclaration aussi claire il est assez surprenant que S. CARRION relativise le fondement iusnaturaliste de l'indissolubilité matrimoniale dans le projet; quoiqu'il reconnaisse qu'il est indépendant de tout argument religieux, il considère que la position de Montero Ríos est le fruit d'un pragmatisme utilitaire (cfr. note 4, pages. 300-301 et 156-157). Nous pensons que ce qui bat réellement derrière l'intention déterminée de Montero Ríos de ne pas se perdre dans des expositions spéculatives, est sa conscience de la double doctrine iusnaturaliste — néoscolastique et krausisme — qui divise la philosophie juridique espagnole de l'époque; considérant l'indissolubilité appuyée non pas sur le « religieux » ni sur le « civil » mais sur le « moral » — (« naturelle », bien entendu) *infra* (note 37) — c'est cette délicate polémique à laquelle il essaye d'obvier. Sur l'affrontement des deux positions cfr. notre livre *Filosofía del derecho como contrasecularización. Orti y Lara y la reflexión jurídica del XIX*, Grenade 1974, pages. 143 et ss. et 153 et ss.

(36) *Ibidem*, L. DIEZ PICAZO califie ironiquement de « párrafo delicioso » le dernier des cités dans *El derecho de la persona y el derecho de la familia*, conférence incluse dans *El centenario de una gran obra legislativa*, Valence 1972, pag. 133. Celui qui est aujourd'hui Magistrat du Tribunal Constitutionnel n'hésitait pas à affirmer dix ans plus tôt: « no hay matrimonio sin deber de fidelidad, sin deber de

Les articles de la loi reçoivent cette idée, tant par la voie du principe, comme dans la procédure prévue, ou dans sa réglementation des effets d'un « divorce » qui ne va pas plus loin que la séparation sans possibilité de nouveau mariage.

Ainsi l'art. 1^o signale que « el matrimonio es por su *naturaleza* perpetuo e indisoluble »; le 41 ordonne qu'après le « sí quiero » des époux, « incontinenti el juez pronunciará las siguientes palabras: quedáis unidos en matrimonio perpetuo e indisoluble »; et le 83 éclaircit que « el divorcio no disuelve el matrimonio, suspendiendo tan sólo la vida en común de los cónyuges y sus efectos ».

Dans le débat on insistera sur cette construction. Le mariage — pourrait-on avec Montero Rios résumer — « como *institución moral* independiente de toda idea religiosa es indisoluble » (37).

Des déclarations non moins explicites abondent: « la ley natural, por la expresión espontánea de las voluntades, acerca los cuerpos y confunde las almas ». « El matrimonio, naturalmente », « no es una prostitución impura; ha de ser perpetuo e indisoluble ». « El matrimonio es indisoluble por su naturaleza por su esencia »; la religion en le déclarant tel, se limite à s'adapter à la loi naturelle (38).

Dans les files opposées se produit un refus aussi bruyant que surprenant de cette possible indissolubilité naturelle du mariage. A part la possible force que, comme « *reductio ad absurdum* », pourraient prendre les soupçons de divorcisme, cela révèle le danger toujours présent de ce que l'activité du Magistère ecclésiastique — dans son oeuvre de formulation de principes éthiques naturels — soit mal comprise, produisant (pour les fidèles ou les autres) un effet « sacralisateur »; dans ce cas ce qui devrait être une voie privilégiée de connaissance peut finir par se convertir

auxilio y sin indisolubilidad », *El negocio jurídico del derecho de familia*, « Revista General Legislación y Jurisprudencia » 1962 (6) pag. 77.

(37) DS 29.IV.70 (269) pag. 7567.

(38) MARTOS, DS 28.IV.70 (268) pags. 7529 et 7534. Il insisterait sur des affirmations semblables quelques jours après 9.V.70 (276 pag. 2839. Avant lui GIL SANZ, 26.IV.70 (266) pag. 7466, les avait déjà exposées.

en un fondement plus « dénaturalisateur » que « sur-naturalisateur » de problèmes humains.

Les opposants recourent dans le débat à une double argumentation.

— En premier lieu ils affirment l'une et l'autre fois que c'est l'élévation religieuse du mariage qui le rend indissoluble.

Il ne s'agit pas seulement de rappeler que, historiquement, des facteurs religieux ont contribué à faire ressortir cette note naturelle, contrecarrant des obstacles idéologiques (historiques aussi) qui empêchaient sa connaissance, sinon aussi de rendre relative la valeur même du droit si son fondement divin ne s'explique pas ⁽³⁹⁾. On arrive à penser que le mariage serait indissoluble par l'Eglise ⁽⁴⁰⁾ dû au fait que c'est le catholicisme qui a converti « un *contrato civil* en *sacramento único e indisoluble* » ⁽⁴¹⁾. En résumé, sans tenir compte de la religion « es imposible sostener la indisolubilidad del vínculo, la monogamia y todas las demás condiciones morales de la unión de los dos sexos »; le mariage ne peut pas être indissoluble « si no se funda en la forma, en la legislación y en la competencia de la Iglesia católica » ⁽⁴²⁾.

Le sacrement a avalé, d'une manière absolue, dans sa projection sociale le contrat. Certes, quand les évêques s'expriment pu-

⁽³⁹⁾ « El matrimonio no se explica por el derecho natural, ni por la filosofía solamente »; « pertenece a la categoría moral de los destinos de la especie humana, al orden del género humano, a la universalidad del plan divino », affirmerait ALVAREZ BUGALLAL, DS 13.V.70 (280) pag. 7961.

⁽⁴⁰⁾ Le traditionnaliste OCHOA, DS 25.IV.70 (265) pag. 7442. L'interprétation est clairement inexacte puisque le *Syllabus* même condamne, quoiqu'en clef antidivorciste, l'affirmation de que « le lien matrimonial n'est pas indissoluble par droit naturel ». Le problème se doit au jeu dans la théologie catholique d'un triple sens de la « nature »: créée, déchue, rachetée. J. HERVADA parle graphiquement d'une « nouvelle » triple institution du mariage, *Cuestiones varias sobre el matrimonio*, « *Ius canonicum* » 1973 (XIII-1) pag. 60. Le naturel, en tant que créé, apparaît plein d'un arrière-fond surnaturel; le jeu chute-rédemption accentue encore plus le relief sur-naturel du naturel. Le problème consiste donc dans la possibilité de maintenir d'une manière seulement implicite des dimensions du « naturel » qui, si elles étaient explicites, empêcheraient tout entendement avec des points de vue qui nient le sur-naturel.

⁽⁴¹⁾ CALDERON COLLANTES, DS 28.IV.70 (269) pag. 7537 (le souligné est à nous).

⁽⁴²⁾ MARTIN DE HERRERA, DS 3.V.70 (271) pag. 7631 et 4.V.70 (272) pag. 7665.

bliquement, après avoir fait allusion au mariage comme sacrement, ils affirment que « sólo él es perpetuo e indisoluble » ⁽⁴³⁾. Le sens de cette assertion est en réalité moins strident si on la situe dans la contexte de l'inséparabilité du contrat et du sacrement pour les catholiques; mais les évêques ne signaient pas une carte pastorale mais un document dirigé à des corps législatifs dont les composants ne seraient pas nécessairement catholiques. Ou il manque la conscience du processus « sécularisateur » qui se vit — et de la nécessité de discerner le naturel du surnaturel dans une ambiance pluraliste —, ou l'on pense stratégiquement que reconnaître un tel processus équivaldrait à le renforcer.

De toute façon, la « sécularisation » ⁽⁴⁴⁾ implique des exigences procédurales. Dans un contexte pluraliste on ne peut concevoir un pouvoir chargé de déclarer des « vérités », mais on contraste plutôt des « opinions » qui arrivent à jouir de plus ou moins d'autorité. Tant substituer l'institution hiérarchie ecclésiale par

(43) Dans son écrit — qui est le premier document collectif de l'évêché espagnol — dirigé « A las Cortes Constituyentes » par les quarante deux Evêques espagnol réunis à ce moment à Rome, à cause du Concile Vatican I, et commencé par les Cardinaux de Séville et Valladolid. Cette prise de position se produit à un moment où le problème posé par la négative de hiérarchie à jurer la Constitution ne s'est encore résolu. L'écrit sera introduit dans le débat par le traditionaliste ORTIZ DE ZARATE (DS 10.V.70 (277) pags. 7871-7875; la citation à laquelle nous nous référons est incluse à la pag. 7871) avec un autre écrit du Cardinal de Saint Jacques. Sur l'attitude de la hiérarchie devant la nouvelle Constitution, les travaux de V. CARCEL ORTI, *La revolución burguesa (1868-1874)*, dans *Historia de la Iglesia en España* (dirigée par R. García Villoslada), Madrid 1979, t. V, pags. 235-6; et *Iglesia y revolución en España (1868-1874)*, Pamplona 1979, pags. 139-145, avec références au problème du mariage civil, pags. 225-230, et J. M. CUENCA TORIBIO, *La Iglesia española ante la revolución liberal*, Madrid 1971, pags. 197 et ss.

(44) Dans l'ample bibliographie sur la « sécularisation » nous dedierons marginalement une certaine attention à l'exposition que fait N. LUHMANN de ce concept « diffus et ambigu »; non seulement à cause de sa nouveauté (*Funktion der Religion*, Frankfurt 1977) mais aussi à cause de l'influence progressive de ce sociologue dans le champ philosophique-juridique. Pour lui, la sécularisation ne doit pas se définir par un dilemme religieux-profane ni en arrivant à une profanation du sacré, ni en aspirant à une mondanisation du système religieux, mais plutôt en dessinant la religion comme un « système » fonctionnellement différencié dans le « système social » (pags. 226 et 269). Sur la portée de cette alternative « systémique » et ses concepts fondamentaux cfr. la seconde partie de notre livre *Derecho y sociedad. Dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual*, Madrid 1973.

une autre hiérarchie (corps législatifs), comme s'épargner l'effort nécessaire pour qu'une vérité se convertisse socialement en opinion autorisée (en recourant au simple « endossement » du dictamen ecclésiastique) ne sont que le droit et l'envers d'un refus du terrain du séculier.

Que derrière cette absence de nuances bat la résistance à un recul de la présence sociale du catholicisme devient vite manifeste: « eso de poner el matrimonio al amparo de la razón en vez de colocarlo al amparo de la religión, me parece, en mi sentir, una impiedad »; « en materias como ésta no se gobiernan las conciencias con teorías puras, sino con dogmas » (45). Il est difficilement possible de trouver un refus plus clair des nouvelles règles de jeu. La prétention d'utiliser le droit comme moyen auxiliaire du « gouvernement des consciences » marque un des extrêmes les plus significatifs de l'affrontement.

Le problème de base est si les éléments religieux renforcent la connaissance d'une éthique naturelle (et ouvrent des voies pour son élévation surnaturelle) ou si pratiquement ils la substituent.

Il ne manque pas dans le débat un dialogue éclaircissant. Calderón Collantes, en commentant l'article, se demande pourquoi « el matrimonio es por su naturaleza perpetuo e indisoluble » « ¿de qué naturaleza se habla? ¿de la naturaleza religiosa? lo comprendo, ¿de la naturaleza civil? lo niego en absoluto (el sr. Martos: de la naturaleza natural, por adécirlo así) ¿de la naturaleza natural? lo niego también rotundamente como de la naturaleza civil »; « la indisolubilidad del matrimonio lo da su carácter religioso, el carácter católico que tenía » (46).

(45) MORENO NIETO, DS 3.v.70 (271) pag. 7627 et 30.iv.70 (270) pag. 760 (le souligné est à nous). MARTOS recourt à l'évocation historique pour s'étonner de cette résistance à admettre un mariage civil auquel firent recours sans scrupules les martyres romains, 27.iv.70 (267) pag. 7504.

(46) DS 9.v.70 (276) pag. 7835. En cela il semble vouloir faire écho à l'Archevêque de Saint Jacques: « el vínculo matrimonial para ser perpetuo, es de absoluta necesidad que lo forme el mismo Dios », 10.v.70 (277) pag. 7873. Les affirmations comme la suivante étaient assez fréquentes: « difícil es, si no imposible, dice un ilustre purpurado de la Iglesia, demostrar que por ley natural etl matrimonio es indisoluble », B. GUTIERREZ FERNANDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Madrid 1871 (3^a), t. I, pag. 362. Rappelons ce qui est indiqué supra (note 40).

Après de nombreuses années durant lesquelles la forme catholique s'était pratiquée de manière unanime, s'érigeant en modèle « normal » de relation familiale, elle résulte si « naturelle » qu'elle semblerait être la créatrice de la « nature » de ses contenus ⁽⁴⁷⁾.

— La seconde ligne d'argumentation rejette le *contrat*, dû à son insuffisance pour exprimer d'une manière adéquate la nature du mariage. Il serait vicié par une conception *individualiste* ⁽⁴⁸⁾, et sa conséquence logique serait l'admission d'un divorce relatif au lien.

C'est au tour maintenant de l'« opposition » d'invoquer le droit naturel, mais avec une intention bien différente. Le mariage civil serait « nécessairement dissoluble », parce que « es de derecho natural, está en la esencia de las cosas » que « todo lo que se constituye en lo humano se disuelve de la misma manera que se ha constituido » ⁽⁴⁹⁾. Les défenseurs du sacrement se convertissent en paladins du divorce, par la voie de l'hypothèse. « El divorcio es consecuencia de la secularización del matrimonio »; selon la théorie des « derechos individuales » « esas limitaciones de la libertad que se llaman monogamia, indisolubilidad del vínculo e impedimentos dirimentes, son un sarcasmo, o si no un inmenso absurdo » ⁽⁵⁰⁾.

Le problème est si sécularisation et individualisme sont inséparables. Pour les adversaires du Projet il n'y a pas de

⁽⁴⁷⁾ MARTOS finira par admettre que « para los que crean que la indisolubilidad procede sólo de su carácter religioso, sin duda alguna esa palabra por *naturalidad* sobraba en el artículo », DS 9.v.70 (276) pag. 7840.

⁽⁴⁸⁾ De même que le « pacte social », il nierait le caractère « sociable » de l'homme, TORO MOYA, DS 20.IV.70 (261) pag. 7286.

⁽⁴⁹⁾ CALDERON COLLANTES, DS 27.IV.70 (267) pag. 7496. Quelques années après, E. REUS insistera sur la contradiction entre la perpétuité du mariage et sa configuration comme simple contrat, *El matrimonio civil y el divorcio*, « Revista General Legislación y Jurisprudencia » 1880 (LVII) pag. 476. Plus récemment la doctrine souligne la compatibilité entre le caractère négociable des relations familiales et le fait que son contenu soit soustrait de la libre disposition des parties. Paradigmatique à cet égard L. DIEZ-PICAZO, *El negocio jurídico del derecho de familia* (note 36) pags. 772 et 778.

⁽⁵⁰⁾ MORENO NIETO, DS 30.IV.70 (270) pags. 7602 et 7601. Des affirmations semblables avaient été exposées par GONZALEZ MARRON, 21.IV.70 (262) pag. 7322 et OCHOA, 25.IV.70 (265) pags. 7432 et 7332, et exposerait après ROMERO ROBLEDO, 6.v.70 (274) pag. 7747.

doute: sans liens religieux il n'y aurait pas de freins à l'individualisme.

Dès lors l'on provoque les députés d'idéologie supposée divorciste, pour obtenir d'eux la confirmation de ces soupçons, rompant ainsi la majorité favorable au Projet. Les libre-changistes, par exemple, ne pouvaient logiquement renoncer à la liberté contractuelle de mariage sinon qu'ils devaient admettre, comme le krausiste Ahrens ⁽⁵¹⁾, le consentement mutuel comme cause de rupture du lien ⁽⁵²⁾.

On fait remarquer, en dernier lieu, — en utilisant les armes du contraire — que l'indissolubilité indiscriminée ne serait pas compatible avec la liberté de cultes, car on l'« imposerait » aux citoyens dont la religion ne l'exigerait pas ⁽⁵³⁾. Cet argument, spécialement limite, se meut déjà entre la nostalgie de l'unité catholique — qui elle justifierait une indissolubilité généralisée — et l'essai de réserver pour les non catholiques le mariage civil, même dissoluble.

⁽⁵¹⁾ MARTOS avait fait rapport à Ahrens qui défendait le caractère obligatoire du religieux, mais sans arriver à s'identifier avec sa position, DS 28.IV.70 (268) pag. 7530. Il y a d'abondantes références à l'influence d'Ahrens en Espagne, à travers le krausisme, dans notre livre cité (note 35). Le contact entre démocrates et krausistes a fréquemment été signalé; cfr., par exemple, A. EIRAS ROEL (note 8), pag. 253. Beaucoup plus étroit et symptomatique est le contact de l'inspirateur du projet, Montero Ríos: il participe en 1876 à la réunion de fondation de l'Institution Libre d'Enseignement, et est nommé Vice-Recteur et l'année suivante Recteur. Sa condition de « catholique libéral » le convertit en exemple vif de la tolérance que le krausisme prônait, D. GOMEZ MOLLEDA ajoute que sa complexe « accommodation mentale » produisait du confusionisme entre les catholiques (*Los reformadores de la España contemporánea*, Madrid 1966, pag. 261; aussi pags. 144-145 et 239). A. AGUNDEZ aventure que son éloignement successif du groupe se dut à l'anticléricalisme de certains de ses membres les plus distingués, *Montero Ríos y la Administración de Justicia*, « Información jurídica » *Montero Ríos y la Administración de Justicia*, « Información jurídica » 1971 (310) pag. 57; plus rigoureux semble l'exposé de V. CACHO VIU, qui signale que ses cours de doctorat (comme ceux de Giner lui-même) se retrouvent sans élèves, et une fois remis sur sa chaire universitaire il se laisse absorber par la politique (*La Institución Libre de Enseñanza*, Madrid 1962, pags. 434, 481 et 532).

⁽⁵²⁾ F. SILVELA, DS 9.V.70 (276) pags. 7827 et 7833.

⁽⁵³⁾ MARTIN DE HERRERA, DS 3.V.70 (271) pag. 7630. Sur le parenté de cet argument avec les positions de « sécularisation uniformiste » cfr. *infra*.

Cette seconde ligne d'argumentation obtient un certain écho, malgré l'intérêt de la majorité à ne pas se laisser emporter sur des terrains aussi glissants.

On arrive à admettre d'une manière isolée qu'il eût été préférable que la loi (qui avait un caractère « provisional ») n'eût pas abordé si nettement la matière, ajournant pour sa discussion définitive — la décision lui faisant référence ⁽⁵⁴⁾. Cela démontre déjà l'existence d'une attitude divorciste, quoique minoritaire. Un autre de ses exposants — peut-être pour considérer que la meilleure défense est l'attaque — ne rejette pas que peut-être un jour on admettra le divorce, « cuando la sociedad haya cambiado totalmente de aspecto », mais suggère en même temps qu'on ne peut pas exclure que l'Eglise puisse l'admettre un jour en ces circonstances ⁽⁵⁵⁾.

L'appel au religieux comme base de l'indissolubilité finit, cependant, par être renvoyé comme une arme: si le divorce surgit dans certains pays ce n'est pas comme conséquence du mariage civil, mais de l'influence sociale de la religion ... protestante ⁽⁵⁶⁾.

IV. *Le mariage est « quelque chose de plus » qu'un contrat.*

Le contrat était-il la figure juridique appropriée pour canaliser une conception personnaliste du mariage? Par celle-ci il faut comprendre celle qui, enracinée dans la sociabilité naturelle de l'homme, est à la fois ennemie de conceptions collectivistes — qui font que la personne individuelle disparaisse absorbée par un « tout » — et d'options grossièrement individualistes — qui ignorent toute dimension de solidarité.

La conception contractuelle, avec sa concession d'une importance décisive au consentement librement exprimé, défendu des pressions de la peur, de l'erreur etc., contribue à éviter la tendance au collectivisme. La « philosophie » des empêchements canoniques apparaît en bonne partie au service de cette défense de la « person-

⁽⁵⁴⁾ BUENO, DS 13.v.70 (280) pag. 7950, membre du parti progressiste.

⁽⁵⁵⁾ Le progressiste V. GONZALEZ, DS 14.v.70 (272) pag. 7673.

⁽⁵⁶⁾ MARTOS, DS 28.iv.80 (268) pag. 7535; MONTERO RIOS, 29.iv.70 (269) pag. 7567.

ne » ⁽⁵⁷⁾, évitant qu'un acte si décisif se voie conditionné par des pressions de son entourage familial ou social.

Ce qui est douteux est si la figure du contrat est capable de conserver cette garantie de la « personne » face à un individualisme se méfiant de tout conditionnement à la volonté individuelle. La « sociabilité » implique un individu solidaire; la famille, come facteur de sociabilité, exige — pour surgir — un individu non annulé et — pour croître — un individu conditionné par des tendances solidaires. Dans ce second aspect, la figure du contrat apparaîtra bientôt insuffisante. Le refus décidé du divorce de lien dans le Projet semble mettre d'accord tout le monde sur le fait que le mariage ne serait pas un simple contrat. Mais les conséquences de cette affirmation seraient encore très diverses.

Le Préambule refuse toute conception individualiste.

« En el matrimonio el hombre y la mujer forman una sola entidad más perfecta en la vida social, que la que constituye cada uno de ellos por sí solo », et cela le convertit en « el más importante de los contratos en que se puede coartar la libertad del individuo » ⁽⁵⁸⁾. Dans le débat, sans renoncer à le considérer comme contrat, on lui attribue un caractère « especialísimo », puisqu'il serait « perpetuo » et irrévocable ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁷⁾ R. WIETHÖLTER, qui analyse les attitudes des différentes confessions religieuses devant le mariage considère que le christianisme dissout les positions tribales, *Rechtswissenschaft*, Frankfurt 1968 (il y a une version italienne, Bari 1975, cfr. pag. 136). De son côté, J. CARBONNIER signale que, tandis que la famille tribale était un fait qui émergeait, « fonder » une famille implique déjà un acte de la volonté, *Flexible droit*, Paris 1971, pag. 170.

⁽⁵⁸⁾ DS 17.XII.69 (185) troisième appendice, pages. 3 et 10. On signale aussi dans la doctrine de l'époque que placer le mariage entre les autres contrats « sería rebajar su verdadera importancia equiparándolo a las más vulgares transacciones de la vida », P. GOMEZ DE LA SERNA y J. M. MONTALBAN, *Elementos del derecho civil y Penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, Madrid 1870, t. I, pag. 364.

⁽⁵⁹⁾ Respectivement les progressistes MARTINEZ RICART, DS 3.V.70 (271) pag. 7625, et GIL SANZ, 26.IV.70 (266) pag. 7469. R. MENEGHELLI, en étudiant *La genesi del diritto nell'esperienza etica del matrimonio*, Padoue 1957, pages. 111 et 113, ne conçoit pas un mariage avec le caractère « ad tempus » propre des relations économiques basées sur l'utilité; il n'y aurait pas un authentique « vivre » ensemble (pag. 121).

On reconnaît donc que, le contrat formalisé, quelque chose de plus que l'addition de deux volontés en accord surgît: une réalité « sociale » capable de conditionner définitivement ceux qui passent le contrat, les situant dans un « état » irréversible. Après le mariage l'individu ne retournera jamais à son indépendance; la mort de son conjoint pourra le transformer en « veuf » mais ne le reconvertira pas en « célibataire », parce que sa famille était plus qu'une relation bilatérale.

Le Préambule soulignait cette incompatibilité entre individualisme et famille: « si los cónyuges están obligados a esta vida en común, y si esta obligación no se regula exclusivamente por un derecho privado correlativo, porque su principal fundamento es la moralidad y el orden público, no podrán los cónyuges por su sola voluntad divorciarse ni aun separarse » (60).

Le mariage est « quelque chose de plus » qu'un contrat parce que de lui naît la famille, qui est plus qu'une addition d'individus. L'admission de la famille comme germe de « sociabilité » choque avec un « contractualisme » individualiste stricte. Réellement si le contrat joue seulement comme « *modèle* » de relation sociale, il peut coexister avec les manifestations de la sociabilité humaine; si, par contre, le contrat s'érige en unique *fondement* de la réalité sociale, l'individualisme ne tolérera aucun conditionnement durable. Le mariage finira par être indissoluble seulement dans les cas où une volonté maintenue de ne pas le dissoudre se sera donnée (61).

Les défenseurs du Projet s'efforcent pour rendre compatible le contractualisme démocratique avec le renfort des conditionnements éthiques de l'individualisme. Pour cela, le « droit naturel » entrera, une fois de plus, en scène.

Le mariage, « *contrato natural* », « no es sólo un acto individual », « es también un acto social. Y lo es porque en el matrimonio se funda la familia, y la familia es uno de los fundamentos

(60) DS 17.XII.69 (185) troisième appendice, pag. 13.

(61) MONTERO RIOS ne semble pas très conscient de cette nuance. Si le projet n'est pas « individualiste » c'est parce qu'il prévoit l'intervention de l'Etat; mais l'individualisme ne lui semble pas rechassable. Cela fait penser que, pour lui, un régime matrimonial basé sur la simple contratation privée continuerait à engendrer l'indissolubilité au dessus de quelconque consensus futur de signe différent, DS 29.IV.70 (269) pag. 7569.

de la sociedad » (62). « La ley no puede obrar de una manera arbitraria; al determinar la forma, las condiciones y los efectos de un contrato, lo hace estudiando su naturaleza » et c'est la « sanción natural » celle qui rend le mariage indissoluble, car « los hijos con el divorcio quedan perdidos » (63).

Ce seront deux républicains ceux qui se distingueront le plus dans cet effort pour fonder d'une perspective laïque l'indissolubilité. « Yo creo que hay una moral anterior y superior a todas las religiones (64), que es la moral racional, y en nombre de esa moral », « vengo a proclamar aquí la monogamia y la indisolubilidad del matrimonio, porque el matrimonio es *más que un contrato* » (65). « Porque es un acto eminentemente social, por eso hemos sostenido desde estos bancos que con arreglo a la ciencia y a la filosofía, el matrimonio debe ser indisoluble »; « por eso el matrimonio es *mucho más que un contrato* » (66).

Le *contrat* se montre donc, de cette perspective, comme un modèle utile pour faire ressortir la consistance naturelle du mariage par rapport à son élévation sur-naturelle par le sacrement; mais en même temps on reconnaît son insuffisance pour garantir le conditionnement éthique, « sociable », des tendances individualistes (67) qui poussent au divorce.

Les opposants au Projet radicalisaient cette insuffisance, arrivant à estomper la ligne de division entre le plan naturel

(62) Sur cela l'accord de l'opposition et absolu: TORO MOYA, DS 20.IV.70 (261) pag. 7285, et CALDERON COLLANTES, 27.IV.70 (267) pag. 7493.

(63) MADRAZO, DS 2.IV.70 (263) pags. 7261 et 7354.

(64) Déjà durant l'exposition du Projet dans les Assemblées législatives on considérait le mariage « anterior a la existencia de la religiones positivas », en affirmant que « es por su naturaleza un contrato » et que « es también entre los cristianos un sacramento », DS 17.XII.69 (185) premier appendice, pag. 2.

(65) DIAZ QUINTERO, DS 6.V.70 (274) pag. 7758 (le souligné est à nous).

(66) RIO Y RAMOS, DS 11.V.70 (278) pag. 7902 (le souligné est à nous).

(67) Une réalité identique se constate d'après des perspectives iusnaturalistes catholiques plus récentes. Ainsi J. LECLERCQ signale l'utilité de la figure du contrat pour garantir la liberté de l'acte constitutif du mariage, mais son insuffisance pour rendre compte du mariage comme *état*, et il rappelle que l'Eglise, après avoir distingué soigneusement contrat et sacrement, finit par contempler avec surprise que sa théorie se retourne contre elle, *Leçons de droit naturel*. III. *La famille*, Namur-Louvain 1958 (4^a), pags. 41-43. J. HERVADA remarque que le désir ardent d'accroître la dimension sacramentale finit par concéder une importance hors d'orbite au contrat dans la conception catholique du mariage (note 40) pags. 22 et 39-40.

et le surnaturel. De cette perspective ce « quelque chose de plus qu'un contrat », caractéristique du mariage, acquiert une valeur inéquivoquement religieuse. La particularité du mariage consiste dans le fait qu'il unit non seulement les corps mais aussi les âmes, de sorte que le religieux « lo envuelve por completo » ⁽⁶⁸⁾. Par cela, quoi qu'il ait une forme de contrat, « es una cosa mucho más alta », « una gran institución, un gran hecho moral » qui « debe inspirarse en la doctrina dada por la esfera que sea órgano de la verdad moral y religiosa » ⁽⁶⁹⁾. Le surnaturel finira, une fois de plus, par avaler le naturel et on ne conçoit plus de morale sans religion. « Para los cristianos » (seulement pour eux?) « el matrimonio es otra cosa, el matrimonio es antes que nada una profesión religiosa » ⁽⁷⁰⁾. De là que « el ideal de la ciencia es que el matrimonio, institución eminentemente moral, sea, al mismo tiempo que por las leyes, sancionado por una religión » ⁽⁷¹⁾.

La conclusion dit que, pour les catholiques, le sacrement est inséparable du contrat ⁽⁷²⁾. Mais de là on ne peut déduire avec fondement le maintien de l'obligatorité générale du mariage canonique, puisque la Constitution elle-même admettait — comme hypothèse — la possible existence d'espagnols non catholiques et — comme fait — celle d'étrangers de cette condition. Il ne resterait donc plus que la voie de demander des effets civils pour le

⁽⁶⁸⁾ GONZALES MARRON, DS 21.IV.70 (272) pag. 7310.

⁽⁶⁹⁾ MORENO NIETO, DS 30.IV.70 (270) pags. 7598 et 7599. Ceux qui pour lui représentaient cette sphère avaient été tranchants: le mariage exista avant la société, « no como un contrato civil, porque no podía serlo, sino como *contrato natural*, cuya indisolubilidad y conyugal unión con todos los deberes y derechos, así como los de la familia, fueron *delineados por el dedo soberano del Creador* »; « ni entonces, ni ahora, el matrimonio pudo ser un contrato civil, ni la potestad secular puede darle tal carácter », 10.V.70 (277) pag. 7871 (le souligné est à nous). Il existe donc une coïncidence sur l'existence d'un noyau naturel du mariage; pour certains, il ne peut que civilement être déclaré avec effets juridiques; pour d'autres, faire abstraction de la dimension religieuse équivaldrait à « dénaturiser ».

⁽⁷⁰⁾ ALVAREZ BUGALLAL, DS 13.V.70 (280) pag. 7961 (le souligné est à nous). Pour MORENO NIETO il est essentiellement religieux, 30.IV.70 (270) pag. 7599. CALDERON COLLANTES nuance plus: il est « esencial, aunque no exclusivamente religioso », 27.IV.70 (267) pag. 7495.

⁽⁷¹⁾ ROMERO ROBLEDO, DS 6.V.70 (274) pag. 7747.

⁽⁷²⁾ CALDERON COLLANTES, DS 28.IV.70 (269) pag. 7536; avant OCHOA, qui rappelle que le Concile de Trente « es ley para los católicos españoles », 25.IV.70 (265), pags. 7434 et 7435.

mariage canonique (ou de quelconque confession religieuse non contraire à la morale et à l'ordre public) et établir comme subsidiaire le civil ⁽⁷³⁾. Cela était-il compatible avec le processus de sécularisation?

V. *La norme juridique comme modèle de conduite « normale ».*

Avant d'entrer dans ce qui nous paraît l'aspect central de la question, il conviendrait de signaler le jeu de quatre éléments significatifs. Deux d'entre eux sont des exigences essentielles du principe de liberté religieuse:

1) Personne ne peut être obligé à souscrire des conceptions religieuses que sa conscience n'ait pas assumées librement. Cela écartait le maintien de l'obligatorité *généralisée* du mariage canonique pour tous les citoyens, quelle que fût leur religion. D'ailleurs on avait déjà célébré de fait des mariages civils, ce qui montrait que cette situation n'était pas unanimement acceptée.

2) Aucune manifestation des propres convictions religieuses ne peut s'interdire sauf pour des exigences fondamentales de la vie sociale. La délimitation de la portée de celles-ci sera un point décisif, car une conception « sécularisatrice » extrême mènerait à exclure radicalement tout reflet social des convictions religieuses. Dans quelle mesure cette exigence généralisée n'équivaudrait-elle pas en pratique à l'imposition d'une « confessionnalité séculière »? ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷³⁾ Celui-ci serait en effet le système adopté par le Décret du 9 février 1875, qui marqua la perte de vigueur de la loi de 1870, une des rares « provisionnelles » qui, en Espagne finit par l'être. La forte résistance sociale contra laquelle choqua son accomplissement aurait une influence décisive sur ce fait. F. SILVELA lui-même aurait, avec le temps l'occasion de signaler que plus d'un dixième des mariages canoniques restèrent sans inscription dans le Registre Civil, avec les répercussions correspondantes dans le terrain de la filiation.

⁽⁷⁴⁾ Si nous retournons à la conception de N. LUHMANN (note 44) — qui réchasse expressément la *sécularisation* comprise comme une péculière religion « séculière » ou « civile » (pag. 226) — nous voyons qu'il signale comme conséquence inexcusable de la « différenciation systémique fonctionnelle » une *privatisation* de la décision religieuse (pag. 232). Nous aurons plus tard l'occasion d'approfondir sur la portée pratique de cette proposition (cfr. note 81).

Les deux autres éléments qui entrent en jeu reflètent des phénomènes juridiques qui peuvent être conflictuels:

3) La constatation du fait que la norme juridique agit comme modèle de conduite « normale », acquiert un relief pédagogique de grande influence dans la conformation des modes de vie du citoyen ⁽⁷⁵⁾. Cela explique que la lutte pour la présence sociale des exigences correspondant à certaines convictions religieuses se convertisse en lutte pour son reflet dans les normes juridiques. Le phénomène contraire n'est pas moins certain: la proposition d'éliminer tout conditionnement juridique « soupçonné » de fondement religieux apparaît inévitablement, pour les convictions religieuses en vigueur, comme un acte de belligérance réalisé au nom d'une conception tout aussi totalisatrice que quelconque religion.

4) Entre en jeu, en dernier lieu, l'exigence — propre de l'individualisme — que les préceptes affectant le status des personnes jouissent de *généralité*. Il s'agit ainsi d'éviter que des groupes différents de l'Etat conditionnent la conduite de l'individu, pour considérer que cela amènerait des effets discriminatoires.

Le chassé-croisé de ces éléments n'est pas libre de conflits. Une sortie *neutre* est-elle possible? De la réponse dépendra que le processus sécularisateur soit capable d'éliminer le phantôme des *guerres de religion*, ou se convertisse à son tour en une nouvelle « confession », intolérante en plus ...

⁽⁷⁵⁾ Dans sa théorie « réaliste » du droit, OLIVECRONA a fait ressortir avec une emphase spéciale cette réalité, par exemple, *Law as Fact*, Londres 1939 (version espagnole de G. Cortés, Buenos Aires 1959, pags. 125 et 130. Les références de R. v. IHERING au rôle de la « forme » juridique ne sont pas moins illustratives si nous désirons approfondir dans la capacité de « conformation » sociale du projet dont nous faisons le commentaire: « la forme est soeur jumelle de la liberté elle est le frein qui détient ceux qui veulent convertir la liberté en licence »; « elle suppose toujours un contenu; elle est le contenu du point de vue de sa *visibilité* »; elle s'utilise quand « le législateur n'a pas voulu abandonner l'affaire au bon sens ou à la convenance des parties »; « la différence entre manque de forme et formalisme conduit à la distinction entre l'individualisme et l'égalité abstraite »; « la forme est pour les actes juridiques ce que la frappe est pour la monnaie » etc. nous citons pour la « Abreviatura » de *L'esprit du droit romain* (ed. F. Vela, Madrid 1962 (2^a), pags. 285-286 et 293).

Dans la polémique qui nous occupe, il semble s'établir par les deux parties que *la religion n'implique aucun conflit avec les libertés modernes* ⁽⁷⁶⁾. Comme preuve de cela les défenseurs du Projet rappellent que *l'on n'interdit pas le mariage religieux* ⁽⁷⁷⁾, que, quoiqu'il ne produise pas d'effets civils, il sera toujours réputé licite, étant épargné de la punibilité prévue pour le concubinat ⁽⁷⁸⁾.

La collision se produit en fin à cause de la *non reconnaissance d'effets civils au mariage canonique*, pratiqué par l'immense majorité de la population ⁽⁷⁹⁾, ni à aucun autre mariage religieux, même s'il ne revêt aucune nuance opposée à la morale ou à l'ordre public. Cette attitude se pose comme une exigence indéclinable de l'autonomie du séculier.

« querer que la bendición del sacerdote produzca efectos civiles, vale tanto como querer que el matrimonio civil produzca efectos sacramentales » ⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁶⁾ Ainsi MONTERO RIOS, DS 19.IV.70 (260) pag. 7254, ou SORNI, qui se déclare catholique et républicain et doute du catholicisme de ceux qui (comme OCHOA ou GONZALEZ MARRON) prétendent monopoliser le titre, 14.V.70 (281) pags. 7987 et 7990. CALDERON COLLANTES affirme aussi que « la liberté n'a rien à craindre de l'Eglise, ainsi comme l'Eglise n'a rien à craindre de la liberté », 27.IV.70 (267) pag. 7494.

⁽⁷⁷⁾ MADRAZO, DS 22.IV.70 (263) pag. 7353. Le parenté de cet argument avec celui popularisé par la tendance permissive: « on n'oblige personne à ... » est clair. La réponse ne se fait pas attendre: « pues no faltaba mas ... », ALVAREZ BUGALLAL, 13.V.70 (280) pag. 796.

⁽⁷⁸⁾ Le progressiste ROJO ARIAS, DS 11.V.70 (278) pag. 7906.

⁽⁷⁹⁾ Le « permettre » et ne pas lui concéder d'effets civils est une simple fiction, CALDERON COLLANTES, 27.IV.70 (267), pag. 7497. Avant et après lui GONZALEZ MARRON, 22.IV.70 (263) pag. 7358, et MORENO NIETO, 30.IV.70 (270) pag. 7603, insistent sur le même argument.

⁽⁸⁰⁾ DIAZ QUINTERO, DS 6.V.70 (274) pag. 7758. Il est curieux de constater la dissemblable actualité des deux éléments de cette affirmation. Il est peu fréquent de trouver aujourd'hui en Espagne quelqu'un qui souscrive la première, quoiqu'il ne manque pas l'un ou l'autre exemple: « llevar al Registro Civil la partida sacramental para entender, desde el punto de vista de la legislación del Estado, contraído el matrimonio, resulta anacrónico, como lo sería exigir la de bautismo », L. DIEZ-PICAZO, *El derecho de la persona...* (note 36), pag. 142. Cependant les propositions de « canonisation » du mariage civil semblent avoir un certain futur (cfr. *infra* notes 103 et 108).

Cette obligatorité généralisée de la forme civile de mariage prétendait, de ce point de vue, que la norme juridique fasse ressortir la compétence exclusive de l'Etat sur la dimension *sociale* du mariage, reléguant son contenu religieux à la sphère de ce qui est individuellement permis ⁽⁸¹⁾. On aspire à dessiner une vie publique neutre à toute religion, tandis que la normative antérieure avait habitué à considérer comme « normal » le contraire.

L'Eglise avait exercé en Espagne toutes les compétences s'y référant, et était même la seule à enregistrer sur document les changements de l'état familial du citoyen-fidèle ⁽⁸²⁾. L'exigence d'un recul de cette présence sociale fait que la polémique se pose même jusqu'au tour des détails les plus insignifiants ⁽⁸³⁾.

Pour accomplir cette « récupération de compétences », l'Etat se considéra aussi obligé à assumer pour les effets civils la dispense des empêchements. Une fois repris dans le Projet, selon l'exemple de la normative canonique, obliger tous ceux qui en seraient affectés à recourir à une autorité ecclésiastique n'aurait plus de sens de sorte qu'ils pourraient la refuser en conscience ⁽⁸⁴⁾; à part le fait que cela supposerait reconnaître « la in-

(81) Pour N. LUHMANN (note 44) la conception systémique de la sécularisation — qui aurait dépassé la critique de la religion à partir de positions contraires — élimine tout essai de réalisation du religieux au niveau de l'ensemble social; la religion cesse de s'ériger en point décisif unilatéral de l'orientation sociale, pour être reléguée dans l'activité sociale au terrain du « temps libre ». Il reconnaît que cela implique des « restrictions » (pags. 71, 61, 231, 239 et 233).

(82) Cela provoque un débat qui fait ressortir les méfiances mutuelles. V. GONZALEZ craint que les curés ne se résistent à transférer au Registre Civil les renseignements opportuns, pour le considérer matière « ecclésiastique », DS 4.v.70 (272) pag. 7672. De son côté ORTIZ DE ZARATE semble le confirmer quand il clame que « no ha habido revolución alguna, que se haya atrevido a poner su mano sacrilega sobre esos libros sagrados », 11.v.70 (278) pag. 7898.

(83) Ainsi au moment de s'établir dans l'art. 34 que « los contrayentes podrán celebrar el matrimonio religioso antes, después o *altitempo* del matrimonio civil » on objectera que l'on prévoit que le prêtre se déplace au Tribunal mais pas que le Juge le fasse à l'Eglise, MARTIN DE HERRERA, DS 3.v.70 (271) pag. 7633.

(84) Les critiques à cette initiative pleuvent des deux cotés. Tandis que pour ORTIZ ZARATE « en las dispensas el Gobierno se constituye en una especie de Papado civil », DS 10.v.70 (277) pag. 7878, BUENO confesse son étonnement devant la nécessité de dispenser un type déterminé d'« empêchements » pour célébrer un mariage civil, quoiqu'il considère à vrai dire comme pire qu'on laisse faire le « poder teocrático de Roma », 13.v.70 (280) pag. 7952.

competencia del Estado para fijar las condiciones de la aptitud de los que hayan de celebrar el matrimonio » ⁽⁸⁵⁾. Le Préambule se limite à attribuer à « nuestra meridional imaginación » ⁽⁸⁶⁾ l'étonnement devant cette intervention de l'Etat. Par cela il réaffirme indirectement la capacité de la loi de conformer la mentalité du citoyen (du moins de ceux qui ont un certain niveau d'imagination ...).

La problématique des empêchements donnera lieu à ce que les deux positions s'extrémisent découvrant leurs points faibles respectifs. C'est ce qui arrive au moment de considérer l'empêchement matrimonial des « católicos que estuviesen ordenados in sacris o que hayan profesado en una orden religiosa, canónicamente aprobada, haciendo voto solemne de castidad, a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente licencia canónica » ⁽⁸⁷⁾.

Il n'y a pas de doute que ce précepte prouve le désir obsesif du législateur d'assumer la normative canonique et d'éviter des conflits. Le Préambule reconnaît que, dans ce cas, on a voulu « respetar la libertad de la Iglesia, absteniéndose de llevar la perpetuación a su seno ». On reconnaît, donc, des effets civils à une décision adoptée dans la juridiction ecclésiastique, comprenant qu'avec elle le citoyen renonce à ses prérogatives ⁽⁸⁸⁾. La circonstance serait différente « si el clérigo de orden sacro o el religioso tienen la desgracia (sic) de abandonar la comunión católica », car « el Estado, que no debe violar la libertad de conciencia », « no podía ya continuar reconociendo y sancionando una incapacidad que descansaba sobre la presunta voluntad de aquel cuya limitación de derechos civiles a sí propio era debida » ⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁵⁾ MONTERO RIOS, DS 9.v.70 (276) pag. 7831.

⁽⁸⁶⁾ DS 17.XII.69 (285) troisième appendice, pag. 3.

⁽⁸⁷⁾ Article 5, 2 du projet.

⁽⁸⁸⁾ « El Estado no puede reconocer en ellos un derecho al que han renunciado », DS 17.XII.69 (185) appendice troisième, pag. 6.

⁽⁸⁹⁾ « El clérigo que deja de ser católico, está en las mismas condiciones que los demás ciudadanos, y por consiguiente goza de iguales derechos civiles », MONTERO RIOS, DS 5.v.70 (273) pag. 7707. Il est assez significatif que — en détriment du principe d'autonomie de la volonté — ce même projet qui rechasse le divorce par consensus mutuel, considère que l'indissolubilité naturelle prime sur la volonté individuelle, considère révoquant ce renoncement à contracter le mariage.

Cette position découvre une inconséquence claire: on concède des effets civils — par la voie des empêchements — au sacrement de l'ordre (ou à un vœux religieux) et on ne fait pas de même avec la forme sacramentale du mariage, quoique cela se demanderait avec insistance. Le soupçon qu'il y ait en jeu plus qu'un problème de « compétences » prend corps.

Dans le secteur contraire il est assez significatif que l'on arrive à nier la liberté de conscience avant d'admettre le mariage civil du prêtre apostat.

Le « caractère » sacramental justifierait cette interdiction — que la normative pénale pas encore modifiée sanctionnait implicitement ⁽⁹⁰⁾ —, mais l'argumentation arrive à des extrêmes exagérés quand on considère que le texte cause une « herida terrible » « al prestigio del clero » et à « la moralidad de las familias » ⁽⁹¹⁾.

On essaye donc, dans ce cas, que la normative civile sanctionne coactivement l'observation d'un compromis religieux. Cela résulte relativement « congruent » si l'on rappelle que pour eux l'indissolubilité matrimoniale, souscrite dans le Projet, était un phénomène aussi religieux que le précédent.

Il ne semble pas difficile de penser qu'entre les détracteurs du Projet il manque très fréquemment une délimitation minime entre les aspects religieux et séculiers du mariage. D'autre part, la bonne intention du Projet de ne pas trébucher inutilement sur les instances religieuses — reflétée dans son désir obsédant de traduire séculièrement les dispositions ecclésiastiques — est en contraste bruyant avec la négative obstinée à reconnaître des effets civils au mariage canonique, le faisant compatible avec un système civil facultatif et moins prolix.

Le désir persistant de marquer avec l'expressivité maximum l'autonomie de la sphère séculière exerçait son influence, en assumant clairement les compétences; mais nous devons examiner plus lentement le jeu réel du principe d'« égalité devant la loi » en sa particulière version individualiste.

⁽⁹⁰⁾ TORO MOYA, DS 20.IV.70 (271) pag. 7287.

⁽⁹¹⁾ MARTIN DE HERRERA, DS 4.V.70 (271) pag. 7666.

VI. *Entre le pluralisme et l'égalité: la lutte pour le « normal ».*

Quand la légalisation du mariage civil paraît inquestionnable, les opposants versent tous leurs efforts d'argumentation à faveur de ce qu'on appelle le système « portuguais », qui implique la coexistence du mariage canonique — avec effets civils — et du mariage civil, pour ceux qui, à cause de ses connotations religieuses, ne désireraient pas invoquer cette forme ou quelconque autre ⁽⁹²⁾. Le Préambule rejette cette possibilité, parce que « viola el principio fundamental de la Constitución de todo pueblo libre: la *igualdad ante la ley* ».

On considère qu'elle entraînerait « la desigualdad sustancial de derechos y deberes de los ciudadanos de un mismo Estado sobre el acto más importante de la vida » ⁽⁹³⁾. L'insistance sur le contre-argument est continue de la part des défenseurs du Projet: cela donnerait lieu à des castes religieuses; cela entraînerait une discrimination anticonstitutionnelle pour des motifs religieux ⁽⁹⁴⁾; sans que l'inévitable recours à l'idiosyncrasie nationale ne manque: « en Inglaterra es vivo el sentimiento de

⁽⁹²⁾ Tel est le sens — avec des nuances sur sa configuration « facultative » ou « subsidiaire » — qu'ont les amendements dirigés par MORENO NIETO, DS 29.IV.70 (269) pag. 7570, et MARTIN DE HERRERA, 3.V.70 (271) pag. 7628. GONZALEZ MARRON, 19.IV.70 (260) pag. 7244 et 21.IV.70 (262) pags. 7321 et 7324, TORO MOYA, 20.IV.70 (261) pag. 7287 et CALDERON COLLANTES, 27.IV.70 (267) pag. 7499, insistent sur ses propositions. F. SILVELA également, en ce qui concerne la dispense d'empêchements, pour éviter une double formalité, ecclésiastique et civile, 9.V.70 (276) pag. 7826. Comme on peut observer, pratiquement tous les protagonistes du débat, sauf les traditionnalistes et certains unionistes de moins d'envergure.

⁽⁹³⁾ DS 17.XII.69 (185) troisième appendice, pag. 2 (le souligné est à nous). N. LUHMANN (note 44) considère comme une des conséquences de sa conception systémique de la sécularisation, l'exclusion d'inégalités entre les citoyens et ne doute pas à faire référence comme corollaire au mariage civil (pag. 235). A. DE LA HERA a exposé de son côté qu'une égalité à outrance entre en collision dans la pratique avec la liberté religieuse, dans la mesure où, à son abri, les non croyants essayent que les croyants partagent dans leur activité sociale leur même passivité religieuse, *Libertad e igualdad religiosa*, dans *Pluralismo y libertad religiosa* (note 4), pags. 32 et 50.

⁽⁹⁴⁾ Respectivement GIL SANZ, DS 26.IV.70 (266) pag. 7470 et MONTERO RIOS, 29.IV.70 (269) pag. 7562. Egalement V. GONZALES, 4.V.70 (272) pag. 7670, et TORRES MENA, 6.V.70 (274) pag. 7755.

la *libertad*; pero no es igualmente vivo el sentimiento de la *igualdad*. No sucede lo mismo en los pueblos de la raza latina » ⁽⁹⁵⁾.

L'intention sécularisatrice pousse au paradoxe. Après avoir assumé, même exagérément, des éléments éthiques et formels du mariage canonique, on argumente que lui concéder des effets civils serait un « *privilegio* » ⁽⁹⁶⁾, ou que cela équivaldrait à « *obligar* » civilement les catholiques à le célébrer, en les supposant peu pratiquants ⁽⁹⁷⁾. Réellement le système proposé ne devait pas nécessairement obliger à prouver la non appartenance à l'Eglise catholique pour choisir le mariage civil, du moment que celui-ci se configure comme simplement facultatif et non pas subsidiaire ⁽⁹⁸⁾. La « *liberté* » religieuse exigée par le pluralisme apparaît comme un « *privilegio* »; si elle essaye de rendre réelle sa présence sociale elle est mal interprétée, comme du proselitisme par des moyens juridiques.

La conviction de que, grâce à l'égalité, on arrive à une ébauche *neutre* permet qu'on affirme que « *a nadie se le obliga* » « *a que se case de esta o de la otra manera* » ⁽⁹⁹⁾. La vérité est qu'on obligeait les citoyens catholiques à se marier devant le juge ⁽¹⁰⁰⁾, s'ils voulaient que leur mariage ait des effets civils, bien qu'on ne leur interdît pas une cérémonie additionnelle. De toute manière, l'af-

⁽⁹⁵⁾ MADRAZO, DS 2.IV.70 (263) pag. 7352 (le souligné est à nous). Ce fut au tour de la droite dans cette occasion à rechasser le « *Spain is different* »: « *la raza latina ama la libertad y la igualdad* », CALDERON COLLANTES, 27.IV.70 (267) pag. 7499.

⁽⁹⁶⁾ MARTOS, DS 28.IV.70 (268) pag. 7534.

⁽⁹⁷⁾ GIL SANZ, DS 26.IV.70 (266) pag. 7467. MONTERO RIOS également, 29.IV.70 (269) pag. 7565. Des interventions peu heureuses comme celle de MORENO NIETO pour qui le projet « *sería una perpetua tentación para los cristianos tibios* », 30.IV.70 (270) pag. 7604, justifiaient ce reproche. Il essayait peut-être par cela de répondre à la question du document des Evêques qui se demandait si « *se han propuesto, por ventura, los autores del proyecto descatalogar al pueblo español, estimulándole de una manera cautelosa* », 10.V.70 (277) pag. 7872.

⁽⁹⁸⁾ Sur l'évolution postérieure de ce thème cfr. G. GARCIA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el derecho español*, Roma-Madrid 1959, pags. 16-21.

⁽⁹⁹⁾ BUENO, DS 13.V.70 (280) pag. 7949.

⁽¹⁰⁰⁾ Insinuer qu'avec cela on les obligerait à commettre un « *sacrilegio* », TORO MOYA, 20.IV.70 (261) pag. 7285, était sans aucun doute une exagération pamphlétaire.

firmation que l'*égalité* devant la loi imposait une cérémonie *uniforme* était excessive. La liberté de cultes même impliquait une « desigualdad » des citoyens, et rien empêchait que sa libre expression se reflêtât dans les formes de mariage. Le contraire impliquerait « igualdad de cultos » ⁽¹⁰¹⁾.

Ce qui est en jeu c'est tout un concept de « sécularisation » et, en conséquence, de la liberté religieuse. Pour une *sécularisation pluraliste* l'autonomie séculière ne se voit pas affectée parce que la présence sociale d'options religieuses majoritaires atteignent démocratiquement un *reflet* dans la normative juridique; du moment que ça ne se fasse pas d'une manière généralisée qui affecte les consciences divergentes. Le résultat serait un *pluralisme* juridique parallèle au religieux. Une *sécularisation uniformiste* exige, au contraire, que l'on déracine de la normative juridique toute option à fond religieux, parce que la liberté serait suffisamment garantie par la *non-interdiction* de sa pratique privée. Le résultat auquel on aspire est un droit religieusement *neutre*.

Le problème se pose en toute sa crudité devant le fait que la grande majorité de la population était officiellement catholique. Devant cette réalité, pour obtenir une ambiance civile « neutre » il ne suffirait pas — comme dans une société de pluralisme religieux remarquable — d'une simple *égalité de traitement*, mais il serait nécessaire d'imposer l'*uniformité* pour « neutraliser » le poids de ce secteur majoritaire ⁽¹⁰²⁾, qui conformait pratiquement les canons de « normalité » sociale.

Dans ces circonstances, la « sécularisation uniformiste » n'essaye pas seulement d'éviter des obstacles juridiques à l'exercice

⁽¹⁰¹⁾ « La igualdad en el Estado consiste en que todas las uniones se respeten igualmente, y que se dé fuerza legal a todas ellas », CALDERON COLLANTES, DS 27.IV.70 (267) pag. 7499. « La igualdad ha de ser formal pero no material », OCHOA 25.IV.70 (265) pag. 7440.

⁽¹⁰²⁾ Parce que « el Estado no puede declararse imparcial entre quienes esperan de él una tutela o reconocimiento del espíritu religioso » « y quinenes lo solicitan para que se desentienda por completo ». « Declararse imparcial » « es dar la razón a los segundos, tanto como de lo contrario daría la razón a los primeros ». A. DE LA HERA (note 93), pag. 56. Cette aporie théorique invite à une solution politique qui reflète démocratiquement le pluralisme d'options socialement en vigueur.

des modèles de conduite minoritaires mais aussi de leur obtenir socialement un brevet de normalité. Dans ce but elle utilisera la norme juridique — avec sa capacité de configurer le « normal » ⁽¹⁰³⁾ — pour réformer les évaluations en vigueur. La *neutralité* disparaît, parce que cette tâche, qui n'est plus d'arbitrage aseptique mais d'authentique remodellement, vise directement à une *neutralisation* de la présence sociale des convictions en vigueur.

Il est assez symptomatique qu'aujourd'hui la sociologie systémique propose, entre les effets d'une désirable sécularisation, « neutralisation » (sic) des connexions entre les rôles, qui relègue le religieux à un niveau de « micro-motivation » personnelle. On prétend constater que la *fonction* de la religion a changé, mais sans questionner son *sens*. Le problème consiste à savoir si le sens du religieux doit conditionner sa fonction sociale, ou si, au contraire, c'est cette fonction sociale qui doit donner un sens à la religion ⁽¹⁰⁴⁾. Il n'est pas étonnant que si le plan systémique finit par forger une théorie juridique bien déterminée ⁽¹⁰⁵⁾, son application au religieux se traduise, malgré les bonnes intentions de son auteur, en une théologie dans toutes les règles de l'art ⁽¹⁰⁶⁾; à force de constater des faits et dessiner de nou-

⁽¹⁰³⁾ En ce sens, la forme de mariage n'a pas seulement un caractère constitutif sinon qu'elle se dirige à une reconnaissance sociale; comme forme « ad valorem » elle réalise une fonction pédagogique et conservatrice d'une « idée » déterminée du mariage, R. NAVARRO VALLS, *Forma jurídica y matrimonio canónico. Notas críticas a las tesis canonizadoras del matrimonio civil*, « Ius canonicum » 1974 (XIV) pags. 78, 83 et 96.

⁽¹⁰⁴⁾ En rapport au droit la réponse de N. LUHMANN est concluante: le fondement du droit se trouve dans sa fonction (*Grundrechte als Institution*, Berlin 1965, pag. 39, note 2). Tel est le résultat d'une construction qui ne prétendait autre chose qu'ouvrir des alternatives substitutrices l'orientation traditionnelle de la théorie juridique (sur sa portée cfr. notre travail « *Systemtheorie* »: *¿filosofía del derecho o sociología jurídica?*, « Anales Cátedra Francisco Suárez » 1973 (13-1) pags. 147-177). De toute manière, le problème est décidé — tant à niveau juridique comme religieux — à partir du moment où l'on assoi qu'il n'y a pas « un être objectif » indépendant du « système », mais de simples « stratégies d'objectivation » auxquelles l'« être » sert de simple « formule d'agrégation », (note 44) pags. 238, 243 et 69.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. notre travail *La fonction technocratique du droit dans la « Systemtheorie » de Niklas Luhmann*, « Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie » 1975 (LXI-4) pags. 557-566 (version allemande dans *Politik ohne Herrschaft? Antworten auf die systemtheoretische Neutralisierung der Politik* (ed. V. Ronge et U. Weihe) Munich 1976, pags. 131-140).

⁽¹⁰⁶⁾ Comme tel il faut comprendre sa distinction entre « Eglise », « diachonie »

veaux instruments conceptuels, on débouche dans la proposition normative d'une nouvelle écclésiologie. Il n'est pas difficile de déterminer la paternité de cette théorie juridique et de cette théologie — « enfants non voulus » de la sociologie systémique — puisque les deux finissent par être légitimées par un « développement structurel historique constatable », dans lequel le concept de « Modernité » prend une importance fétichiste ⁽¹⁰⁷⁾. La « sécularisation » implique une religion « dépolitisée », comme la « programmation conditionnelle » exigeait un droit « dépolitisé »; la théorie juridique technocratique va être accompagnée par une théologie technocratique: la cohérence est enviable.

Le paradoxe se doit au fait qu'il n'y a pas de neutralité possible dans les cas où la norme juridique, par sa capacité d'influencer les convictions personnelles, conserve — qu'elle le veuille ou pas — de l'importance quant à ses possibilités de présence sociale. Dans ces cas, refuser le pluralisme au nom de l'égalité produit de fait une « confessionnalité » de signe différent ⁽¹⁰⁸⁾.

Les défenseurs du projet n'ont pas d'inconvénient spécial à maintenir civilement un empêchement matrimonial pour ceux qui sont liés par des vœux religieux. S'ils transigent envers cette étonnante irruption du religieux dans le séculier c'est parceque, s'agissant d'une circonstance exceptionnelle, considérée socialement comme « anormale », cela n'affectait pas les lignes générales de conduite. Par contre, concéder des effets civils au mariage canonique équivaldrait à certifier que rien n'avait changé, et considérer comme bons les modèles de « normalité » en vigueur ⁽¹⁰⁹⁾.

et « théologie », et sa proposition de convertir la religion en facteur de micro-motivation d'une « diachonie » activiste (note 44) pags. 55-59 et 269-270.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibidem*, pag. 232. Ainsi, en ce qui concerne la religion, elle n'a pas besoin dans les formations sociales primitives de se constituer en « système » différencié, sinon que dans ces sociétés « pré-modernes » elle maintient une relevance sur la société dans son ensemble. Avec la Modernité elle se différenciera de la politique et de la science, acquérant l'autonomie (*ibidem*, pags. 38, 102 et 256).

⁽¹⁰⁸⁾ Ainsi l'imposition obligatoire du mariage civil finit par pousser à sa « canonisation ». Cfr. en référence à cela A. FUENMAYOR, *El matrimonio como contrato civil*, « Revista General Legislación y Jurisprudencia » 1976 (2) págs. 107 et 93, qui considère, cent ans plus tard, que son introduction en Espagne « llevaría consigo, inevitablemente, una innecesaria y perturbadora tensión ».

⁽¹⁰⁹⁾ Cela donnerait lieu à une simple « tolérance » religieuse plus qu'à une

L'alternative se pose donc entre un processus de « sécularisation pluraliste », qui se limite à marquer des règles de jeu social capables de refléter d'une manière « neutre » les convictions en vigueur, et une « sécularisation uniformiste » décidée à « neutraliser » le protagonisme social obtenu auparavant par certaines confessions religieuses. Dans ce second cas, la valence « confessionnelle » du processus est inévitable ⁽¹¹⁰⁾ et, en conséquence, il doit aussi se soumettre aux règles de la « liberté religieuse », au risque de s'imposer antidémocratiquement au couvert d'impératifs de « sécularisation » ou de « modernisation » soi-disant neutres.

Ni le Projet ni ses défenseurs ne dissimulent ce second aspect du problème. Dans le Préambule on rejette la reconnaissance d'effets civils au mariage religieux, non seulement pour des raisons d'autonomie « séculière » mais aussi parce que « imprimaría también una marca infamante en la frente del que tuviera la desgracia (sic) de carecer de creencias religiosas, poniéndole en la dura necesidad de celebrar su matrimonio con una forma excepcional », que « contrastaría con la empleada por los demás ciudadanos » ⁽¹¹¹⁾. Il ne s'agit donc pas seulement de libérer une minorité de citoyens de l'obligation d'établir leurs relations juridiques à travers de formes qui répugnent à leur conscience

effective « liberté de cultes », MARTOS, DS 28.IV.70 (268) pag. 7533; MONTERO RIOS insiste sur cela, 29.IV.70 (269) pag. 7569. Nous avons déjà vu comme, à notre avis, le texte consensué de l'article 21 de la Constitution favorisait, en effet, cette interprétation, reflétant la réalité sociale du moment. En référence à cela P. A. PERLADO, *La libertad religiosa en las Constituyentes de 1869*, Pamplona 1970. CALDERON COLLANTES n'oubliera pas, au contraire, de faire appel au contexte européen (obsession continue de la sécularisation espagnole) pour signaler que « la libertad de cultos existe hoy en toda Europa, y sin embargo el matrimonio civil no es la regla general, es la excepción », 27.IV.70 (267) pag. 7498.

⁽¹¹⁰⁾ C'est ce qui arrive quand on réduit la religion à un droit individuel, en rejetant par principe son possible caractère de bien social qui peut être juridiquement protégé. L'analyse, intéressante quant à cela, de la jurisprudence du Tribunal Suprême des Etats Unis, à partir de la sentence Engel versus Vitale de 1962, que réalise, en suivant ONIDA, A. DE HERA (note 93) pages. 47 et ss. Egalement la sentence du Tribunal Constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne du 16 octobre 1979, de signe opposé. Un résultat semblable a le peu d'attention que N. LUHMANN (note 44) prête à la possibilité de ce que la religion soit non seulement un « micromotif » personnel (en utilisant sa terminologie) mais aussi un « macro-phénomène » social (pag. 204).

⁽¹¹¹⁾ DS 17.XII.69 (185) troisième appendice, pag. 2.

— jusqu'ici arriverait la *non-imposition* des propres convictions religieuses aux autres citoyens — mais aussi de conférer à un modèle de conduite (qui se considère conséquence d'un « malheur ») un brevet de normalité — l'imposant juridiquement à la société qui le lui niait. Dans le débat on approfondit le problème, en rappelant que, ayant des gens qui qualifiaient de « concubinato » quelconque mariage civil possible — si cette forme ne s'imposait pas avec une obligatorieté générale — « una raza aparte », « maldita », « avergonzada, que se va a casar por el matrimonio civil » ⁽¹¹²⁾ surgirait.

On aspire donc, plus qu'à récupérer les compétences juridiques que le protagonisme ecclésiastique avait assumées, à neutraliser la présence sociale parallèle de ses principes. Cela exigeait une morale de rechange qui difficilement pouvait s'obtenir — en respectant le pluralisme — au nom d'une sécularisation « neutre ». Ainsi surgit le danger de donner lieu à un nouveau despotisme « éclairé » qui s'arrogerait le droit de monopoliser la configuration des modèles sociaux de conduite ...

L'« opposition », de son côté, n'oublie pas de constater la présence sociale effective des lignes de comportement catholique, et elle ne semble pas mécontente du fait. « Se considera que no es buen casado aquél que no lo ha sido ante la Iglesia » ⁽¹¹³⁾; « toda mujer que se estime, que vaya al Juzgado municipal, ha de ir con las mejillas enrojecidas » ⁽¹¹³⁾; la femme mariée civilement ne pourra jamais s'égaliser socialement à celle mariée chrétiennement ⁽¹¹⁵⁾. Sa résistance devant l'imposition générale d'un modèle de conduite minoritairement désiré est fermée: « por salvar la marca de infamia a unos pocos, poquísimos ateos, que *no deben tener a infamia el decirse tales, se impone la infamia de la marca del matrimonio civil a 16 millones de españoles* » ⁽¹¹⁶⁾.

⁽¹¹²⁾ SORNI, DS 19.IV.70 (260) pag. 7250 et MARTOS, 28.IV.70 (269) pag. 7532. Le parallélisme avec les suppositions jurisprudentielles repris dans la (note 118) est clair et net.

⁽¹¹³⁾ TORO MOYA, DS 20.IV.70 (261) pag. 7286.

⁽¹¹⁴⁾ OCHOA, DS 25.IV.70 (265) pag. 7439.

⁽¹¹⁵⁾ CALDERON COLLANTES, DS 27.IV.70 (267) pag. 7500.

⁽¹¹⁶⁾ ORTIZ DE ZARATE, DS 10.V.70 (277) pag. 7878 (les soulignés sont à nous). TORO MOYA n'avait pas été moins catégorique: « el concubinato se va a concertir en matrimonio legítimo, y el matrimonio legítimo en concubinato », 20.IV.70 (261) pag. 7286.

« Vosotros lo habéis dicho, lo que queréis es que a costa de la inmensa mayoría de los españoles, puedan deslizar más *cómo-damente* sus errores los ateos » (117). Il s'agit de ce qu'un comportement « malheureux » apparaisse comme « normal ».

VII. *Imposition juridique de l'éthique permissive.*

Le fait que certaines exigences éthiques — fondées sur des options religieuses — se voient reflétées dans la normative juridique à cause de leur enracinement social, attaque-t-il vraiment la vie en commun séculière? Le *permissivisme* juridique propre de la sécularisation égalitaire semble ignorer, avec sa réponse affirmative, le jeu du droit comme celui qui conforme le niveau éthique de la société. D'après cette perspective *tout doit se permettre* (la conduite de la moindre exigence éthique doit se généraliser) parceque comme cela *on n'oblige personne*. A sa base il y a une particulière conception anthropologique: individualiste et optimiste.

L'*individualisme* joue quoique logiquement on ne permette pas *tout*. Les barrières qui se lèveront d'une manière permissive sont celles qui imposent des conditionnements à la volonté individuelle comme conséquence de la présence « des autres »: les exigences éthiques, même socialement enracinées, qui nient cet individualisme sont refusées comme des « impositions » antidémocratiques, tandis que les options — non moins éthiques — qui le favorisent se considèrent comme des impératifs du vide neutre.

Très vite on nierait la possibilité même d'un autoconditionnement personnel irrévocable, même s'il part de la libre volonté individuelle, parceque l'individualisme n'admet pas de restrictions indéfinies. Sa capacité expansive va exigeant l'élimination de tout conditionnement solidaire, arrivant même à nier la catégorie d'individu à celui qui, par son désir de naître

(117) ALVAREZ BUGALLAL, DS 13.v.70 (280) pag. 7960. Les affirmations semblables ne manquèrent pas dans la doctrine: le mariage civil « no efecto de la libertad de cultos, que exigiría a lo más el respeto de todo rito y de toda ceremonia, sino el sacrificio exigido a los hombres de y principalmente a los católicos por un principio de mal entendida igualdad, en honor de la incredulidad y del ateísmo », B. GUTIERREZ FERNANDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Madrid 1871 (3^a), t. I, pag. 361. (Dans les deux citations les soulignés sont à nous).

ou de prolonger sa vie, met en danger l'individualisme (*on n'oblige personne à éliminer l'enfant non désiré, ou à éliminer le malade condamné, mais il est impérieusement nécessaire de le permettre*).

Mais dans le cas qui nous occupe la situation est, pour le moment, différente: les exigences éthiques des modèles en lice — mariage canonique et civil — sont semblables. C'est la « présence » sociale du religieux qui se considère comme perturbatrice, dans la mesure où elle marque des lignes de conduite susceptibles d'évaluations différentes. Il devient nécessaire de *généraliser* une d'elles pour éviter une réalité: que la conduite qui assume des règles religieuses puisse se considérer comme socialement plus valable, et finisse par conditionner moralement le reste des citoyens. Dans cette première étape c'est la simple reconnaissance juridique du fait que l'existence de *Dieu* conditionne la conduite humaine ce qui se rend insupportable; bientôt ce sera la reconnaissance juridique de conditionnements dérivés de l'existence *des autres* ce qui deviendra insupportable.

L'*optimisme* peut jouer par une double voie. Ou on considère que le déploiement individuel du procéder arbitraire inconditionné conduit à un monde plus « humain », libre de répressions innécessaires; ou on pense que l'individu possède de par lui-même une capacité pour assumer un conditionnement solidaire, sans que la norme juridique l'y oblige — ou l'y invite. Quoiqu'il n'y ait pas de doute qu'en intégrant juridiquement un modèle éthique, sans lui donner une portée générale, *on n'oblige personne* à le suivre, il apparaît comme à rejeter en ce qu'il a d'invitation; la simple possibilité de pouvoir *se sentir obligé* répugne.

Si on n'accepte pas cet individualisme optimiste, l'argument central de la « sécularisation uniformiste » s'effondre par sa base. On ne peut reléguer à la sphère de la conscience toutes les options religieuses et maintenir une vie sociale « neutre ». Si la propre vie en commun ne se perd pas dans le chaos c'est parcequ'elle s'appuie sur des règles capables de lier les conduites individuelles. Cette réalité est celle qui, en bonne partie, donne un sens à l'existence même du droit qui en cas contraire dégénérerait en force répressive pure. La liaison de cette normative à des perspectives morales ou religieuses est, dans certains cas, inévitable. Selon le point de vue du pluralisme libéral, une société « séculière » n'est pas celle qui aspire à « se libérer » de celles-ci, mais celle qui — refusant tout

autoritarisme religieux — filtre par un contresiege démocratique les options socialement présentes que doit refléter la norme juridique ⁽¹¹⁸⁾ (sans peur de les faire bénéficier de la capacité du droit de proposer ce qui est socialement « normal »). Souscrire une « sécularisation uniformiste » suppose la disqualification de toute option éthique de fondement religieux; mais cela équivaudrait aussi à imposer « confessionnellement » une option anthropologique areligieuse, en utilisant pour cela la capacité du droit de modeler ce qui est socialement considéré « normal ».

Nous avons déjà vu comme dans la proposition de mariage civil jouaient deux éléments « sécularisateurs »: liberté de cultes et compétence de l'Etat. Le premier justifiait l'existence d'une forme civile de mariage, dans un pluralisme démocratique incompatible avec l'imposition *généralisée* de convictions religieuses: cela exigeait donc une « sécularisation pluraliste ». Le second ne se contentait pas de cela et convertissait cette forme civile en forme obligatoire *généralisée*; nous nous trouvons en plein dans la « sécularisation uniformiste », qui ne dérive pas des libertés individuelles mais de la capacité supposée de l'Etat de substituer d'une « manière neutre » l'orientation éthique de la vie sociale, réservée avant aux instances religieuses. Nous avons déjà vu comme cette « neutralité » finit par être « neutralisatrice » et convertit en conduite « normale » l'exigence éthique minimum, généralisée d'une manière permissive. L'Etat comme canon de conduite « neutre » est éthiquement appauvrissant. Dans le cas présent, le désir de mimétiser les contenus éthiques du mariage catholique et le recours

(118) Il est fort douteux que, malgré sa bonne intention, le projet l'eut obtenu. Il y eut même qui arriva à lui donner le nom de mariage « incivil », « porque en mi concepto es lo menos civilizado que puede hacerse en un país donde el catolicismo domina por completo », ORTIZ DE ZARATE, DS 11.V.70 (278), pag. 7896. Cinq ans plus tard, à l'occasion du débat dans l'Académie Madrilaine de Jurisprudence et Législation, du décret qui met fin à la réforme, G. AZCARATE signalerait, d'après des perspectives idéologiques bien différentes, que « el odio a la ley de Matrimonio civil pudo haberse quizá evitado prescindiendo de la parte exterior de ella, pues contra la forma de celebración iban dirigidas especialmente las censuras ». Cela appelle encore plus son attention à cause de l'« inconsecuencia » d'avoir admis comme empêchement l'ordre sacré (« Revista General de Legislación y Jurisprudencia » 1877 (LI) pags. 407 et 408).

au « droit naturel » ferment le passage à l'individualisme, mais les mécanismes de la « sécularisation uniformiste » qui favorisent son avance ont déjà été essayés ...

VIII. *Un siècle après.*

Personne ne semble penser aujourd'hui en Espagne à rendre obligatoire la forme civile du mariage; ce qui dément la conception qui cent ans plus tôt s'était érigée en test de l'authenticité de la décision d'arriver à un changement social. Le divorce l'a substituée en héritant de sa charge polémique et émotionnelle.

Il y a bien un secteur qui insiste d'une manière têtue à se poser ce thème avec des apparences de « guerre de religion ». C'était inévitable en 1870, parce que ce qui se discutait c'était les effets *civils* de la forme *religieuse* du mariage. Le phénomène est aujourd'hui absolument injustifié, parce que, comme démontrèrent nos progressistes du siècle passé, la persistance d'une forme de mariage avec des effets indissolubles peut se défendre de points de vue agnostiques. Si — contre leurs propres convictions — nos vieux républicains ressuscitaient aujourd'hui, faudrait-il les baptiser par décret pour leur reconnaître le droit de continuer à défendre le mariage indissoluble? La majorité des positions divorcistes secondent avec enthousiasme cette défiguration religieuse d'un débat civil, parce que grâce à elle elles peuvent exploiter le potentiel d'argumentation de la « sécularisation uniformiste »: *personne ne peut imposer* aux autres ses options « religieuses »; *personne ne sera obligé* à divorcer, etc.

Come arrière-fond, un individualisme exacerbé continue à jouer. Il est mis en relief d'une manière symptomatique, parce que si le Projet développe un des « droits et devoirs des citoyens » repris par la Constitution (art. 32), c'est en ignorant « la protection ... de la famille » qu'elle même inclut (art. 39) parmi les « principes recteurs » dont la « reconnaissance ... informera la législation positive » (art. 53, 3). On a opté pour un contenu éthique individualiste (le mariage comme un des actes sur lesquels on peut disposer librement) en préjudice d'un contenu éthique solidaire (le mariage comme la constitution de quelque chose capable de conditionner l'individu: la famille). Confondre l'op-

tion entre deux *contenus* éthiques possibles avec l'option pour le caractère religieux ou non religieux de son *fondement* est se condamner à comprendre mal le problème.

Seul l'individualisme peut nier à une bonne partie des citoyens leur volonté de contracter un mariage d'effets indissolubles. En faisant cela il s'arroge le droit de défendre l'individu de son propre altruisme, évitant qu'il s'autoconditionne de manière irréversible.

Avec tout cela, ce qui s'ignore ce n'est pas, comme il y a un siècle, la viabilité d'une « sécularisation pluraliste », puisque le thème dans ce cas est radicalement « séculier », mais tout simplement la possibilité de faire respecter le « pluralisme », en admettant (selon la volonté des parties au moment de sa célébration) un double effet « facultatif » du mariage: indissoluble ou dissoluble, pour que chaque citoyen choisisse l'un ou l'autre, d'accord avec ses propres convictions éthiques (religieuses ou pas ...).

IX. *Christianisme, sécularisation et droit « moderne ».*

1. Le droit moderne peut se convertir en une re-cimentation de l'éthique chrétienne, étrangère comme elle aux conceptions individualistes et collectivistes si, selon une optique de « sécularisation pluraliste », il admet la relevance de ses contenus, quoiqu'il soumette à des procédés démocratiques sa projection sociale.

Cette re-cimentation des contenus de l'éthique chrétienne cherche son appui dans le *droit naturel* « moderne ». Ses possibles valences individualistes se nuancent dans l'Espagne de 1870 grâce à un désir mesuré de respecter les exigences éthiques en vigueur, et à l'influence de la pensée krausiste, avec son imprécise « harmonie » anthropologique. Cette re-cimentation se produit, d'autre part, en lutte paradoxale avec des attitudes catholiques dont le zèle pour la présence sociale de leurs principes les amène à des argumentations « denaturalisatrices ». Cent ans plus tard ... peut-on encore considérer aujourd'hui comme « modernes » des contenus éthiques non individualistes ni collectivistes?

La procédure pour projeter « séculièrement » des contenus éthiques dans la vie sociale passe par le scrupuleux respect du

pluralisme démocratique, éliminant quelconque essai de transférer dogmatiquement à la normative juridique des options qui jouissent religieusement d'autorité. Le pluralisme « moderne » oblige à argumenter la vérité religieuse la présentant comme opinion civile, et à faire dépendre de cette capacité de persuasion son jeu comme canon « normal » de conduite.

2. Le droit moderne résulte incompatible avec l'éthique chrétienne quand on l'identifie avec des contenus individualistes ou collectivistes. Si on assume dogmatiquement ces contenus devient indispensable une « sécularisation uniformiste » qui cloître dans l'intimité quelconque option éthique de signe différent, lui niant toute présence sociale. La norme juridique se met dans ce cas au service d'un modèle de conduite « normale », cryptographiquement autodéfini, et acquiert comme fonction décisive l'*élimination* « éclairée » ou « émancipatrice » ⁽¹¹⁹⁾ de quelconque résidu « clérical ». Cette idéologie, acritiquement autojustifiée, priverait de sens tout effort pour argumenter les profils d'un possible « droit naturel ».

Le procédé pourra apporter un *éclaircissement* ou une *émancipation*, mais sera difficilement compatible avec une *démocratie* pluraliste. Avec lequel de ces éléments la *modernité* doit-elle s'identifier est un problème décisif pour pouvoir évaluer les possibilités éthiques d'un droit « sécularisé ».

⁽¹¹⁹⁾ R. WIETHÖLTER (note 57) unit toujours les concepts « sécularisation » et « émancipation » quoiqu'avec une portée imprécise (pags. 135 et 138), qui semble se dégager finalement, comprenant comme conception « émancipatrice » du mariage un modèle contractuel comme union libre entre deux personnes privées (pag. 154).