



HAL
open science

“ Le mariage pour tous : évolutions actuelles du droit du mariage et droit canonique ” Question de jurisprudence canonique ?

Anne Bamberg

► **To cite this version:**

Anne Bamberg. “ Le mariage pour tous : évolutions actuelles du droit du mariage et droit canonique ” Question de jurisprudence canonique ?. Le mariage pour tous, Sep 2013, Strasbourg, France. halshs-01823499

HAL Id: halshs-01823499

<https://shs.hal.science/halshs-01823499>

Submitted on 26 Jun 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Le mariage pour tous : évolutions actuelles du droit du mariage
et droit canonique »

Question de jurisprudence canonique ?

Anne Bamberg

Comme j'ai été invitée à porter un regard sur la jurisprudence canonique, je vais vous parler brièvement de quelques causes en nullité de mariage dans lesquelles un des conjoints s'avère être homosexuel(le). Faut-il préciser qu'il s'agit de mariages entre une femme et un homme, où un des conjoints - l'homme ou la femme - est homosexuel ? En effet vous imaginez bien, après tout ce qui a été dit sur le droit matrimonial de l'Église catholique, qu'il n'existe pas (encore) de jurisprudence concernant un mariage entre des personnes de même sexe.

Voici donc quelques grandes lignes de l'évolution de la jurisprudence du tribunal pontifical de la Rote romaine. Pendant la première moitié du 20^e siècle les causes d'homosexualité sont traitées sous le chef de l'*amentia* ou manque d'usage de la raison¹, ce qui ne convient évidemment pas mais on met du temps à s'en rendre compte. Peu à peu, avec les évolutions dans la société et les progrès des sciences humaines, avec les travaux autour du Concile et de la révision du code de droit canonique, la perspective commence à changer et on cherche à établir un motif indépendant de nullité. L'expression - pas beaucoup plus sympathique - d'*insania in re uxoria* ou dérèglement en matière matrimoniale est de plus en plus utilisée. Mais, nous le verrons, elle aura du mal à passer auprès des auditeurs de renommée.

Une célèbre sentence c. Sabattani, *Mediolanensis* (Milan), 20 décembre 1963, se prononce contre le motif indépendant de nullité de mariage pour homosexualité. Il s'agit d'après cet éminent canoniste de traiter ces cas selon l'un des trois motifs suivants : 1. l'impuissance psychique ou fonctionnelle ; 2. l'*insania in re uxoria* ou dérèglement en matière matrimoniale ; 3. l'exclusion des enfants (*bonum prolis*)². C'est pour ce dernier motif que le mariage examiné a été déclaré nul. Le turnus rotal, qui se compose par ailleurs de deux grands spécialistes Mgr Lefebvre et Mgr Ewers, imposera un *vetitum* à la défenderesse lesbienne. Sa formulation peut cependant nous paraître étrange : il est exigé pour un éventuel remariage qu'elle fasse serment devant l'Ordinaire du lieu de s'engager avec une intention droite !

¹ À titre d'exemple je citerai la sentence c. Sabattani, *Ianuen.*, du 24 février 1961, in *DSRR*, 53, 1971, p. 116-132. Notez que c. signifie *coram*/devant et que *DSRR* renvoie à la collection officielle des Decisiones seu Sententiae Romanae Rotae.

² in *DSRR*, 55, 1972, p. 959-970, ici p. 960, n. 3.

Une autre sentence, traitant d'un cas d'homosexualité liée à de la pédophilie, est célèbre car elle est la première à déclarer nul le mariage pour incapacité à assumer les obligations conjugales : c. Lefebvre, *Vivarien.*, 2 décembre 1967³. L'argument est simple et repose sur une ancienne règle du droit : on ne peut contracter des obligations que l'on est incapable de remplir, *ad impossibile nemo tenetur*⁴. La partie *in iure* de la sentence conclut que les homosexuels ne peuvent donner-accepter le droit sur le corps ou *ius in corpus*⁵ tel que le prévoit le droit naturel⁶. On notera que la sentence de la cause en provenance de Viviers fait déjà référence aux travaux de la commission de révision du code⁷ et qu'elle constitue une des sources officielles du c. 1095, 3°. On pourrait citer une autre sentence c. Ewers (Bejan, De Jorio), *Lugdunen.* (Lyon), 22 juin 1968, engagée selon le motif de nullité *insania circa rem uxoriam*. Le turnus rotal réfute ces termes comme peu aptes et les remplace par *incapacité à assumer les obligations du mariage*⁸.

Ainsi, après le Concile, le motif de l'incapacité à assumer les obligations du mariage va se développer à travers la jurisprudence et entrera dans le code révisé. En parallèle la Rote insiste sur le droit à la communauté de vie et c'est parfois dans des sentences qui portent sur d'autres motifs de nullité que l'on trouve des réflexions autour de l'homosexualité. Je vous citerai la sentence c. Pinto, *Bogoten.*, 18 décembre 1979 précisant que le *ius ad vitae communionem*

« suppose chez celui qui se marie, au moment où il contracte mariage, la volonté personnelle d'instaurer une communauté *hétérosexuelle intime, exclusive et perpétuelle*, ordonnée à la perfection psychosexuelle mutuelle [*ad mutuum psychosexualem perfectionem ordinatum* !]. »⁹

³ in *DSRR*, 59, 1976, p. 798-807.

⁴ *ibid.*, p. 803, n.10.

⁵ Selon les termes du c. 1081 § 2 du *codex iuris canonici* de 1917.

⁶ *op. cit.*, p. 804, n.10

⁷ *ibid.*, il cite le P. Huizing qui parle de l'inexistence de l'objet du contrat.

⁸ in *DSRR*, 60, 1978, p. 476-485, ici p. 477, n. 1 et p. 485, n. 20 « per illa verba parum apta expressi ». La partie dispositive sera formulée ainsi : ...« *ob incapacitatem eiusdem tradendi sponsae ius in proprium corpus perpetuum et exclusivum in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem. Quod iuris nomen Patres tribuunt nullitatis capiti in hac tertia instantia allato verbis “insania in re uxoria” atque legitime admissio* ». *ibid.*, n. 21, italiques dans le texte.

⁹ in *DSRR*, 71, 1988, p. 586-601, ici p. 589-590, n. 7, d'abord parue in *Monitor ecclesiasticus*, 105, 1980, p. 375-388. La traduction est citée en suivant Jacques VERNAY, « L'homosexualité dans la jurisprudence rotale », in Jean SCHLICK, Marie ZIMMERMANN, *L'homosexuel(le) dans les sociétés civiles et religieuses*, Strasbourg, Cerdic Publications, 1985, 166 p., p. 25-40, ici p. 35 où il se réfère au *Recueil canonique d'Arras* JU/348, les italiques ne sont pas dans le texte des *DSRR*.

Une autre sentence, c. Pinto, *Mexicana*, 20 avril 1979, ne portant pas directement sur l'homosexualité, cite le cas d'un bisexuel qui se marie mais qui ne peut assumer de relations hétérosexuelles¹⁰. Cette sentence renvoie à la sentence c. Parisella, *Parisien.*, 11 mai 1978 qui traite d'une personne bisexuelle et de l'incapacité de donner le droit aux actes de soi aptes à la procréation¹¹. La sentence c. Pinto, *Mexicana*, cite elle aussi les travaux de la commission de révision du code précisant que la communion de vie, propre au mariage, ne doit pas être confondue avec la cohabitation¹².

La sentence la plus récente selon les volumes accessibles de la collection officielle provient d'Argentine où elle a connu deux réponses négatives. Il s'agit de la sentence c. Faltin, *Bonaëren.* (ex-diocèse du pape François), 11 octobre 2000¹³. Après une réintroduction de la cause à Rome, la Rote part du motif d'incapacité à assumer les obligations du mariage et conclut à la nullité du mariage parce que Monsieur a de sérieux problèmes d'identité sexuelle qualifiés de comportement psychopathique avec tendances homosexuelles. La seconde sentence rotale sur cette cause a été prononcée le 4 juin 2004 mais n'est pas encore disponible. Il sera sûrement intéressant de voir si elle a partagé l'avis de ce turnus rotal et si le vocabulaire a quelque peu évolué.

Après ce bref regard sur la jurisprudence rotale, je voudrais pour conclure insister sur deux choses. D'abord il faut relever que les sentences rotales qui déclarent nul un mariage concernant une personne homosexuelle, se basent aujourd'hui sur le c. 1095, 3° du code de droit canonique de 1983 et imposent, sauf exception, un *vetitum* ou interdiction de se remarier sans avoir consulté soit le tribunal de la Rote soit l'Ordinaire du lieu. Cette position se trouve depuis 2005 renforcée par l'instruction du Conseil pontifical pour les textes législatifs, *Dignitas connubii*, à l'art. 251 § 1, qui demande que cette mesure soit aussi appliquée dans les tribunaux locaux¹⁴.

¹⁰ c. Pinto, *Mexicana*, 20 avril 1979, in *DSRR*, 71, 1988, p. 189-202, en particulier p. 191, n. 4 b).

¹¹ c. Parisella, *Parisien.*, 11 mai 1978, in *DSRR*, 70, 1988, p. 288-295; p. 294, n. 24 l'expert parle de bisexuel avec un comportement psychopathologique de type homosexuel.

¹² c. Pinto, *op. cit.*, p. 193, n. 7. *Communicationes*, 3, 1971, p. 76 : « *communio vitae, coniugii propria, non confundenda est cum cohabitatione* ».

¹³ in *DSRR*, 92, 2007, p. 588-595.

¹⁴ L'art. 251 § 1 dit : « Si on découvre au cours du procès qu'une partie souffre d'impuissance absolue ou est incapable de se marier d'une incapacité permanente, on doit apposer à la sentence l'interdiction qui empêche de contracter un nouveau mariage sans consulter le même tribunal qui rend la sentence. », texte disponible en ligne sur le site du Saint-Siège, consulté le 9 septembre 2013 :

Ensuite, face à l'importante problématique du langage utilisé dans le traitement des dossiers dans les tribunaux ecclésiastiques¹⁵, question qui ne me semble toujours pas bien comprise, je voudrais rappeler que suite à des discussions parfois houleuses aux *Journées internationales de jurisprudence canonique* qui se sont tenues du 28 au 30 mars 1985 à Strasbourg, un consensus s'était dégagé pour proposer d'éliminer la terminologie dépréciative *incapacitas/incapax* du texte des sentences canoniques. La formulation suivante avait été préconisée : « Le tribunal constate qu'en raison de l'orientation sexuelle des partenaires, leur mariage n'est pas un mariage tel que le conçoit l'Église catholique romaine »¹⁶. Il devient urgent d'y réfléchir à nouveau et de l'intégrer. C'est en effet une formule de ce genre qu'il faudrait utiliser si l'on se trouvait obligé de refuser l'accès au sacrement¹⁷ du mariage à deux personnes du même sexe ! Sinon les risques sont grands de se retrouver devant des juridictions ecclésiastiques et surtout civiles.

Conseil de lecture

Voici deux articles de synthèse en langue française, classés par ordre d'importance :

- VERNAY Jacques, « L'homosexualité dans la jurisprudence rotale », in Jean SCHLICK, Marie ZIMMERMANN, *L'homosexuel(le) dans les sociétés civiles et religieuses*, Strasbourg, Cerdic Publications, 1985, 166 p., ici p. 25-40.

- GRELON Jean, « Le traitement de l'homosexualité dans les sentences du tribunal de la Rote », in *L'année canonique*, 50, 2008 [2010], p. 291-315.

http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/intrptxt/documents/rc_pc_intrptxt_doc_20050125_dignitas-connubii_fr.html.

¹⁵ Il peut être utile de lire l'article d'Engelbert FRANK, « Langage et droit canonique. Pour un changement du langage des officialités », in *PJR-Praxis juridique et religion*, 6, 1989, p. 119-140.

¹⁶ Jean SCHLICK, Marie ZIMMERMANN, *L'homosexuel(le)...*, *op. cit.*, p. 166.

¹⁷ Les prêtres qui procéderaient à un mariage de personnes de même sexe risquent d'avoir des ennuis avec la hiérarchie. Les médias allemands parlent d'un cas de suspense, par le très controversé Mgr Franz-Peter Tebartz-van Elst, d'un prêtre qui a béni une union gay au diocèse de Limburg en août 2008 ; voir p. ex. <http://www.freizeitfreunde.de/tipp/der-limburger-bischof-franz-peter-tebartz-van-elst-mr-peinlich-477174> consulté le 2 juillet 2013.