

Certi legum conditores
et la veuve vierge
(C.I. 5,5,8)

par Arrigo D. MANFREDINI
(Ferrare)

1. Il s'agit d'une loi du Code de Justinien (1), reprise sous le titre *de incestis et inutilibus nuptiis*. Elle est attribuée à l'empereur Zénon, datée de Constantinople en 475 et adressée au Préfet du Prétoire Epinicus (2).

1) C.I. 5,5,8 : *Imp. Zeno A. Epinico pp.*

Licet quidam Aegyptiorum idcirco mortuorum fratrum sibi coniuges matrimonio copulaverint, quod post illorum mortem mansisse virgines dicebantur, arbitrati scilicet, quod certis legum conditoribus placuit, cum corpore non convenerint, nuptias re non videri contractas, et huiusmodi conubia tunc temporis celebrata firmata sunt, tamen praesenti lege sancimus, si quae huiusmodi nuptiae contractae fuerint, earumque contractores et ex his progenitos antiquarum legum tenori subiacere nec ad exemplum Aegyptiorum de quibus superius dictum est, eas videri fuisse firmatas vel esse firmandas. D. k. Sept. Constantinopoli post consulatum Leonis iunioris. [a. 475].

2) Il semble que la date et le nom de l'empereur ne coïncident pas. A partir du 9 janvier environ de l'année 475, Zénon quitte Constantinople jusqu'en août 476, et l'usurpateur Basilisc est Auguste (MARTINDALE, *The Prosopography of the Later Roman Empire*, II, Cambridge 1980, p. 212 ss.; v. en général STEIN, *Histoire du Bas-Empire*, trad. française, I, Paris-Bruges 1959, p. 363 s.). De deux choses l'une : ou bien la constitution est de Zénon mais la date est erronée, ou bien, si cette dernière est supposée exacte, il faut attribuer la constitution à Basilisc. Le destinataire de la loi, indiqué dans

Voici la traduction de C.I. 5,5,8 :

"Bien que certains Égyptiens se soient mariés avec les épouses de leurs frères décédés (lesquelles - disait-on - étaient encore vierges), en se basant sur ce qui avait été agréé par certains législateurs, à savoir que l'on

l'inscriptio comme Epinicus PP., n'aide pas à résoudre le problème : celui-ci, en effet, qui est encore en fonction après le retour de Zénon, jusqu'en 478 (MARTINDALE, *The Prosopography*, II, cit., s.v. Epinicus, p. 397), pourrait avoir été nommé Préfet du Prétoire par Zénon avant le 9 janvier 475 (il est tout au moins arbitraire d'affirmer que cette charge lui a été attribuée par Basilisc en se basant seulement sur C.I. 5,5,8 - en ce sens SEECK, s.v. Epinikos, n. 9, in *RE* VI, 1, col. 185, qui renvoie à DE ROSSI, *Inscriptiones Christianae Urbis Romae*, I, Romae 1851-1861, n. 863); par conséquent, la constitution édictée par Zénon pourrait lui avoir été adressée entre le moment de son entrée en fonction (qui, nous l'avons déjà dit, n'est pas connue) et le début de janvier 475, lorsque Zénon quitte Constantinople, ou bien entre la fin du mois d'août 476 (retour de Zénon) et l'année 478, durant laquelle il apparaît qu'Epinicus est encore *PPO*, sinon *PUC* (MARTINDALE, *Prosopography*, II, cit., p. 397). S'il n'en est pas ainsi, la constitution pourrait effectivement avoir été édictée le 1^{er} septembre 476, comme la *subscriptio* le veut, mais par Basilisc, et non par Zénon (certains, en effet, soutiennent cette hypothèse : SEECK, s.v. Epinikos, cit., col. 185; BONINI, *Considerazioni in tema di impedimenti matrimoniali nel diritto postclassico e giustiniano*, in *Studi BIONDI*, I, Milano 1965, p. 498). Mais il existe un motif substantiel suivant lequel, d'après nous, il ne saurait être question d'une constitution de Basilisc, et qui impose de l'attribuer à Zénon, malgré l'incompatibilité de la date. La constitution suivante, C.I. 5,5,9, elle aussi attribuée à Zénon, reprend notamment l'interdiction du mariage avec la femme du frère et fait état d'autorisations de ces mariages accordées "*tyrannidis tempore*". La tyrannie en question, si l'on se réfère à une autre constitution de Zénon qui figure au C.I. 1,2,6, fait sans aucun doute allusion à la tyrannie de Basilisc (BONINI, *Considerazioni*, cit., p. 497 avec références). Donc, s'il est vrai que Basilisc (suivant la mise en parallèle de C.I. 5,5,9 et 1,2,6) a permis des mariages avec une belle-soeur, comment aurait-il pu, durant son bref règne, les avoir interdits de façon générale entre beaux-frères et belles-soeurs (ce que laisse supposer C.I. 5,5,8, si l'on attribue à Basilisc la paternité de cette loi) ? La tentative de minimiser cette incongruité ne nous convainc pas. C'est pourquoi nous penchons pour l'appartenance de C.I. 5,5,8 à Zénon, et ceci malgré la date.

considérait que le mariage n'avait pas eu lieu s'il n'y avait pas eu union corporelle; et ces mariages-là ont été déclarés valables; nous établissons cependant par la présente loi que ces noces, ceux qui les ont célébrées et leurs enfants, sont soumis aux anciennes lois, et que ces noces ne doivent pas être reconnues valables, ni dans le présent ni dans l'avenir, comme ce fut le cas pour les Égyptiens dont il est question ci-dessus".

Le problème qui se pose est celui du mariage entre beaux-frères et belles-soeurs et, de façon plus précise, du mariage d'un homme avec l'épouse de son frère décédé.

Zénon parle de l'*exemplum Aegyptiorum* suivant lequel ces mariages-là avaient pu être célébrés et avaient jusqu'alors été reconnus valides.

Ce en quoi consistait cet *exemplum* est dit clairement : certains Égyptiens avaient épousé la veuve de leur frère décédé, alors qu'elle était encore vierge; et grâce aux opinions de *certi legum conditores* (lesquels soutenaient que la consommation du mariage était un élément essentiel et que, si elle n'avait pas eu lieu, le mariage n'existait pas), de telles noces étaient déclarées valables.

L'*exemplum Aegyptiorum*, donc, encouragé par certains hommes de droit qui adhéraient à la doctrine matrimoniale évoquée ci-dessus, avait engendré la célébration d'une série de mariages avec une belle-soeur, mariages considérés comme valables, et l'usage s'en était répandu, semble-t-il, en dehors de l'Égypte.

En effet, Zénon édicte sa mesure d'invalidation à Constantinople, l'adresse au Préfet du Prétoire d'Orient (3), et vise expressément non pas les *quidam Aegyptiorum*, mais bien tous ceux qui avaient suivi leur exemple.

Cet *exemplum* non seulement s'était répandu, mais encore enraciné, puisque Justinien, plus de cinquante ans après la promulgation de la loi de Zénon, éprouve le besoin de la reposer dans son Code, confirmant ainsi l'actualité de cette loi.

2. Passons maintenant au point dont nous voulons discuter. Quelle est l'origine de cet *exemplum* égyptien, c'est-à-dire de la règle selon laquelle on pouvait épouser la veuve de son frère si celle-ci était vierge ?

S'agit-il d'une antique norme de droit vulgaire, clairement préexistante à l'arrivée des Romains, ou bien d'une règle coutumière de formation plus récente, issue des hésitations de la législation du Bas-Empire en matière de mariages entre beaux-frères et belles-soeurs ?

Dans la littérature, nous avons trouvé principalement deux opinions, dont nous voulons rendre compte car elles ne nous donnent pas satisfaction, et qui ont la même caractéristique, à savoir de faire remonter l'origine de la norme à des temps très reculés.

3) Voir plus haut, nt. 2.

La première opinion, ancienne (4), mais récemment reproposée par VOLTERRA (5) et KASER (6), suppose qu'il s'agit d'une discipline modelée sur le lévirat et introduite en Égypte suite à l'influence hébraïque. Mais étant donné que, comme on le sait (7), le lévirat consistait dans l'obligation de mariage avec la veuve du frère décédé sans enfants, les savants qui soutiennent cette thèse sont forcés d'expliquer la condition de la virginité de la femme (expressément mentionnée dans la constitution de Zénon) comme faisant simplement allusion à l'absence de progéniture.

Cela suffit, selon nous, à rendre cette interprétation peu convaincante.

Il y a, d'autre part, la théorie de SEIDL (8). Dans sa "Rechtsgeschichte" de l'Égypte en tant que province romaine, plus précisément dans la section consacrée à la survivance du droit égyptien dans la matière héréditaire, l'auteur n'hésite pas à considérer la règle en question comme vraisemblablement édictée par un roi égyptien, peut-être à l'époque préptolémaïque; elle aurait permis d'épouser la femme du frère décédé, pour autant qu'il n'y ait pas eu la *copula carnalis*.

4) CUIACIUS, *Notae in codicem Iustiniani, Opera ad Paris. Fabrot. ed. ... in tom. XIII distributa*, VIII, Prati 1839, col. 1484; GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, III, Lipsiae 1736-43, ad *C.Th.* 3,12,2, p. 339.

5) VOLTERRA, *Diritto di famiglia*, Bologna 1946, p. 97.

6) KASER, *Das römische Privatrecht*, II, München 1975², p. 166, nt. 38.

7) *Deut.* 25.

8) SEIDL, *Rechtsgeschichte Ägyptens als römischer Provinz*, Sankt Augustin 1973, p. 213 ss. Voir aussi MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht...*, Leipzig 1891, p. 223 ss., qui affirme que l'idée de la nullité du mariage non consommé était professée par les Égyptiens "gestützt auf ihr altes Landesrecht", et se liait vraisemblablement à l'ancien usage de l'*annus cohabitationis*.

Cette thèse nous semble, elle aussi, assez discutable, et encore moins convaincante est l'idée que la référence à *certi legum conditores* dans la constitution de Zénon renverrait à d'anciens législateurs égyptiens (9).

3. Tant la première que la deuxième opinion que nous venons d'exposer nous paraissent un peu abstraites, dans la mesure où le témoignage que nous transmet Zénon ne semble pas avoir été situé dans un cadre textuel suffisamment ample, ni dans le contexte thématique auquel il appartient : celui de l'histoire d'une interdiction *en droit romain*, et de façon plus précise, la prohibition des mariages entre beaux-frères et belles-sœurs.

Si l'on remédie à ceci, nous pensons qu'on peut acquérir, à propos de *l'exemplum Aegyptiorum*, une perspective d'histoire récente, quasi contemporaine de Zénon, et non pas celle d'un passé pluriséculaire comme le proposent les opinions que nous critiquons.

Revenons au texte de Zénon. *Quidam Aegyptiorum...*, quelques Égyptiens ont épousé les veuves vierges de leurs frères, *arbitrati scilicet quod...*, en se basant sur ce qui avait été agréé par certains hommes de droit (*certi legum conditores*), qui soutenaient que le mariage était inexistant en l'absence d'union corporelle; et des noces de ce genre ont été validées (*firmatae sunt*).

9) Voir aussi H.J. WOLFF, rec. à SEIDL, ZSS 91 (1974), p. 413, nt. 26.

Les *certi legum conditores* sont ceux qui, grâce à leur conception du mariage (10), ont favorisé l'*exemplum Aegyptiorum* et sa validation.

4. Nous attirons l'attention, à ce propos, sur la constitution suivante de Zénon (11), dans laquelle il est question de *rescripta, pragmaticae, constitutiones*, qui avaient permis à certaines personnes, durant la période de la tyrannie, d'imposer le nom de "mariage" à des unions qui, en réalité, étaient des *contubernia*, comme par exemple celle d'un homme avec la fille de son frère ou de sa soeur, ou encore avec la femme qui avait cohabité pendant un certain temps *iure nuptiali* avec le frère, c'est-à-dire exactement le cas qui nous intéresse ici.

Certaines personnes ont - de manière scélérate, selon Zénon - validé le mariage avec la femme d'un frère. Ces *quaedam personae* ne peuvent avoir été que des empereurs

10) L'idée que *nuptias non concubitus sed consensus facit* (D. 50,17,30) est également centrale durant la période postclassique (KASER, *op. cit.*, p. 169 ss.), mais quelques traces de l'opinion contraire, tout du moins pour la période précédente, sont soulignées par CUIACIUS, *ad C.I.* 5,5, *Opera*, IX, *cit.*, col. 669.

11) C.I. 5,5,9 : *Zeno A. Sebastiano pp.*

Ab incestis nuptiis universi qui nostro reguntur imperio noverint temperandum. Nam rescripta quoque omnia vel pragmaticas formas aut constitutiones impias, quae quibusdam personis tyrannidis tempore permiserunt scelesto contubernio matrimonii nomen imponere, ut fratris filiam vel sororis et eam, quae cum fratre quondam nuptiali iure habitaverat, uxorem legitimam turpissimo consortio liceret amplecti, aut ut alia huiusmodi committerentur, viribus carere decernimus, ne dissimulatione culpabili nefanda licentia roboretur. [a. 476-484].

romains légitimes ou usurpateurs, ou de hauts fonctionnaires habilités à promulguer des lois.

L'allusion à Basilisc ne fait aucun doute (12), et lui et son entourage ont sûrement agi de cette façon.

Mais il se peut aussi que d'autres avant lui, et probablement même d'autres après Zénon, aient autorisé et validé des mariages entre beaux-frères et belles-soeurs, comme le prouve un passage, très amusant, du Livre syro-romain (13), dont l'archétype grec remonte vraisemblablement au V^{ème} siècle.

Le paragraphe 108 nous apprend la prohibition du mariage entre beaux-frères et belles-soeurs, et le fait qu'elle a été introduite pour empêcher qu'une intrigue clandestine entre eux ne conduise à l'assassinat du conjoint importun, qui constituait un obstacle à l'union convoitée! Mais le paragraphe s'achève par la remarque que si, *in media re* (c'est-à-dire dans la liaison évoquée), il n'y a ni dol ni malice, l'homme peut adresser une demande à l'empereur et épouser, avec l'autorisation de ce dernier, celle qui avait été la femme de son frère.

Dans ce cadre, il nous semble impossible de ne pas identifier les *certi legum conditores* qui auraient donné crédit à l'*exemplum Aegyptiorum*, avec des personnages déterminés du temps de la tyrannie qui auraient autorisé et validé des mariages

12) Cfr *supra*, nt. 2.

13) *Liber syro-romanus*, 108 (FIRA, II, p. 791), trad. latine : *Quod si non est dolus neque malitia in media re, eiusmodi est recta via agendi : proferet vir petitionem regi et praecepto eius sumet vir uxorem quae fuit antea fratris eius; ita rursus permissu sumet uxorem sororem uxoris suae et per illam σάκραν heredes fient filii eorum patrimonii eorum.*

scélérats, comme les unions célébrées entre beaux-frères et belles-soeurs.

Il s'agit sûrement d'hommes de droit, romains, inconnus, appartenant à un passé récent. S'il en est ainsi, il devient impossible de soutenir que les *certi legum conditores* (qui avalisèrent l'*exemplum Aegyptiorum*) aient été des rois préptolémaïques.

Et ceci est, sans aucun doute, une donnée qui joue en faveur de notre idée selon laquelle l'*exemplum Aegyptiorum* (à savoir, nous le répétons, la règle permettant d'épouser la femme d'un frère décédé quand elle se déclarait encore vierge) est une disposition d'origine coutumière de date récente, née probablement à l'époque romaine impériale tardive, qui fut favorisée par la faiblesse de la législation sur l'interdiction des mariages entre beaux-frères et belles-soeurs, et par les hésitations mêmes de l'enseignement chrétien.

5. Le mariage entre beaux-frères et belles-soeurs, parfaitement toléré durant les périodes préclassiques et classiques (14), a été déclaré illicite par les empereurs chrétiens sous l'influence de la pensée patristique et des décisions des conciles, dont la plus ancienne remonte, semble-t-il, au concile d'Elvira, aux environs de l'année 306 (15).

Mais même au sein de l'Église, la tradition oscillante et parfois permissive de l'Ancien Testament conservait une grande

14) YARON, *Duabus sororibus coniunctio*, in *RIDA* 10 (1963), p. 132.

15) YARON, *op. cit.*, p. 133.

valeur. Comme tout le monde le sait, on y trouve quelques exemples concrets de liaisons entre beaux-frères et belles-soeurs. De plus, si la Loi interdisait en principe le mariage avec la femme du frère (16), en même temps, comme nous l'avons déjà vu (17), ce genre d'union était recommandé lorsqu'il n'y avait pas eu d'enfants (lévirat). Enfin, le mariage avec la soeur de la femme était prohibé, mais seulement si cette dernière était encore en vie (18); par conséquent, si le mariage était dissous par la mort de la femme, on pouvait épouser sa soeur.

Et justement à propos de ce cas, une polémique acerbe s'est instaurée entre l'évêque Diodore de Syrie, qui admettait le remariage avec la soeur de la femme quand celle-ci était décédée, et Saint Basile qui lui, au contraire, devait développer, dans son épître 160, quatre arguments contre ce type de mariage (19).

A partir de points de référence idéologiques aussi incertains, on comprend que le législateur impérial ne soit intervenu qu'assez tardivement et qu'il ait eu tendance à se répéter et à se raviser.

La loi la plus ancienne émane de Constance : elle fut publiée à Rome en 355 et nous est conservée dans le C.Th. 3,12,2 (20) :

16) *Lev.* 20,21.

17) Cfr. *supra* p. 213.

18) *Lev.* 18,18.

19) Basil., *ep.* 160 (MIGNE, *PG* 32, col. 622 ss.).

20) C.Th. 3,12,2 : *Impp. Constant(ius) et Constans AA. et Iulianus C. ad Volusianum P(raefectum) P(raetori)o.*

Etsi licitum veteres crediderunt nubtiis fratris solutis ducere fratris uxorem, licitum etiam post mortem mulieris aut divortium contrahere cum eiusdem sorore coniugium, abstineant huiusmodi nuptiis universi nec aestiment posse legitimos liberos ex hoc consortio procreari : nam spurios esse convenit qui nascentur.

+ CTh 3, 12, 2 : *Jeune castrab!*

Bien que, pour les *veteres*, il fût possible d'épouser le frère du mari ou la soeur de la femme lorsque le premier mariage avait été dissous par la mort ou le divorce, dorénavant ces unions sont prohibées, et les enfants qui en naîtraient seront tenus pour illégitimes. C'est précisément l'année 355, au cours de laquelle fut interdit - tout au moins en Occident - le mariage entre beaux-frères et belles-soeurs, qui peut être considérée comme le *terminus post quem* de l'*exemplum Aegyptiorum* et des *legum conditores* qui le soutenaient.

Vient ensuite une loi de Théodose I^{er}, datée de 393, qui figure dans le C.I. 5,5,5 (21) : elle confirme la volonté d'abolir la permission d'épouser la soeur de la femme ou le frère du mari, malgré la dissolution du mariage antérieur par la mort ou le divorce; la mesure s'inscrivait dans le courant de la pensée de l'Église, qui était en faveur d'une défense absolue.

En 396, une loi d'Arcadius, rapportée dans le C.Th. 3,12,3 (22), rappelle une nouvelle fois la prohibition du remariage avec la femme du frère, et fait allusion à l'abandon d'une répression criminelle, par ailleurs inconnue, et à son remplacement par des

21) C.I. 5,5,5 : *Theodosius A. Cynegio pp.*

Fratris uxorem ducendi vel duabus sororibus coniungendi penitus licentiam submovemus, nec dissoluto quocumque modo coniugio.

22) C.Th. 3,12,3 (= C.I. 5,5,6) : *Imp. Arcad(ius) et Honor(ius) AA. Eutychno P(raefecto) P(raetori)ο.*

Manente circa eos sententia, qui post latam dudum legem quoquomodo absoluti sunt aut puniti, si quis incestis posthac consobrinae suae vel sororis aut fratris filiae uxorisve eius postremo, cuius vetitum damnatumque coniugium est, sese nubitiis funestarit, 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...

sanctions civiles : nullité du mariage, caractère illégitime des enfants, perte de la dot, incapacités successorales de différents types.

Théodose II traite lui aussi la question, dans une constitution de 415 promulguée à Constantinople (23) : il proclame incestueux le mariage avec le frère du mari ou la soeur de la femme, même s'il est conclu après la mort du conjoint.

Cet intérêt répété pour le problème démontre que de telles unions continuaient à être célébrées et à produire leurs effets.

Finalement, viennent les deux constitutions de Zénon déjà étudiées, où l'empereur confirme clairement la survivance, en dépit de toutes les interdictions impériales, de mariages entre beaux-frères et belles-soeurs, ou bien de cas particuliers de ce genre d'unions, grâce à l'*exemplum Aegyptiorum* et en vertu d'une véritable législation de validité et d'autorisation, dont nous avons parlé ci-dessus.

Cela se vérifie non seulement en Orient, zone de provenance de la majorité des lois que nous venons d'évoquer, mais aussi en Occident, s'il est exact qu'Honorius a épousé deux soeurs, les filles de Stilicon, l'une après la mort de l'autre (24).

23) C.Th. 3,12,4 : *Impp. Honor(ius) et Theod(osius) AA. Aureliano P(raefecto) P(raetori)o II.*

Tamquam incestum commiserit, habeatur, qui post prioris coniugis amissionem sororem eius in matrimonium proprium crediderit sortiendam; pari ac simili ratione etiam, si qua post interitum mariti in germani eius nubtias crediderit adspirandum : illo sine dubio insecuturo, quod ex hoc contubernio nec filii legitimi habebuntur nec in sacris patris erunt nec paternam ut sui suscipient hereditatem.

24) SBECK, s.v. Honorius, *RE* VIII, 2, col. 2283.

Et pour en revenir à l'*exemplum Aegyptiorum* : l'origine de celui-ci se place beaucoup mieux dans le cadre que nous venons d'esquisser (celui de la genèse et de l'application hésitante, dans l'empire romain chrétien, de la prohibition des unions entre beaux-frères et belles-soeurs) que dans l'âge préptolémaïque, comme le soutiennent certains savants.

A quoi pouvait servir, dans ce temps-là, une règle permettant d'épouser la veuve du frère prédécédé, si elle était encore vierge, puisque l'endogamie était en vigueur (25) et qu'il existait aussi des mariages entre frères et soeurs (26) (la belle-soeur étant tenue pour une soeur, au moins selon une opinion tardive (27), et le beau-frère pour un frère) ?

A l'époque romano-chrétienne, au contraire, l'*exemplum* avait sa raison d'être, comme moyen pour contourner la prohibition des mariages entre beaux-frères et belles-soeurs, prohibition répandue dans tout l'empire et que certains milieux prétendaient appliquer radicalement.

Le climat culturel dont provient la condition même de la virginité "*redolet ecclesia*".

Pour conclure, nous nous trouvons en face d'un usage, l'*exemplum Aegyptiorum*, né dans la province d'Égypte au temps

25) WEISS, *Endogamie und Exogamie im römischen Kaiserreich*, in ZSS 29 (1908), p. 340 ss.

26) Récemment MODRZEJEWSKI, *Die Geschwisterehe in der hellenistischen Praxis und nach römischen Recht*, in ZSS 81 (1964), p. 52 ss.; HOPKINS, *Brother-Sister Marriage in Roman Egypt*, in CSSH 20 (1980), p. 303 ss.

27) Basil., ep. 160, 4 (MIGNE, PG 32, col. 627).

des empereurs chrétiens, mais qui, du moins d'après Zénon, aurait franchi ces frontières.

Un cas de plus, mais récent, de comparaison, de contraste entre "Volksrecht" et "Reichsrecht".