

# COUSIN, COUSINE : LE JUGE ET L'ÉVÊQUE

## Enquête dans le droit romain et la patristique

Voilà plusieurs décennies déjà que les historiens du droit du Bas-Empire romain s'intéressent aux écrits laissés par les Pères de l'Église ; leur but n'est pas de moderniser l'exercice antique de l'hagiographie mais de construire une connaissance nouvelle : la « sociologie historique » du droit, expression que nous empruntons à Jean Gaudemet, l'un de ses plus illustres représentants<sup>1</sup>. Il s'agit de comprendre les logiques d'une société éloignée de nous dans le temps, de cerner avec le plus d'exactitude possible ce qui a permis les permanences ou provoqué les ruptures dans les modes de vie des hommes. Or le Bas-Empire est un passionnant champ d'investigation ; en effet, à cette époque, le monde païen antique est confronté au christianisme, une nouvelle façon d'appréhender l'existence. Depuis qu'avec Constantin la christianisation de l'Empire s'est accélérée, deux lois, parfois concurrentes, vont s'imposer à l'homme dans sa vie quotidienne : la loi de l'Empereur et la Loi de Dieu.

L'historien contemporain interroge donc les sermons et les traités des grands prédicateurs de l'Antiquité tardive et cherche la réponse officielle de l'Église sur tel ou tel point particulier de droit : peut-on, par exemple, épouser une femme barbare ? Peut-on laisser ses biens à un enfant illégitime ? Autant de questions concrètes auxquelles un Père de l'Église répond dans un ouvrage ou dans ses discours, pieusement sténographiés par ses secrétaires. On trouve également des réponses dans la correspondance laissée par ces grands hommes de la Chrétienté ; le ton y est plus familier, et parfois très sévère car l'homme de Dieu tient à remettre un ami dans le droit chemin. Ces lettres sont une source très abondante de ces *realia* dont est friand l'historien tentant de comprendre une société éteinte depuis longtemps. Là com-

---

(1) La construction de cette « sociologie historique » est l'objectif que s'est donné, par exemple, l'Accademia Romanistica Costantiniana dont les actes sont régulièrement publiés par l'Universit. degli studi di Perugia.

mence le vrai travail d'enquête : les recommandations, les interdictions données par l'homme d'Église dans ses écrits sont comparées à la législation de l'époque. À ce stade, l'historien du droit note les similitudes et mesure les écarts entre la loi de l'Empire et la loi de l'Église. Reste ensuite le plus difficile à faire : interpréter les résultats. On plonge alors parfois dans des abîmes de perplexité...

C'est là, résumée à grands traits, la démarche de l'historien du droit du Bas-Empire. Poussant aujourd'hui plus loin les plaisirs de la spéculation intellectuelle, nous allons même nous risquer à un exercice extrême : commenter une loi qui n'existe pas ! Il manque en effet une loi dans l'immense catalogue de la législation de l'Empire romain. C'est regrettable, mais c'est ainsi. Vous aurez beau la chercher, vous ne la trouverez pas. Ni dans la vénérable édition du *Codex Theodosianus* de Mommsen et Krüger, ni ailleurs. Cette loi a tout bonnement disparu. Mais après tout, nous répondra-t-on, qu'y a-t-il là de si étonnant ? Il a coulé tant d'eau sous les ponts de Rome depuis que, au V<sup>e</sup> siècle de l'ère chrétienne, l'empereur Théodose II fit rassembler dans un codex l'ensemble des lois qui devaient régir l'Orient et l'Occident. Une de ces lois aura échappé à la vigilance des scribes ou a été plus tard victime des hasards de la transmission...

Or cette loi a très certainement existé. On ignore quand elle a été rédigée, on ne connaît pas son contenu exact mais on sait qu'elle aurait été voulue par l'empereur Théodose I<sup>er</sup>, le grand-père du Théodose II qui fit rédiger le *Codex Theodosianus* ; on sait également qu'elle aurait interdit, pour la première fois dans l'histoire de l'Empire romain, le mariage entre parents au quatrième degré, c'est-à-dire entre cousins germains<sup>1</sup>. Mais pour qui, pourquoi prohiber soudain ces unions ? Quel est l'enjeu de cet interdit d'inceste<sup>2</sup> ?

Heureusement, cette loi n'a pas disparu sans laisser de traces. Le *Codex Theodosianus* présente d'autres lois sur les interdits d'inceste, et notamment la législation postérieure à la loi disparue. Il y a d'autre part des témoins : les contemporains ont fait des allusions à cette loi dans leurs écrits ; ils se sont mariés et l'on peut aujourd'hui encore reconstituer des arbres généalogiques où les cousins ont épousé leurs

(1) Le premier degré de parenté est celui des parents, le deuxième celui des grands-parents, le troisième celui des oncles et tantes. Précisons également que cette union n'est pas interdite par la loi française aujourd'hui.

(2) Dans un article des *Annales* (n° 1 - 1996), intitulé « Anthropologie et histoire », B. Vernier explique crûment que les interdits sont selon lui « des armes utilisées par ceux qui appartiennent à tel ou tel groupe, sexe, ordre de naissance, ou position générationnelle, pour légitimer en les fondant en nature les privilèges qu'ils doivent à leur place dans les rapports sociaux » (p. 197).

cousines. C'est à ce travail d'enquête que nous vous proposons de participer<sup>1</sup>.

### LA LOI PERDUE A RÉELLEMENT EXISTÉ

#### *Un témoin capital : l'évêque Ambroise de Milan*

Comme nous l'avons dit plus haut, la loi de Théodose I<sup>er</sup> interdisant les unions entre cousins ne figure dans aucun des Codes qui nous sont parvenus. Son existence ne peut qu'être déduite d'autres textes, et le plus ancien dans l'ordre chronologique est une lettre d'un évêque important, Ambroise<sup>2</sup>, adressée à un de ses amis, Paterne : *Nam Theodosius imperator etiam patruelles fratres et consobrinos vetuit inter se coniugii convenire nomine...*<sup>3</sup>

Cette phrase d'Ambroise non seulement nous indique le contenu de l'interdiction, mais encore peut nous permettre une datation approximative. En effet, selon l'historien J.R. Palanque, Ambroise écrit à Paterne au début de 393<sup>4</sup>. La loi (appelée aussi « constitution ») de Théodose I<sup>er</sup> lui est donc logiquement antérieure<sup>5</sup>.

Si nous évoquons Paterne et la correspondance qu'Ambroise entretenait avec lui, il nous faut mentionner une certaine Paterna qui apparaît dans une lettre qu'Ambroise adresse à un autre de ses correspondants, le dénommé Syagrius, au sujet de la vierge Indicie<sup>6</sup>. Ambroise l'appelle *filiam nostram* et fait d'elle une caution pour Indicie qui la fréquente assidûment, tant ses vertus sont remarquables. Le nom de Paterna semble par ailleurs la rattacher au Paterne de l'*Epistula* LVIII. Toutes ces informations nous montrent que cette Paterna appartient au cercle des

(1) Travail mené dans le cadre d'une thèse de doctorat en Histoire du Droit, *La Liberté individuelle dans le droit de la famille d'après l'œuvre d'Ambroise de Milan* (Université de Paris II Panthéon-Assas), Éditions du Septentrion, 1999.

(2) Né en 339, il fut évêque de Milan de 373 jusqu'à sa mort en 397.

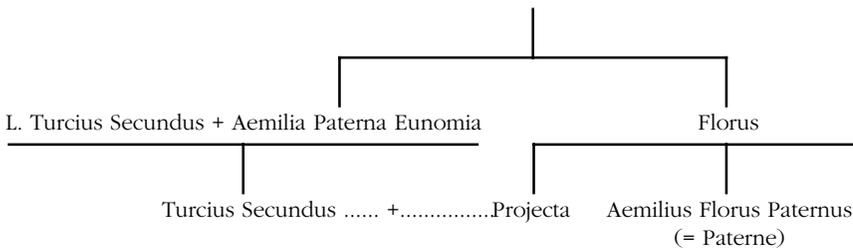
(3) « En effet l'empereur Théodose interdit aussi aux cousins germains par le père et par la mère de s'unir en mariage... », *Epist.* LVIII, 8

(4) J.R. Palanque, *Saint Ambroise et l'empire romain*, Paris, E. De Boccard, p. 546. Notons que la datation proposée par J.R. Palanque repose sur le fait que Paterne était loin de Milan au moment où il correspond avec Ambroise et qu'il parle de son évêque qualifié de « saint homme » par Ambroise. Ces deux points suggèrent l'époque du proconsulat de Paterne en Afrique, attesté en mars 393, Aurèle étant évêque de Carthage. J.R. Palanque n'utilise pas l'allusion à la constitution de Théodose. Or nous verrons plus loin que cette constitution est nécessairement antérieure à 396, date de sa modification, ce qui vient consolider l'hypothèse de J.R. Palanque. Ainsi la loi et la lettre se datent-elles l'une par l'autre.

(5) M. Sargenti et R.B. Siola relèvent que la constitution d'Arcadius et Honorius de 396 (CTH 3, 12, 3) qui traite du même sujet évoque une loi « dudum latam » qui a de fortes chances d'être notre loi de Théodose. Elle est donc récente (*dudum*) en 396 ; ce qui peut très bien correspondre avec la date de 393 (M. Sargenti et R.B. Bruno Siola, *Normativa imperiale e diritto romano negli scritti di S. Ambrogio*, Milan, Giuffrè, 1991, p. 109).

(6) *Epist.* LVI, 22. Indicie est une vierge consacrée accusée d'infanticide et dont Ambroise a défendu fermement la réputation.

relations d'Ambroise et qu'elle est une chrétienne fervente. Or la seule Paterna recensée au IV<sup>e</sup> siècle, dans la *Prosopography of later Roman Empire* est Aemilia Paterna Eunomia, dont on suppose qu'elle fut la tante de Paterne<sup>1</sup>. Cette Aemilia Paterna Eunomia a épousé L. Turcius Secundus<sup>2</sup>. Leur fils pourrait être Turcius Secundus dont le nom est associé sur un coffret d'argent à celui d'une dénommée Proiecta<sup>3</sup>. Une épitaphe de 383 composée par Damase nous apprend la mort à seize ans d'une Proiecta, fille de Florus, alors qu'elle venait juste de se marier<sup>4</sup>. Or le Paterne de la lettre d'Ambroise est lui aussi un enfant de Florus. Si les deux Proiecta n'en font qu'une, on déduira alors que la sœur de Paterne, Proiecta, a épousé son cousin Turcius Secundus, fils de sa tante paternelle Aemilia Paterna Eunomia.



Les personnages cités sont tous chrétiens, ils fréquentent le pape Damase ou l'évêque Ambroise, et pourtant ils n'ont pas hésité à unir deux cousins germains, et ce sans doute en 383, année de la mort de la jeune mariée, soit environ une dizaine d'années avant la loi supposée de Théodose.

Ainsi les écrits d'Ambroise nous révèlent l'interdiction proférée par Théodose alors que, dans son proche entourage et dans les années qui ont juste précédé la constitution de Théodose, l'étude des généalogies prouve l'existence de pratiques matrimoniales tout à fait contraires à la loi, fidèles en revanche aux habitudes de l'époque classique<sup>5</sup>. Il y a là un paradoxe qu'il nous faudra éclaircir.

### *Des indices de la loi perdue dans le Code Théodosien*

Mais l'existence de notre constitution fantôme est attestée par d'autres sources. Il s'agit tout d'abord du Code Théodosien. Deux lois

(1) *PLRE* t. I, p. 297

(2) *PLRE* t. I, p. 817

(3) *PLRE* t. I, p. 750

(4) E. Diehl, *Inscriptiones latinae christianae veteres*, n° 3446

(5) G. Franciosi, *Clan gentilizio e strutture monogamiche, Contributo alla storia della famiglia romana. Corso di diritto romano II*, Naples, Casa editrice Jovene, 1976, p. 53.

semblent y témoigner de l'existence de la constitution de Théodose sur les unions entre cousins.

CTh 3, 12, 3 de 396 :

La première est de 396. Émise à Constantinople, elle vaut pour la partie orientale de l'Empire. Cette longue constitution ne traite pas que des unions entre cousins; elle s'intéresse à tous les mariages incestueux (*incestae nuptiae*) dont elle rappelle la liste : *Manente circa eos sententia, qui post latam dudum legem quoquomodo absoluti sunt aut puniti, si quis incestis postbac consobrinae suae vel sororis aut fratris filiae uxorisve eius postremo, cuius vetitum damnatumque coniugium est, sese nubitiis funestavit, designato quidem lege supplicio, hoc est ignium et proscriptionis, careat, proprias etiam, quamdiu vixerit, teneat facultates : sed neque uxorem neque filios ex ea editos habere credatur, nihil prorsus praedictis ne per interpositam quidem personam vel donet superstes vel mortuus derelinquat. Dos, si qua forte solemniter aut data aut promissa fuerit, iuxta ius antiquum fisci nostri commodis cedat*<sup>1</sup>. Suivent plusieurs précisions concernant la transmission des biens des époux incestueux.

Cette constitution met sur le même plan le mariage avec la cousine, le mariage avec la nièce et le mariage avec la femme du frère. Les deux derniers mariages sont déjà interdits à l'époque<sup>2</sup> et cette loi n'apporte aucune nouveauté sur la question<sup>3</sup>. En revanche, l'interdiction du mariage avec la cousine, qui a existé à une époque ancienne<sup>4</sup>, n'apparaissait plus depuis longtemps dans la législation. C'est ce que nous rappelle une citation d'Ulpien relevée par la *Collatio Mosaicarum et Romanarum Legum*, dans le chapitre *De incestis nuptiis* : *Inter cognatos autem ex transverso gradu olim quidem usque ad quartum gradum matrimonia contrahi non poterant*<sup>5</sup>. Ulpien écrit au début du III<sup>e</sup> siècle et déjà pour lui l'interdiction remonte à un lointain passé (*olim*).

(1) \* À leur sujet, la décision demeure: pour ceux qui, après la loi récente, ont été absous ou punis de quelque façon, si quelqu'un s'est souillé par des noces incestueuses après cela avec sa cousine, ou avec la fille de sa sœur ou de son frère ou de son épouse, mariage qui a été interdit et condamné, que lui soit épargné le supplice prévu par la loi, c'est-à-dire celui du feu ou de la proscription, et qu'il conserve même ses biens aussi longtemps qu'il vit: mais qu'il ne pense pas avoir une épouse ou des enfants nés d'elle légitimes, et qu'il ne donne rien de son vivant aux personnes désignées ci-dessus, par personnes interposées, ni ne leur laisse quelque chose à sa mort. Quant à la dot, s'il y a eu une dot donnée ou promise solennellement, qu'elle tombe selon l'antique droit à l'avantage de notre fisc. \*

(2) Voir le tableau récapitulatif sur les interdits d'inceste à Rome à la fin du présent article.

(3) Interdiction du mariage avec la nièce : CTh 3, 12, 1 de 342; interdiction du mariage avec la belle-sœur : CTh 3, 12, 2 de 355.

(4) À la fin de l'époque républicaine le mariage entre cousins germains est possible comme l'attestent plusieurs auteurs : Cicéron, Tacite, Plutarque; cf J. Fleury, *Recherches historiques sur les empêchements de parenté*, p. 47 ; J. Gaudemet, « Droit romain et principes canoniques en matière de mariage au Bas-Empire », *Studi in memoria Emilio Albertario*, II, Milan, Giuffrè, 1953, p. 191.

(5) \* Entre cognats de rang transversal les mariages ne pouvaient être contractés autrefois même jusqu'au quatrième degré » *Mosaicarum et Romanarum legum collatio* VI, « De incestis nuptiis », 2, 2.

La loi récente – notre loi de Théodose ? – à laquelle il est fait allusion doit avoir, selon les termes de la constitution de 396, premièrement rappelé les interdits anciens sur les unions incestueuses, deuxièmement formulé un interdit nouveau au sujet du mariage entre cousins, ce qui correspond aux propos tenus par Ambroise.

CTh 3, 10, 1 de 409 :

Autre loi du Code Théodosien qui nous prouve l'existence d'une constitution de Théodose: la loi d'Honorius du 23 janvier 409 (CTh 3, 10, 1). L'empereur légifère là sur les autorisations de mariages obtenues par rescrit. Après des sanctions contre ceux qui abusent l'Empereur par des déclarations inexactes – en prétendant faussement avoir obtenu le consentement de la jeune fille –, on aborde la question des rescrits concernant les unions entre cousins. Ils ne sont pas comptés dans la liste des demandes de rescrits désormais interdites : *exceptis his, quos consobrinorum, hoc est quarti gradus, coniunctionem lex triumphalis memoriae patris nostri exemplo indultorum supplicare non vetavit*<sup>1</sup>. La phrase indique clairement que Théodose I<sup>er</sup>, père d'Honorius, avait prévu la possibilité pour les cousins souhaitant se marier de demander une dispense à l'Empereur, ce qui signifie que sous son règne de telles unions sont en principe interdites. Nous retrouvons bien là encore la trace manifeste de la constitution de Théodose citée par Ambroise.

#### *Autres témoins*

Le témoignage de Symmaque :

Dans l'édition des *Epistulae* de Symmaque, un contemporain d'Ambroise, dans les *Monumenta Germaniae Historica* de Seeck, la lettre IX, 133 n'est pas datée. L'éditeur indique seulement qu'elle est composée après 384 ; elle ne peut d'autre part pas avoir été composée après 402, année probable de la mort de Symmaque<sup>2</sup>. Les auteurs de la *PLRE* proposent la date de 401<sup>3</sup>. Nous serions donc huit ans avant la loi d'Honorius applicable en Occident.

Voici ce que Symmaque écrit : *Nam frater eius Proserius cum premeretur extremis et praesentem me et per epistulam summis precibus obsecravit, ut impetrata sacri auctoritate rescripti filia eius fratris sui filio copuletur*<sup>4</sup>. De cette phrase il ressort qu'il faut un rescrit pour épou-

(1) \* Excepté ceux à qui la loi de notre père de mémoire triomphale n'a pas interdit de demander par supplique une union entre cousins, c'est-à-dire au quatrième degré, sur le modèle des dispenses. \*

(2) *PLRE* t. I, p. 868.

(3) *PLRE* t. I, p. 751.

(4) \* En effet son frère Proserius, alors qu'il était aux dernières extrémités, m'adressa les plus grandes supplications directement, et par lettre, afin que, après avoir obtenu l'autorité sacrée d'un rescrit, la fille de ce frère fût unie à son fils \* Symmaque, *Epistulae* IX, 133.

ser sa cousine. Aucune loi connue, à part la loi de 409 que nous ne pouvons retenir car elle est en dehors des limites chronologiques établies ci-dessus, ne mentionne cela ; c'est donc qu'une loi antérieure à 401 édicte le principe de l'interdiction du mariage entre cousins et prévoit des dispenses par rescrit. Très vraisemblablement la loi de Théodose I<sup>er</sup>.

Le témoignage d'Augustin :

Autre texte que l'on peut invoquer pour prouver l'existence de la loi de Théodose : un extrait de *La Cité de Dieu*. *Experti autem sumus in conubiis consobrinarum etiam nostris temporibus propter gradum propinquitatis fraterno gradui proximum quam raro per mores fiebat, quod fieri per leges licebat, quia id nec divina prohibuit et nondum prohibuerat lex humana. Verum tamen factum etiam licitum propter vicinitatem horrebatur inliciti et, quod fiebat cum consobrina, paene cum sorore fieri videbatur*<sup>1</sup>. Qu'est-ce à dire, sinon qu'au temps d'Augustin, une loi avait été promulguée qui interdisait les mariages entre cousins germains<sup>2</sup> ? L'expression *nondum prohibuerat lex humana* avec son plus-que-parfait oblige à supposer une première époque, rejetée dans le passé, où le mariage entre cousins était possible aux yeux de la loi, et une deuxième époque, postérieure à celle-ci mais elle-même déjà dans le passé, où la loi a interdit cette union. Cette analyse correspond tout à fait aux données recueillies ci-dessus : quand Augustin écrit ce livre XV, c'est-à-dire aux environs de 420<sup>3</sup>, le temps où les mariages entre cousins étaient possibles date déjà d'une génération, ce qui justifie le plus-que-parfait ; la loi de Théodose vers 393 a prohibé ces mariages et la loi d'Honorius de 409, valable pour l'Afrique où réside Augustin, a confirmé l'interdiction en rappelant la possibilité d'obtenir des dispenses auprès de l'Empereur par rescrit.

L'*Épitomè de Caesaribus* :

Enfin, la suite du *Caesares* d'Aurelius Victor, résumée dans un *épitomè*, mentionne elle aussi la décision de Théodose d'interdire le mariage des cousins : *tantum pudori tribuens et continentiae, ut consobrinarum nuptias vetuerit tamquam sororum*<sup>4</sup>. Remarquons que l'auteur voit dans cette mesure la manifestation du zèle impérial pour la vertu ; le *tamquam... ut* donne même l'impression que le zèle de

(1) • Nous avons constaté que même de nos jours, dans les mariages entre cousins, en raison du degré de parenté proche de celui de frères, la coutume laisse rarement faire ce que les lois autorisent. Et de fait, ni la loi divine ne les a interdits, ni la loi humaine ne les avait encore prohibés. Pourtant, en raison du voisinage d'un acte défendu, l'acte permis lui-même inspirait de l'horreur ; ce qui se faisait avec la cousine semblait pour ainsi dire se faire avec une sœur » *La Cité de Dieu* XV, 16, 93.

(2) G. Bardy, notes à l'édition du *De civitate Dei*, Desclée de Brouwer, 1960, Livre XV, p. 701.

(3) P. de Labriolle, introduction à *La Cité de Dieu*, Paris, Garnier, 1957, p. V.

(4) • Attribuant tant d'importance à la pudeur et à la continence qu'il interdit le mariage avec les cousines considérées comme des sœurs » *Épitomè de Caesaribus*, 48, 28-30.

Théodose est plus grand que celui des autres hommes et que l'empereur impose aux gens ordinaires la pratique d'une vertu supérieure, difficile pour les simples mortels. Il est donc à peu près certain que Théodose a légiféré sur les mariages entre cousins. Mais quel était le contenu exact de sa constitution ?

Nous allons tenter de le comprendre en cherchant à préciser la portée de sa loi puis la nature des sanctions imposées aux contrevenants.

### LE CONTENU DE LA CONSTITUTION DE THÉODOSE

#### *Qui sont les cousins ?*

La première obligation qui nous incombe est déjà de définir ce qu'est un cousin.

En effet la langue latine dispose de plusieurs termes pour évoquer précisément le cousinage en définissant le lien exact de parenté. Du côté paternel, les enfants de l'oncle sont appelés *fratres* ou *sorores patruelles* ; ceux de la tante *amitini*, *amitinae*. Du côté maternel, enfants de l'oncle ou de la tante se nomment tous *consobrini*, *consobrinnae*.

Quels sont les cousins désignés par la loi de Théodose ? Ambroise dans sa lettre à Paterne mentionne une interdiction valable aussi bien pour les *patruelles fratres*<sup>1</sup> que pour les *consobrini*. Ce sont donc tous les cousins germains qui sont concernés. Y. Thomas, dans son étude sur les mariages endogamiques à Rome, pose l'hypothèse qu'à l'origine « l'inceste ne joue pas entre parents par les femmes. Seul le lien agnatique produit des parents interdits<sup>2</sup>. » Dans notre cas de figure, seuls les *fratres et sorores* (non mariées, sinon elles ne font plus partie des agnats) *patruelles* seraient alors concernés. Mais le même auteur constate dans l'histoire du droit romain une rupture : la prohibition de l'inceste est étendue aux parents du côté maternel, en corrélation avec l'extension progressive de leur droit de succession<sup>3</sup>. Au Bas-Empire, l'amalgame entre toutes les catégories de cousins est faite depuis longtemps et c'est le terme de *consobrini* qui est employé avec une valeur indistincte. Gaius, au milieu du II<sup>e</sup> siècle, expliquait déjà que *consobrini* désigne les *consobrinos*, les *patruelles* et les *amitinos*<sup>4</sup>.

(1) Ambroise ne parle pas des *patruelles sorores* mais ce silence n'a sans doute pas de sens particulier, ces cousines étant vraisemblablement incluses dans le terme générique de *fratres*.

(2) Y. Thomas, « Mariages endogamiques à Rome. Patrimoine, pouvoir et parenté depuis l'époque archaïque », *RHD*, 1980, n° 58, p. 363.

(3) *Idem*, p. 370.

(4) Gaius, D. 38, 10, 1, 6 ; cf. « Soror » dans le *Dictionnaire étymologique de la langue latine* d'Ernout-Meillet ; Y. Thomas, *op. cit.*, p. 368.

Et de fait, ce sont les mots *consobrinae*<sup>1</sup> et *consobrinorum* que nous trouvons dans les lois de 396 et 409. C'est sans doute par un scrupule tout juridique de précision qu'Ambroise a écrit dans sa lettre l'expression *patruales fratres* alors que le terme général de *consobrinus* aurait suffi.

### *Les sanctions*

Quelles sont les sanctions prévues contre les contrevenants ?

Dans une étude parue en 1933, l'historien J. Fleury, s'appuie sur la lettre d'Ambroise à Paterne pour affirmer que les cousins qui se marient encourent une *severissimam poenam* et la loi de 396 lui permet de préciser que la peine prévue est *ignium et proscriptio*<sup>2</sup>. De quoi décourager les candidats à l'inceste...

Par ailleurs, nous comprenons d'après la lettre d'Ambroise que le proconsul Paterne consulte son ami évêque sur l'opportunité d'une union entre son fils et la fille de sa fille, c'est-à-dire entre un oncle et sa nièce. Comment un membre de la haute administration peut-il se poser pareille question ? Ignore-t-il qu'il y a là inceste accompagné d'un châtiment terrible<sup>3</sup> ? Ambroise, opposé à ce mariage, lui rappelle l'interdiction frappant les unions entre cousins, qui sont pourtant éloignés d'un degré supplémentaire dans le comput de la parenté.

Comment concilier d'une part la peine du feu et de la proscription prévue par la loi, et d'autre part l'attitude d'un Romain qui, par ses fonctions, connaît nécessairement la loi et semble pourtant vouloir l'ignorer ? C'est ce paradoxe que nous allons tenter d'éclaircir.

On pourrait évacuer sans peine la question en répondant que la législation du Bas-Empire se caractérise par une inflation de châtiments de plus en plus sévères et sanguinaires, par une multiplication de lois ayant le même objet, preuves de l'impuissance coercitive des empereurs. Les châtiments peuvent bien être terribles par écrit, ils ne sont dans les faits pas appliqués, ou du moins de façon aléatoire. On remarque d'autre part que les châtiments extrêmes prévus tout d'abord sont souvent adoucis par les empereurs suivants. La loi de 396 qui ne prévoit comme sanction que l'illégitimité du mariage viendrait ainsi adoucir les peines prévues par Théodose, manifestement peu ou pas

(1) L'*Interpretatio* de la loi de 396 emploie l'expression *tertiu gradus consobrinam* qui ne nous semble pas pouvoir être traduite par « cousine du 3<sup>e</sup> degré », ce qui n'aurait pas de sens d'après le comput romain tel qu'il est établi dans D. 38, 10, 10, 9-10 (cf Y. Thomas, « À Rome, pères citoyens et cité des pères », *Histoire de la famille*, Paris, Armand Colin, 1986, p. 203) mais par « cousine issue d'une personne du 3<sup>e</sup> degré », c'est-à-dire la fille d'un oncle ou d'une tante.

(2) J. Fleury, *Recherches historiques sur les empêchements de parenté dans le mariage canonique des origines aux Fausses Décrétales*, Paris, Sirey, 1933, p. 67.

(3) La peine de mort ; CTh 3, 12, 1 de 342.

du tout appliquées, comme le démontrerait l'attitude de Paterne. L'impuissance de l'empereur à faire appliquer ses lois serait l'explication de notre paradoxe. Mais cette réponse ne nous convient pas totalement. En effet, le mariage de son fils n'est pas pour Paterne un acte appartenant totalement à la sphère privée. Dans la position qu'il occupe, l'union qu'il prépare pour ses descendants aurait obligatoirement un minimum de publicité. Le proconsul ne peut se permettre d'enfreindre aux yeux de tous un principe (l'empêchement de mariage à partir du quatrième degré) contenu dans la loi que l'Empereur vient tout récemment de promulguer.

*Essai de reconstitution de la loi de Théodose sur les cousins*

Une autre explication doit alors être trouvée. Posons l'hypothèse suivante : Paterne peut imaginer un mariage entre son fils et sa petite-fille d'une part précisément parce qu'il connaît le droit classique qui a autorisé (et jusqu'en 342) un tel mariage, et d'autre part parce que la loi de 342 pourrait bien avoir connu une modification ultérieure selon laquelle de telles unions sont certes prohibées mais peuvent se conclure malgré tout si on obtient une dispense de l'empereur. Paterne est sans doute assez bien placé pour obtenir une telle dispense.

Mais quelle serait cette loi qui ne figure pas dans les Codes ? Ne serait-elle pas précisément la constitution de Théodose qui a disparu ? Dans la loi de 396, le mariage de l'oncle avec sa nièce et le mariage entre cousins figurent côte à côte, dans le développement qui concerne la *latam dudum legem* ; la logique du texte invite à les associer. Un troisième type d'union est d'ailleurs aussi mentionné dans la même construction syntaxique ; c'est le mariage avec la femme du frère. Nous imaginerons donc que la loi de Théodose :

1 - rappelle l'interdiction de mariage entre oncle et nièce comme en 342 ;

2 - rappelle l'interdiction de mariage entre un homme et la femme de son frère comme en 355 ;

3 - interdit le mariage entre cousins ;

4 - déclare de telles unions illégitimes, avec les conséquences que cela entraîne dans le domaine successoral ;

5 - prévoit la possibilité de dispenses : pour le mariage entre oncle et nièce comme le prouverait le cas de Paterne<sup>1</sup>, pour le mariage entre cousins comme le démontre la loi de 409 sur les suppliques.

---

(1) C'est la solution de notre Code civil actuel dont l'article 163 interdit les mariages entre oncle et nièce, entre tante et neveu mais précise qu'il est loisible au Président de la République de lever, pour des causes graves, la prohibition.

Les points 4 et 5 correspondraient à l'expression de 396 : *post latam dudum legem quoquomodo absoluti aut puniti*. Comment en effet comprendre ce mot *absoluti* appliqué aux délits des lois de 342 et 355, alors que ces lois ne prévoient que des châtiments et aucune exception ? Il faut bien admettre que les auteurs des délits en question aient pu bénéficier de l'absolution impériale même si nous n'avons aucune trace dans les Codes de décisions de ce genre.

Cette hypothèse peut-elle être confirmée ? Étudions le système des sanctions et voyons si nous pouvons en dégager une logique à l'appui de notre hypothèse. La « reconstitution » que nous venons de tenter se heurte à une objection de taille : si les unions incestueuses ne sont sanctionnées que par l'illégitimité, que faire de ces mots de la loi de 396, *designato quidem lege supplicio, hoc est ignium et proscriptionis* qui semblent pourtant bien renvoyer à la loi de Théodose ?

Notre première réponse sera que le feu et la proscription ne punissent pas obligatoirement les mariages entre cousins puisqu'ils ne s'appliquent déjà pas à un autre mariage de la liste, celui de l'homme avec sa belle-sœur, sanctionné depuis 355 simplement par l'illégitimité. La loi de 355 prouve qu'au moins un mariage de la série incestueuse de 396 n'est pas concerné par le *designato supplicio*. Rien n'interdit de penser qu'il en est de même pour un deuxième mariage de la liste, celui des cousins.

La deuxième réponse s'appuiera sur une lecture plus attentive du texte de la lettre d'Ambroise : *Nam Theodosius imperator etiam patruel-les fratres et consobrinos vetuit inter se coniugii convenire nomine et severissimam poenam statuit, si quis temerare ausus esset fratrum pia pignora*. La première partie de la phrase évoque sans conteste l'interdiction des mariages entre cousins promulguée par Théodose. Mais la deuxième partie de cette phrase semble parler de tout autre chose. Ambroise emploie le terme *temerare*, attesté au sens de « violer » ; il ne s'agit plus d'un mariage avec l'accord des deux parties, voire organisé par un aïeul avec le consentement de toute la famille, prévoyant peut-être une dot<sup>1</sup>, mais d'un acte de violence. D'autre part cette action est portée non pas contre un *consobrinus* mais contre les *fratrum pia pignora* dans lesquels il nous semble que l'on doive voir les neveux ou nièces. La constitution de Théodose, après les dispositions concernant les mariages incestueux que nous venons d'évoquer, aurait prévu un

---

(1) Dans l'extrait de la loi de 396 (CTh 3, 12, 3) que nous avons citée plus haut le mot *dos* apparaît en effet, prouvant que les mariages incestueux envisagés n'ont pas semblé monstrueux aux familles, qu'il ne s'agissait pas de relations honteuses, mais bien d'un mariage que l'on pensait avoir fait en bonne et due forme, selon les règles habituelles, tous les consentements nécessaires étant réunis.

autre volet à propos des violences commises au sein de la famille sur un neveu ou une nièce.

Dans le droit classique, la sanction prévue contre ceux qui abusent des enfants ou des femmes est la peine de mort et la déportation. N'en retrouverions-nous pas un écho dans le châtement mentionné dans la loi de 396 ? La *severissimam poenam* évoquée par Ambroise, attribuée par J. Fleury aux mariages entre cousins, serait en fait la sanction tout à fait classique des violences contre enfants et femmes, mais dans la sphère plus limitée de la famille, envers neveux et nièces. Ces dispositions nous rappellent la loi de 342<sup>1</sup> évoquant un *amplexum non ut patruus aut avunculus*<sup>2</sup> ; le législateur certes punit là un mariage « officiel » organisé sans doute par la famille mais il insiste aussi étrangement sur un geste démontrant l'ambiguïté des relations, les rapports mal définis à l'intérieur de la famille. Ce sont autant les gestes « déplacés » de l'oncle qui sont dénoncés que le mariage entre l'oncle et la nièce.

Si nous tentons de résumer le contenu de la constitution disparue de Théodose, nous dirions que le mariage entre cousins est interdit mais n'est pas puni de la peine du feu et de la proscription. La sanction serait simplement le caractère illégitime du mariage, cette sanction pouvant d'ailleurs être évitée par l'obtention d'une dispense auprès de l'empereur. De telles dispenses ne semblent pas difficiles à obtenir<sup>3</sup> et paraissent naturelles aux yeux des contemporains<sup>4</sup>. Enfin, le châtement du feu et de la proscription viendrait punir un autre délit touchant aux liens de parenté : les violences contre les neveux ou nièces. L'expression *designato supplicio* que nous trouvons dans la loi de 396 ferait alors référence non pas à la sanction des mariages incestueux accomplis avec les consentements des parties, mais à celle des abus commis envers neveux et nièces et pourquoi pas si on pense que le même châtement est prévu pour les trois cas à la fois, envers la cousine et la femme du frère. La loi de Théodose aurait puni davantage le défaut de consente-

(1) CTh 3, 12, 1.

(2) Le mot *amplexum* renvoie au *ius osculi* de l'époque classique : l'homme a le droit d'embrasser la femme qu'il n'a pas le droit d'épouser et dont il doit protéger la chasteté. M. Bettini, dans son article « Il divieto fino al 'sesto grado' incluso nel matrimonio romano » (in *Parenté et stratégies familiales dans l'antiquité romaine*, EFR, 1990, pp. 43 s.), montre la permanence du respect de ce principe, de Suétone (*Vie de Claude*, 26) à Ambroise : *Quid tam sollemne quam osculum interavunculum et nepotem, quod iste quasi filiae debet, haec quasi parenti ? Epist. LVIII* (Maur. 60 7 (« Qu'y a-t-il d'aussi innocent que le baiser de l'oncle et de la nièce, celui-là le donnant comme à sa fille, celle-ci comme à son père ? »)).

(3) *Quod multis esse concessum manifesta testantur exempla* (« Des exemples manifestes prouvent que cela a été accordé à beaucoup de gens ») Symmaque, *Epistulae* IX, 133.

(4) Symmaque qualifie de *pium desiderium* la volonté d'un mourant de voir son fils épouser une cousine germaine.

ment chez l'une des parties que le consentement incestueux des deux parties...

Cette conclusion appelle une dernière remarque : le châtiment de la déportation est prévu dans la loi de 409 sur les suppliques pour celui qui a menti à propos du consentement de la jeune femme qu'il a épousée. C'est dans la même loi qu'Honorius évoque la possibilité de dispenses prévues déjà par son père. Cette constitution d'Honorius peut sembler *a priori* faire un inventaire un peu disparate des mariages obtenus par rescrit ; elle pourrait en fait n'avoir que repris deux questions abordées par la loi de Théodose, questions liées l'une à l'autre: le problème du consentement et celui de l'union entre membres de la même famille.

Nous voilà parvenus à la fin de notre enquête : après investigations, nous avons pu proposer une reconstitution de la loi qui avait disparu. Le résultat n'est pas certain, mais il est vraisemblable. La lecture de célèbres représentants de la patristique latine, comme Augustin ou Ambroise, l'étude de la généalogie de familles de haut rang, comme celles d'un Symmaque ou d'un Paterne, nous auront permis d'éclairer un point de droit et d'histoire. Pour que cette enquête soit véritablement conduite jusqu'à son terme, il faudrait maintenant interpréter le résultat obtenu. Pourquoi un empereur de la fin du IV<sup>e</sup> siècle après J.C. a-t-il soudain voulu interdire une union qui ne semblait avoir choqué personne jusque-là ? Nous avons ailleurs<sup>1</sup> tenté d'apporter des éléments de réponse qui tous indiquent qu'Ambroise, figure capitale pour l'histoire de l'Église au IV<sup>e</sup> siècle, et Théodose I<sup>er</sup>, dit « le Grand », ont eu chacun un intérêt stratégique évident à interdire de telles unions. La prohibition du mariage entre cousins a eu en effet une conséquence politique sans doute surprenante, mais peut-être aussi calculée: écarter tout projet d'union entre le jeune empereur d'Occident Valentinien II<sup>2</sup> et l'une de ses cousines maternelles ou paternelles. Pour l'évêque catholique, il s'agissait de contrecarrer la possible influence d'une épouse élevée dans l'hérésie arienne, à l'instar de la propre mère de Valentinien. Pour l'empereur Théodose, il fallait éviter que la famille des Valentiniens ne se renforce par une telle union au moment où lui-même cherchait à établir sa propre dynastie. Une fois prononcée, l'interdiction du mariage entre cousins va être reprise par différents conciles du

(1) D. Martinetti-Lhuillier, *op. cit.*, pp. 120 sq.

(2) Un dossier de *Science et Vie Junior* (*Hors série*, n° 42, octobre 2000) attribue cavalièrement au pauvre Valentinien II le cruel qualificatif de « fin de race »...

VI<sup>e</sup> siècle et l'Église imposera au nom de Dieu et de la loi naturelle ce que l'empereur avait ordonné à ses sujets à la fin du IV<sup>e</sup> siècle<sup>1</sup> au nom peut-être du seul et unique intérêt de la dynastie théodosienne.

Dominique Martinetti-Lhuillier

---

(1) C. Castello, « Osservazioni sui divieti di matrimonio fra parenti ed affini - Raffronto fra concili della chiesa e diritto romano », *Rendiconti. Istituto Lombardo*, 1939, pp. 330-331 : concile d'Agde de 511-517, concile d'Orléans de 540, concile de 541...

Tableau récapitulatif de la législation sur l'inceste

Date	Références	Contenu	Sanction prévue	Parallèles littéraires
295	<i>Mosaicarum Romanarum Legum VI, De incestis nuptiis, IV, 5</i>	Interdiction par Dioclétien du mariage avec la nièce (fille de la sœur)	Union considérée comme un <i>nefarium scelus</i> . Les coupables sont châtiés avec une <i>digna seueritate</i> .	
342	CTh 3, 12, 1	Interdiction du mariage avec la nièce (fille de la sœur ou du frère). NB : constitution adressée <i>ad prouinciales foenices</i> .	Peine de mort.	
355	CTh 3, 12, 2	Interdiction du mariage avec la femme du frère, ou avec la sœur de la précédente épouse (après décès de l'épouse ou divorce).	Illégitimité du mariage (les enfants nés de cette union sont illégitimes).	
393 ?		Une loi de Théodose dont le texte n'a pas été conservé.		Vers 393 : Ambroise évoque une loi de Théodose interdisant le mariage entre cousins ( <i>Ep. LVIII, 2</i> ). NB : dans la même lettre, il condamne un projet de mariage entre un oncle et sa nièce (fille de la sœur).
396	CTh 3, 12, 3	Mariages déclarés incestueux : - avec la cousine - avec la fille du frère ou de la sœur - avec la femme du frère.	Suppression des peines précédemment appliquées (feu et proscription), mais le mariage est nul (enfants illégitimes) et la dot est acquise au fisc.	Vers 401 : une lettre de Symmaque ( <i>Ep. IX, 133</i> ) atteste que le mariage entre cousins est possible par rescrit.
409	CTh 3, 10, 1	Honorius rappelle la possibilité accordée par son père ( <i>i.e.</i> Théodose I <sup>er</sup> ) de demander un rescrit pour se marier entre cousins du 4 <sup>e</sup> degré.		Vers 420 : Augustin ( <i>La Cité de Dieu XV, 16, 93</i> ) situe dans le passé l'interdit du mariage entre cousins.