



Mariage et droit sur le corps d'autrui

Marta Madero

► To cite this version:

Marta Madero. Mariage et droit sur le corps d'autrui : Origines médiévales et fragments contemporains. Perspectives (Réseau français des instituts d'études avancées), 2012, 7, pp.6-7. halshs-00749893

HAL Id: halshs-00749893

<https://shs.hal.science/halshs-00749893>

Submitted on 8 Nov 2012

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.

MARIAGE ET DROIT SUR LE CORPS D'AUTRUI. ORIGINES

Marta Madero | résidente au Collegium de Lyon

Historienne, Marta Madero est professeur à la Universidad Nacional de General Sarmiento en Argentine. Ses premières recherches ont été consacrées à l'injure dans la Castille médiévale. Ses travaux ont alors porté sur les dispositifs juridiques et intellectuels qui, dans le droit castillan et le ius comune, ont défini tant les règles de l'exercice de la justice (modalités des preuves, validation des témoignages, compétences du juge) que la résolution de certaines questions classiques héritées du droit romain et liées soit à la propriété des choses soit à la capacité ou incapacité des corps.

Le thème du mariage fait partie de ceux à propos desquels l'historien a le sentiment que tout a été dit, et de fait il est extrêmement difficile de maîtriser une bibliographie qui semble quasi infinie. Mon point de départ n'est pas le mariage en tant que tel. C'est par le biais d'un aspect marginal, celui de la preuve de l'impuissance dans le droit médiéval, que j'ai abordé cette institution majeure, et c'est bien dans ses limites, c'est-à-dire dans les limites instituées de ce qui fait l'objet du consentement dans la tradition canonique occidentale – le droit au corps du conjoint en vue de procréer – que j'entends rester. En travaillant sur l'impuissance et les moyens d'en faire preuve je me suis aperçue que, bien que des travaux remarquables aient traité du droit marital en perspective historique¹, les constructions casuistiques² qui avaient pour objet l'union sexuelle pensée en termes juridiques étaient en général passées sous silence ; qu'elles gênaient même parfois ceux qui en parlaient³, car il ne faut pas oublier que cette casuistique formule sur le plan juridique le mystère de deux corps devenus une seule chair⁴, signe de l'Incarnation. Or, c'est dans ces constructions solidement argumentées que s'élabore une technique qui met en place, avec la « condescendance divine⁵ », les règles des accouplements destinées à sauver l'humanité du péché, même si, pour ce faire, il a fallu payer le prix de la transformation du corps et des rapports corporels en pur objet de droit. L'objet de ma recherche n'est donc pas le péché et la pénitence, les pratiques permises ou réprouvées, les savoirs érotiques que l'on opposerait à juste titre aux ascètes, mais bien la constitution d'un droit sur le corps du conjoint, droit égalitaire, il faut le rappeler, dans la mesure où la misogynie qui étaient la leur n'empêche pas les canonistes et les théologiens du Moyen Âge de formuler des lois qui s'appliquent aussi bien aux hommes qu'aux femmes.

Les étapes de formation de la doctrine en matière matrimoniale sont bien connues et nous ne ferons ici que rappeler en quelques lignes le contexte dans lequel les questions se posent. À partir du XI^e siècle, l'Église affirme son monopole juridictionnel sur les questions concernant le mariage et produit une vaste réflexion doctrinale. Deux textes majeurs voient le jour vers le milieu du XII^e siècle, le *Décret* de Gratien (c.1140) dans le domaine du droit canonique,



Married Hands, Ingram Collection

et les *Sentences* de Pierre Lombard (1158-1160) dans celui de la théologie. Ces textes seront identifiés à deux positions qui s'affrontent sur la question du mariage et en particulier sur la formation du lien matrimonial. Le *Décret* faisait de la consommation charnelle la clé de la formation du lien ; les *Sentences*, au contraire, proposaient que l'échange des consentements rendit le sacrement parfait. S'il est convenu d'accepter que les débats des décrétistes sur cette question ont pris fin avec les décrétales du pape Alexandre III († 1181) qui signent le triomphe de la théorie consensuelle, le mariage ne donne pas moins un droit au corps du conjoint, dans la mesure où il constitue l'objet même du consentement.

À partir du XII^e siècle, la canonistique pense le mariage comme l'aliénation du propre corps – au sens strictement juridique de l'expression. Cette aliénation se construit par le biais de règles telles que celles qui régissent la naissance du droit au corps par la possession ou le consentement, la prescription en rapport avec l'adultère, l'éventuelle renaissance ou continuité latente de la servitude corporelle, la sélection des corps idoines et l'exclusion des impuissants selon la définition des rapports sexuels suffisants. Ce droit se forme au moment de l'émergence de ce qui sera le *ius commune* européen, fait de la confluence du droit romain et du droit canonique, qui se produit

au XII^e siècle, et l'essentiel de ces règles est fermement installé vers le milieu du XIII^e siècle.

Comme tout objet saisi par le droit, le *ius in corpus* exige des définitions, des procédures précises, et la lecture des sources conduit à mes yeux à poser une série de questions essentielles : peut-on dire qu'il s'agit d'un droit exercé sur une chose et, dans ce cas, la « chose » est-elle le corps ou les parties du corps destinées à cette union qui impliquent la possession continue – ou la propriété – de cette chose corporelle ? Ou bien s'agit-il de la possession d'un incorporel, c'est-à-dire celle d'un droit et non de la chose elle-même, d'une servitude que ce corps porte, servitude d'une chose sur une autre, comme l'on dit qu'un fonds détient sur un autre une servitude de passage, ou d'accès à l'eau, ou qu'une maison a le droit d'insérer des poutres dans celle du voisin ? Ou bien est-on face à des servitudes personnelles, à savoir celles qu'exerce une personne sur la chose d'autrui, dont les formes courantes sont l'usufruit et l'usage ? Ou bien encore, doit-on concevoir que le *debitum* n'est pas défini comme un droit réel, mais comme une obligation qui permet d'exiger du débiteur une prestation de faire ou ne pas faire ? Une première remarque s'impose, si le droit romain marquait une distinction claire entre droits réels et obligations, le droit canonique multiplie au contraire les mélanges et l'extension des

droits sur les choses aux situations les plus diverses, rendant « réels » un nombre croissant de rapports de pouvoir⁶.

NAISSANCE DE LA SERVITUDE

Dans la seconde moitié du XII^e siècle se développe autour d'un certain nombre de canons du *Décret* de Gratien une discussion sur la nature du premier coït dans la formation de la servitude : est-il gratuit, ou bien n'est-on pas obligé de l'accomplir une fois le consentement donné ? Ce débat est tout autre que celui qui oppose théorie coïtale et théorie consensuelle, car il ne s'agit pas de savoir lequel des deux éléments – l'échange des consentements ou l'union des corps – rend le sacrement parfait, mais d'établir ce qui fait naître le droit au corps du conjoint. La question est liée à la possibilité offerte au conjoint qui refuse d'offrir son corps au rapport charnel de choisir le cloître après avoir donné son consentement. Au début du XIII^e siècle, la nature obligatoire du premier coït finit par dominer le débat, mais pendant la seconde moitié du XII^e siècle, c'est au contraire la thèse de la gratuité du premier coït comme acte de naissance de la servitude qui domine la réflexion : « Le premier coït est une faveur et non un devoir : la mutuelle servitude ne naît que d'un acte, celui qui fait que les époux deviennent une seule chair », dit Simon de Bisignano dans son commentaire au *Décret* (1177-1179). Le vocabulaire

des décrétistes s'oriente ainsi vers la constitution d'une servitude, c'est-à-dire d'une chose en elle-même incorporelle, même si cela est contradictoire avec la tradition romaine, qui veut que l'on ne puisse pas constituer une servitude avec un acte unique.

PRESCRIPTION PAR MANQUE D'USAGE ?

La servitude sur le corps du conjoint peut-elle prescrire par manque d'usage, par pure absence physique ? Dans une glose au *Décret*, Laurent d'Espagne (c.1218) dit que la possession dont il s'agit entre mari et femme est la possession civile, donc celle que l'on détient par l'esprit, par la volonté, et non pas celle, dite naturelle, qui demande la factualité de l'emprise par corps. Cependant, si l'on peut retenir la possession des choses corporelles par la seule volonté, il n'en va pas de même pour les choses incorporelles, donc pour les servitudes, qui ne sont retenues que par l'usage. Or, il est impossible que l'exercice d'une servitude ne soit pas interrompue – on ne transite pas constamment un droit de passage, on ne puise pas constamment l'eau –, et de ce fait, on ne peut pas non plus appliquer l'argument de la prescription par manque d'usage. Mais Laurent cite le *Digeste* 8.2.6 dont voici le contenu : pour perdre une servitude urbaine, le manque d'usage ne suffit pas, un fait entraînant la prescription est requis, en l'espèce, si les poutres d'une maison doivent une servitude à celle du voisin et que l'on retire ces poutres, celui qui détient la servitude perd son droit si l'autre propriétaire bouche le trou dont le premier avait extrait la poutre et que cela demeure ainsi pour un temps suffisant. Si, au contraire, on ne bouche pas ce trou, le droit à la servitude est préservé. De cette référence, dit Laurent, on doit tirer la conclusion que la simple prescription par discontinuité d'usage n'est pas valable ; il faut bien un fait concret, celui de boucher le trou laissé par la poutre manquante. Ainsi, du fait que mari et femme « se dégagent de l'exigence de s'acquitter de leur devoir sous prétexte de continence », il ne s'ensuit pas une interruption de la servitude du corps.

PRESCRIPTION PAR ADULTÈRE ET RENAISSANCE OU LATENCE DE LA SERVITUDE

En s'appuyant sur l'exception mathéenne (*Matthieu* 19,9),

MÉDIÉVALES ET FRAGMENTS CONTEMPORAINS

le droit canonique déclare que l'adultère est la seule raison qui permet de dénouer la servitude mutuelle. L'époux coupable y perd son droit. Mais, la servitude perdue peut-elle renaître – ou continue-elle à exister – et dans quelles conditions ? Que se passe-t-il si le conjoint innocent devient à son tour coupable ? La décrétale *Tua fraternitatis*⁷ déclare que si les deux conjoints sont adultères, on ne doit pas les séparer « quant au lit ». L'argument donné par la décrétale d'Innocent III est que les crimes comparables s'effacent mutuellement. La glose ordinaire au *Liber Extra* signale cependant qu'il y a eu des doutes à propos de cette règle et que l'on doit se demander si elle est valable face à une sentence de séparation prononcée par un juge. Bernard de Parme, auteur de la glose, rappelle que certains canonistes et non des moindres soutenaient qu'une sentence ne pouvait être annulée par un délit postérieur, et disait que la servitude éteinte ne pouvait renaître, en donnant comme argument le *Digeste* 46.3.98.8. Ce fragment de la compilation justinienne que l'on cite à plusieurs reprises pour indiquer l'impossibilité de faire renaître une obligation éteinte de par sa nature même, nous renvoie à une distinction fort intéressante entre obligations suspendues et éteintes. Si j'ai promis l'esclave d'autrui, et que – sans mon intervention – le propriétaire le libère, mon droit à l'obligation est éteint, si par la suite il devient à nouveau esclave, mon droit ne resurgit pas, car on considère qu'il n'est pas le même esclave, objet de la stipulation. Mais si au lieu d'être libéré, l'esclave était capturé par l'ennemi, l'obligation est suspendue et dès son retour, par le *postliminium*⁸ il pouvait être demandé. De même, si j'ai promis un bateau et que le propriétaire le démonte mais avec l'intention de le refaire, l'obligation demeure car il s'agit du même bateau. Si par contre le navire était démonté avec l'intention d'utiliser les planches pour fabriquer autre chose, et si on change d'avis et qu'on le remonte à l'identique, il s'agirait d'un autre navire et l'obligation ne serait pas suspendue mais annulée. Curieux passage dans lequel la *specificatio* – la transformation d'un matériau en une chose spécifique différente – est le résultat de la seule volonté, tout à fait indépendant du résultat matériel. Les arguments *contra* seront la continuité de certaines servitudes telles que la poutre enchâssée, ainsi que celui des servitudes de passage que l'on peut perdre si le terrain était inondé, mais que l'on récupérerait si l'eau se retirait avant

la prescription, car elle renaîtrait alors intacte, sans qu'il fut besoin de la renouveler. Si les décrétales citées et la glose de Bernard de Parme optent pour la modification de la sentence et la renaissance de la servitude par le crime, la question de savoir si elle est susceptible de disparaître entièrement ou si elle couve sous la cendre est un enjeu majeur. La résurrection de Lazare servira d'exemple dans cette réflexion sur la continuité de servitudes et migrera ensuite vers le thème de l'impuissance. Qu'en est-il de l'époux qui, son mariage rendu nul en raison de son incapacité à parfaire le sens du sacrement par l'union charnelle, recouvre sa puissance comme Lazare la vie ?

ACTIONS POSSESSOIRES OU PÉTITOIRES OU COMMENT DEMANDER LA RESTITUTION DU CONJOINT

Un nombre considérable de décrétales intégrés dans le *Liber Extra* et qui avait été recueillies dans des collections canoniques antérieures concernent spécifiquement les questions de restitution que l'un des époux tente afin de récupérer celui ou celle qui l'a abandonné. Ces textes comportent souvent des réflexions sur les possibilités ou les avantages des actions péti-

toires – celles qui permettent de voir reconnue la propriété de quelqu'un sur une chose – ou possessoires – destinées à en récupérer la possession. La priorité de la possession, protégée à la fois par le droit romain et par la plus ancienne pratique canonique est affirmée, sauf dans les cas de sévices graves de la part du mari ou d'un degré indérogeable de consanguinité dont on puisse faire la preuve immédiate. *Ex transmissa* (*Liber Extra* 2.13.8), appartenant au pontificat d'Alexandre III, répond au cas d'un chevalier qui demandait qu'on lui redonne sa femme qui l'avait abandonné. Le pape déclarait que l'on ne devait pas procéder à la restitution s'il n'y avait jamais eu possession et pour cela il fallait pouvoir constater que le mariage avait été légitimement contracté et qu'elle avait été charnellement connue (*desponsata fuisse, et ab eo cognita*). La glose à *Ab eo cognita* considère que la possession que

IMPUISSANCE

l'on a acquise par le coït donne lieu à une servitude, et dans cette perspective ce n'est pas le corps que l'on demande mais le droit à exercer la servitude sur ce corps. Les demandes possessoires et pétitoires oscillent entre deux modes de perception : le paradoxe relatif de l'aliénation d'une personne libre, et celui – du moins il était tel pour la tradition civiliste « pure » – de la réification des obligations personnelles.

un testicule la marque minimale et indispensable de la puissance masculine, et de l'aptitude à supporter la pénétration, même moyennant une intervention chirurgicale plus ou moins forcée, celle qui établit la puissance de la femme. La puissance se définira donc selon les traits de la copule parfaite, qui tendra vers une logique séminale : pour qu'elle ait lieu, l'homme doit être capable de produire de la semence testiculaire qui doit arriver – éventuellement en dépit d'une pénétration imparfaite – à l'intérieur du vagin, et là on présume qu'elle se mêle à la semence féminine dont l'existence est affirmée par la médecine antique et médiévale. Quand au *xx^e* siècle l'Église abandonne la théorie séminale en faveur de la pénétration, elle fera en sorte de produire une amnésie sous couvert d'erreur d'interprétation afin de préserver la forme d'une exigence de droit naturel et donc immuable, car aujourd'hui encore les impuissances sont exclues du mariage canonique.

FRAGMENTS CONTEMPORAINS

Le 7 juin 2008 le journal *Il Messaggero* publiait un article qui a eu un retentissement considérable. L'évêque de Viterbo avait refusé de marier un

Le 7 juin 2008 le journal *Il Messaggero* publiait un article qui a eu un retentissement considérable. L'évêque de Viterbo avait refusé de marier un jeune couple dont l'homme était resté paraplégique suite à un accident automobile. Face aux réactions indignées que l'affaire avait suscitées, la Curie s'était prononcée en exprimant son appui à l'évêque mis en cause : l'impuissance est un empêchement de droit naturel, et l'acceptation du conjoint ne lève pas l'interdit qui pèse sur ce corps inapte aux gestes que l'Église considère comme valables pour la perfection du sacrement.

Le 3 septembre 2011 le journal *Le Parisien* rendait compte de la sentence prononcée par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence à l'encontre d'un niçois de 51 ans condamné, sur la base de l'article 215 du *Code Civil*¹⁰, à payer 10.000 € à son épouse qui l'accusait de consommation insuffisante du devoir conjugal.

Parfois des cas comme ceux-ci font croire à la naissance de

pernicieuses nouveautés ou à l'invraisemblable résurgence d'un droit dépassé. Aucune de ces deux lectures ne rend compte de la réalité historique. Pour le droit canonique le *ius in corpus* n'a jamais cessé d'être l'objet du consentement, et il ne faut pas oublier qu'au moment des codifications, c'est bien cette législation qui a donné au droit civil les contours d'une institution dont l'Église avait eu la charge exclusive pendant des siècles. Son refus d'accepter la contraception, le divorce, le mariage des impuissants, et bien entendu, les unions homosexuelles, s'enracine dans l'indisponibilité de la cause juridique du mariage, telle qu'elle est définie par le Code de 1917 c.1081, celle de donner et accepter « le droit perpétuel et exclusif sur le corps, pour l'accomplissement des actes appropriés par eux-mêmes à la génération des enfants »¹¹.

Notes

- En particulier ceux de Adhémar Esmein, Jean Gaudemet, Rudolph Weigand et James A. Brundage, ceux de Anne Lefebvre-Teillard, Charles Donahue Jr. ou encore Richard H. Helmholz. On peut également citer, parmi les publications récentes, celles de Mia Korpiola et Martine Charageat.
- Pour un traitement intelligent de la casuistique comme éclairage de l'ordinaire par l'extrême, voir l'œuvre de Yan Thomas, et en particulier « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », in J.-C. Passeron et J. Revel (dir.), *Penser par cas*, Paris, Éditions de l'EHESS, 2005, p. 45-73.
- En particulier l'excellent livre de Filippo Vassali, *Del Ius in corpus del debitum coniugale e della servitù d'amore ovvero la dogmatica ludrica*, Bologne, A. Forni, [1944], 2001.
- Genèse* 2.24 « ils seront deux en une seule chair », à propos de ce passage, Saint Paul dira « Ce mystère est grand : moi, je déclare qu'il concerne le Christ et l'Église » (*Ephésiens* 5.32).
- L'expression est de Jean Chrysostome, *La virginité*, chap. 17, citée par Pierre Legendre, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Seuil, 1974, p. 139.
- Sur cette réification des rapports des pouvoirs dans le domaine du servage médiéval voir Emanuele Conte, *Servi medievali. Dinamiche del diritto comune*, Rome, Viella, 1996.
- Innocent III, 1208, *Liber Extra* 5.16.7. Le *Liber Extra* ou *Décrétales* de Grégoire IX est promulgué en 1234.
- Droit de celui qui, ayant été fait prisonnier, recouvrait son statut et ses biens s'il réussissait à revenir dans le territoire romain.
- À propos de C.27, q.I, c.41 *Et in quibusdam*.
- « Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie ».
- La révision du Code de 1983 modifie la rédaction, mais pas l'essence de cette norme.