



Médiévales

Langues, Textes, Histoire

71 | automne 2016

Conflits et concurrence de normes

Les mariages clandestins : impasse disciplinaire, scandale ou moteur de la réflexion doctrinale ?

Clandestine marriages : disciplinary deadlock, scandal, or impulse for doctrinal thinking ?

Carole Avignon



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/medievales/7911>

DOI : 10.4000/medievales.7911

ISSN : 1777-5892

Éditeur

Presses universitaires de Vincennes

Édition imprimée

Date de publication : 20 novembre 2016

Pagination : 55-74

ISBN : 978-2-84292-565-9

ISSN : 0751-2708

Référence électronique

Carole Avignon, « Les mariages clandestins : impasse disciplinaire, scandale ou moteur de la réflexion doctrinale ? », *Médiévales* [En ligne], 71 | automne 2016, mis en ligne le 20 novembre 2018, consulté le 21 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/medievales/7911> ; DOI : 10.4000/medievales.7911

Tous droits réservés

Carole Avignon

Les mariages clandestins : impasse disciplinaire, scandale ou moteur de la réflexion doctrinale ?

Se demander comment se fabrique la norme en matière matrimoniale au Moyen Âge impose de questionner une réalité sociale et sacramentelle qui met en jeu l'équilibre social des alliances mais aussi le salut des *conjugati*. Le mariage médiéval s'impose en effet comme une institution sociale sacralisée, cadre exclusif de la sexualité légitime concédée aux laïcs, sous le contrôle de l'Église. Aux finalités patrimoniales et politiques d'inscription du couple dans la vie sociale qui justifient une prise en charge normative séculière (lois barbares, coutumes et ordonnances laïques, statuts communaux), s'ajoutent des obligations évangéliques et patristiques de monogamie, fidélité, indissolubilité, mais aussi d'une exogamie qu'il a fallu faire respecter sans trop heurter le précédent principe. Définitions et enjeux du mariage médiéval doivent en effet être replacés dans une dynamique normative et juridictionnelle polarisée par des autorités plurielles et être intégrés dans un ordre supérieur qui dépasse l'individu, le couple, la famille et l'État¹, entre complémentarité et concurrences². L'histoire tout entière de

1. A. BÉTHÉRY DE LA BROSSE, *Entre amour et droit : le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (xv^e-xx^e siècles)*, Paris, 2011, p. 4.

2. Les premières collections conciliaires (iv^e et v^e siècles) témoignent des efforts disciplinaires des évêques pour interdire le divorce et imposer le modèle du mariage monogamique et indissoluble. À partir du vi^e siècle, c'est la définition des limites de la parenté qui mobilise les énergies, de même que commence à se préciser l'exigence de célibat pour les évêques que le xi^e siècle élargit ensuite aux clercs majeurs. L'époque carolingienne constitue une époque de collaboration disciplinaire entre l'Église et le pouvoir monarchique que Charlemagne entend incarner comme ministre de Dieu. La compétence juridictionnelle de l'Église est admise en matière d'empêchement de parenté, dès le viii^e siècle, puis d'adultère ; mais il faut toujours le relais du pouvoir civil pour faire appliquer les décisions épiscopales. Par ailleurs les survivances coutumières germaniques sont manifestes au point de faire écrire à Jean Gaudemet qu'il s'agit là d'un temps de « dissonances » entre les normes à l'œuvre. Voir notamment parmi une bibliographie pléthorique, quelques références incontournables : J. GAUDEMET, *Le Mariage en Occident. Les mœurs et le droit*, Paris, 1987 ;

la formalisation du droit du mariage dans l'Occident médiéval latin pourrait être présentée comme une succession de tensions normatives. Le « bon » mariage dans l'aristocratie franque, puis féodale, est rarement un mariage en bonne et due forme *jure canonico* (notamment au chapitre de la législation des interdits de parenté, ou du respect de l'interdit de la répudiation)³. Les intérêts des familles et de l'Église peinent à converger, de même que ceux parfois des familles et des autorités séculières⁴. Les travaux récents sur les mariages par rapt au haut Moyen Âge illustrent notamment ce jeu complexe de tensions normatives ainsi que les dynamiques contextuelles à l'œuvre pour résoudre ou dépasser ces tensions. Le rapt, entendu comme enlèvement d'une femme par intrusion violente dans la maison de celui qui détient la *patriapotestas* ou le *mundium*, est peu à peu criminalisé sous l'impulsion décisive de Constantin (en 320). Toute personne qui est informée d'un rapt, assimilé à un *crimen*, peut (et doit) le dénoncer et son auteur est passible de la peine capitale. Cette criminalisation s'impose au motif qu'il s'agit autant d'un attentat à la propriété du père qu'une « atteinte à l'ordre de la société » dont l'empereur a la responsabilité⁵. Elle est à mettre en perspective avec la mise en œuvre conjointe d'une législation contre les mariages réparateurs, mariages auxquels les familles peuvent être tentées de se résoudre pour étouffer le déshonneur de cette « souillure sociale⁶ ». Les législations

R. H. HELMHOLZ, *The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640s*, Oxford, 2004 ; P. DAUDET, *L'Établissement de la compétence de l'Église en matière de divorce et de consanguinité (x^e-xii^e siècle)*. *Études sur l'histoire de la juridiction matrimoniale*, Paris, 1941 ; J. DAUVILLIER, *Le Mariage dans le droit classique de l'Église depuis le Décret de Gratien (1140) jusqu'à la mort de Clément V (1314)*, Paris, 1933 ; A. ESMEIN, *Le Mariage en droit canonique*, Paris, 1929-1935 pour les mises à jour de la première édition de 1891 par R. GENESTAL et J. DAUVILLIER ; G. LE BRAS, « La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an Mille », *Dictionnaire de théologie catholique*, 1899-1950, t. 9, col. 2123-2223. Une approche comparée des élaborations normatives a notamment été proposé dans M. KORPIOLA, *Regional Variations in Matrimonial Law and Custom in Europe, 1150-1600*, Leiden/Boston, 2011.

3. P. CORBET, *Autour de Burchard de Worms : l'Église allemande et les interdits de parenté (ix^e-xii^e siècle)*, Francfort-sur-le-Main, 2001 ; A. GUERREAU-JALABERT, « Prohibitions canoniques et stratégies matrimoniales dans l'aristocratie médiévale de la France du Nord », dans P. BONTÉ éd., *Épouser au plus proche. Inceste, prohibitions et stratégie matrimoniales autour de la méditerranée*, Paris, 1994, p. 294-321 ; L. JÉGOU, « Les "règles de l'exception". Les réactions de l'épiscopat face aux interdits de parenté aux x^e et xi^e siècles », dans B. LEMESLE, M. NASSIET éd., *Valeurs et justices. Écarts et proximités entre société et monde judiciaire du Moyen Âge au xviii^e siècle*, Rennes, 2011, p. 19-36 ; G. DUBY, *Le Chevalier, la femme et le prêtre. Le mariage dans la France féodale*, Paris, 1981 ; C. AVIGNON, « Les stratégies matrimoniales des premiers Capétiens à l'épreuve des prohibitions canoniques en matière de parenté (xi^e-xii^e siècles) », dans M. AURELL éd., *Les Stratégies matrimoniales (ix^e-xiii^e siècles)*, Turnhout, 2013, p. 237-255.

4. S. JOYE, *La Femme ravie. Le mariage par rapt dans les sociétés occidentales du haut Moyen Âge (vi^e-x^e siècle)*, Turnhout, 2012.

5. *Ibid.*, p. 266 et chapitre VI.

6. *Ibid.*, p. 154-156.

barbares reprennent certains dispositifs de la loi constantinienne, même si le compromis est encore de mise, à l'exception notable de la loi des Wisigoths. Charlemagne reprend à son compte l'esprit constantinien de la législation, en tant que *minister Dei*. Les législations laïque et ecclésiastique sont alors intimement liées et se renforcent mutuellement pour lutter contre le rapt et préciser l'idée d'un vice de consentement⁷. Mais l'idée du mariage réparateur, si décrié jusqu'au IX^e siècle, parce qu'antinomique avec le principe justinien d'un rapt pensé comme empêchement dirimant (depuis 533), (re)devient pourtant la norme à faire triompher dans le *jus novum* des décrétales pontificales. La dimension transgressive du rapt comme attentat à la propriété (privée) reste toutefois réelle dans la sphère civile et justifie son traitement judiciaire au criminel par les autorités séculières. La poursuite du crime de rapt par les juges séculiers permet alors de préserver l'idée primitive du nécessaire contrôle parental sur les choix des conjoints, mineurs. Si la royauté des derniers siècles du Moyen Âge ne légifère pas expressément en France sur cette question, les statuts urbains italiens ou flamands témoignent de la vigilance avec laquelle les pouvoirs séculiers entendent compenser la libéralité supposée de la réglementation canonique⁸. La pluralité des cadres normatifs en matière de formation du lien matrimonial explique en grande partie les réajustements légaux que s'autorisent certaines autorités séculières afin de rendre juridiquement opératoire l'invalidation de noces que l'Église ne pourrait pas remettre en cause au regard de ses propres canons.

7. *Ibid.*, chapitre VII. Les tableaux élaborés par l'auteur en font la démonstration. L'enjeu de la répression civile est, comme à l'époque constantinienne, la mise en ordre de la société dont le roi est le garant, et d'imposer la figure royale comme le protecteur de la paix des familles et le garant des vœux de fiançailles.

8. Dès le deuxième tiers du XIII^e siècle, la législation civile italienne s'empare de questions relatives au consentement pour préserver autant que possible la place des familles dans la formation des alliances, en rendant notamment obligatoire le consentement parental pour les filles dont la majorité n'est pas atteinte et en assimilant à un rapt toute procédure contraire. Tout en restant marginales, au regard d'autres préoccupations patrimoniales, ces réglementations n'en révèlent pas moins la volonté des autorités civiles de réduire autant que possible les options du consensualisme tel qu'il fut défini par le droit de l'Église. T. DEAN, « Fathers and Daughters : Marriage Laws and Marriage Disputes in Bologna and Italy : 1200-1500 », dans T. DEAN, *Marriage in Italy 1300-1650*, Cambridge, 2002, p. 85-106. Des préoccupations analogues de la part des autorités flamandes sont également à signaler, dès la fin du XII^e siècle. Le droit urbain y a tout spécialement investi le crime de rapt pour concilier cadrage canonique (contraignant) et prétentions familiales. Voir notamment M. GREILSAMMER, « Rapt de séduction et rapt violents en Flandre et en Brabant à la fin du Moyen Âge », *RHD*, 56 (1988), p. 49-84. Sur l'articulation normative entre théorie canonique et pratiques aristocratiques en France, voir G. RIBORDY, « Mariage aristocratique et doctrine ecclésiastique : le témoignage du rapt au Parlement de Paris pendant la Guerre de Cent Ans », *Crime, Histoire et Sociétés*, 1-2 (1998), p. 29-48. Voir aussi M. CHARAGEAT, « Usage polyvalent et évolution du concept de rapt en Aragon : entre normes et récits judiciaires (XIII^e-XVI^e siècles), *Estudis, Revista de Historia Moderna*, 40 (2014), p. 13-30.

À cette première forme de concurrence, ajoutons les tensions au sein même de la doctrine ecclésiastique. Les divergences d'approche de la matière matrimoniale et de la définition des principes qui doivent la régir sont nombreuses et anciennes, depuis l'interprétation de l'incise matthéenne qui interdit de répudier son épouse « nisi ob fornicatio » (Mt. 19, 9), jusqu'à l'intégration du mariage dans le septénaire des sacrements qui agissent *ex opere operato* (principe reconnu au XIII^e siècle chez les théologiens, mais canonisé seulement au concile de Florence en 1439). Les divergences d'opinion quant à la détermination de l'élément créateur du lien matrimonial (sacramental donc signe de l'union du Christ à l'Église), et l'arbitrage à faire entre *consensus* et *copula* (dans un débat qui oppose le « consensualisme » des théologiens parisiens, derrière Pierre Lombard, au « réalisme » des canonistes bolonais, derrière Gratien⁹ et les commentateurs du *Décret* qui défendent l'idée d'un premier coït gratuit, non dû, autorisant donc celui qui a seulement consenti au mariage à choisir le cloître) ou les divergences d'appréhension de ce que doit être le *consensus* et notamment de la place

9. L'option parisienne triomphe pourtant (fin XII^e-début XIII^e siècles) : *consensus* et premier coït dû. Voir P. TOXÉ, « La *copula carnalis* chez les canonistes médiévaux », dans M. ROUCHE éd., *Mariage et sexualité. Accord ou crise ?*, Paris, 2000, p. 123-133 (p. 124-127). Pour les nuances dans les soutiens apportés aux différentes écoles : C. DONAHUE, Jr., « Johannes Faventinus on Marriage. With an Appendix Revisiting the Questions of the Dating of Alexander III's Marriage Decretals », dans W. MÜLLER et M. E. SOMMAR éd., *Medieval Church Law and the Origins of Western Legal Tradition. A Tribute to Kenneth Pennington*, Washington DC, 2006, p. 179-197 ou J. MULLANDERS, *Le Mariage présumé*, Rome, 1971 ; P. REYNOLDS, « The Regional Origins of Theories about Marital Consent and Consummation during the Twelfth-Century », dans M. KORPIOLA, *Regional Variations...*, p. 43-76. Voir aussi tout spécialement M. MADERO, *La Loi de la chair. Le droit au corps du conjoint dans l'œuvre des canonistes (XII^e-XV^e siècle)*, Paris, 2015. Ce récent travail illustre bien la complexité et la fécondité de ce qui se lit comme une véritable casuistique doctrinale canonique en matière de détermination de l'élément créateur du sacrement (et donc de son indissolubilité), mais aussi de définition de ce qui est le véritable objet du consentement matrimonial (le droit au corps de l'autre). L'historienne des normes juridiques y rappelle dans son chapitre 2 les principales divergences d'appréciation entre le canoniste Gratien et le théologien Pierre Lombard, dans la première moitié du XII^e siècle, sur ce qui scelle la formation du lien (au point qu'on ne puisse plus le rompre ni refuser la servitude corporelle née du premier coït [chap. 3]) : *copula* et *consensus* occupent des places différentes dans les démonstrations des Maîtres, de même que diverge encore le vocabulaire qu'ils mobilisent pour signifier le processus matrimonial, en intention puis en actes (sans qu'on y décèle toutefois les contours d'un mariage par étapes). Cette réflexion ayant également nourri en partie notre recherche doctorale, nous nous permettons de renvoyer au manuscrit de notre thèse, dont certains dossiers ont pu être repris pour le présent article. C. AVIGNON, *L'Église et les infractions au lien matrimonial : mariages clandestins et clandestinité. Théories, pratiques et discours (France du Nord-Ouest, XII^e-milieu XV^e siècle)*, thèse de doctorat, sous la direction de L. Feller, Université Paris-Est, 2008. On trouvera aussi dans l'essai de M. Madero la reconstitution de débats (vertigineux) sur les conséquences de l'impuissance (chap. 4) ou de l'adultère (chap. 6) sur la servitude corporelle dans le mariage.

que doit y occuper l' *affectus maritalis* , tout cela témoigne de la vitalité des débats doctrinaux matrimoniaux¹⁰.

Les tensions normatives qui en résultent sont plus ou moins surmontées par ajustements successifs, à mesure que se précisent les enjeux de la définition du lien matrimonial, la hiérarchie des sources du droit, que s'affinent les outils intellectuels permettant d'« accorder » ou d'« harmoniser » les autorités, et que s'élaborent des concepts opératoires (sacrement, contrat, annulation, etc.) pour dépasser certaines impasses en matière matrimoniale¹¹. Les XI^e-XIII^e siècles correspondent en effet à un temps de perfectionnement de la pensée occidentale qui voit notamment s'imposer la science canonique en tant que telle. Celle-ci naît justement du souci de dépasser le constat de la « dissonance » des autorités¹². Les théologiens ont su reprendre à leur compte la démarche intellectuelle des Pères qui cherchaient la *congruentia* entre Ancien et Nouveau Testament, ou entre les Évangiles.

Après avoir défini, dès au moins l'époque carolingienne, les contours de la théorie des empêchements au mariage, en prescrivant qui ne pas épouser, l'Église médiévale impose aux laïcs sa compétence juridictionnelle sur la définition du lien matrimonial (dès le XI^e siècle), puis judiciaire sur les causes matrimoniales (dès le XII^e siècle)¹³. C'est dans cette configuration normative originelle, justifiant au moins théoriquement la répartition des compétences entre autorités ecclésiastiques et séculières, que nous nous proposons de poser les jalons d'une réflexion sur les conflits de normes. Les tensions que nous envisagerons ne prendront pas en considération les corpus réglementaires émanant des pouvoirs séculiers, dont on retiendra cependant leur articulation subtile avec la matrice canonique en matière de définition du vrai mariage, indissoluble et apte à produire des effets de droit. Le droit romano-canonique du mariage apparaît bien comme le fruit d'un subtil agencement de considérations parfois difficilement conciliables qui tend à répondre, notamment aux XII^e-XIII^e siècles, aux défis doctrinaux et pastoraux du temps. La normativité matrimoniale tout entière en tire sa force, par son

10. J. T. NOONAN, « Marital Affection in the Canonists », *Collectanea Stephan Kuttner*, t. II, Bologne, 1967, p. 481-509 ; M. SHEEHAN, « *Affectio maritalis* Revisited », dans R. EDWARDS et S. SPECTOR éd., *The Olde Daunce : Love, Friendship, Sex and Marriage in the Medieval World*, Albany, 1991, p. 32-43. Voir aussi dans un contexte documentaire différent, M. GUAY, « Les émotions du couple princier au XV^e siècle : entre usages politiques et *affectio conjugalis* », dans D. BOQUET et P. NAGY éd., *Politiques des émotions au Moyen Âge*, Sismel, 2010, p. 93-111.

11. J. GAUDEMET, « Le lien matrimonial, les incertitudes du haut Moyen Âge », dans R. METZ et J. SCHLICK éd., *Le Lien matrimonial*, Strasbourg, 1970, J. WERCKMEISTER, « Le mariage sacrement dans le Décret de Gratien », *RDC*, 42-2, p. 237-267.

12. J. WERCKMEISTER, *Introduction*, dans YVES DE CHARTRES, *Prologue*, Paris, 1997, p. 28.

13. P. DAUDET, *L'Établissement de la compétence de l'Église...* ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Recherches sur les officialités à la veille du concile de Trente*, Paris, 1973.

adaptabilité aux enjeux du moment grâce à l'ingéniosité des théologiens et des canonistes, mais aussi parfois sa fragilité théorique globale, en raison de possibles failles ou contradictions internes. Les débats internes à la doctrine ecclésiastique nous intéressent tout spécialement car les expressions normatives qui en résultent génèrent aussi des formes contradictoires de régulation, entendue comme recherche de point d'équilibre, entre les fors (confession, pénitence, justice), et permettent de faire progresser la réflexion doctrinale en obligeant à affûter concepts et lexiques. C'est ce que nous proposons d'aborder, en prenant comme poste d'observation spécifique la question des mariages clandestins, vrais mariages mais mariages interdits.

La nécessaire validation doctrinale des mariages clandestins : une réflexion créatrice

Les mariages clandestins sont présentés dans la littérature canonique comme des mariages contractés « à la dérobée¹⁴ » (*furtim*), sans témoins pour en attester¹⁵. Cette définition du fait clandestin est élargie à partir du XIII^e siècle aux mariages contractés sans que les couples ne respectent un nombre croissant de réglementations diocésaines, publication des bans en tête, qui doivent garantir au clergé le contrôle de la faisabilité des unions projetées au sein de la paroisse et du diocèse¹⁶. C'est une pratique dont les théologiens et les canonistes ont dû concéder à partir du XII^e siècle qu'elle n'entrave pourtant pas en soi la création d'un « vrai mariage », c'est-à-dire d'un lien matrimonial valide (*verum, ratum*), qu'elle n'autorise pas à séparer ceux qui sont par ce mariage « tout-à-fait des conjoints »¹⁷. Cela s'est imposé comme une nécessité pour ne pas risquer d'affaiblir la théorie

14. Synode de Frioul, c. 8, 798, cité par K. RITZER, *Le Mariage dans les églises chrétiennes du I^{er} au X^e siècle*, Paris, 1970, p. 336.

15. La lutte contre les unions incestueuses a motivé dès le VIII^e siècle la réglementation de noces publiques (synode de Verneuil, c. 15, 755, cité par K. RITZER, *Le Mariage...*, p. 285), permettant la mise sous contrôle (*examen*) des projets d'alliances (synode bavarois, c. 12, 740 ; cité *ibid.*, p. 336). Le *capitulare missorum* de 802 confie aux évêques et aux prêtres cette *inquisitio* préalable. C. AVIGNON, *L'Église et les infractions au lien matrimonial...*, p. 120-121.

16. Bernard de Parme glose ainsi *clandestina* : « On dit qu'un mariage est clandestin de trois façons. D'abord, quand il n'y a pas de témoins (*supra*). Deuxièmement, lorsqu'il n'est pas fait avec les solennités (30, q. 5, c. *Aliter*). On dit troisièmement qu'est clandestin le mariage contracté contre ce qui est contenu dans cette constitution-ci, à savoir sans annonce préalable : c'est pourtant un mariage, au regard de l'Église, mais les fils nés d'un tel mariage contre lequel on découvre ensuite un empêchement seront illégitimes. » (traduit du latin, *Décrétales*, éd. Lyon, 1584, col. 1460, *cum inhibitio* (X., 4, 3, 3). C. AVIGNON, *L'Église et les infractions au lien matrimonial...*, p. 93)

17. HUGUES DE SAINT-VICTOR, *De sacramentis christianae fidei*, II, XI, c. 5 (éd. MIGNE, *Patrologie latine*, t. 176, col. 485-488). Il y concède la validité du mariage clandestin (« seul à seul, en secret, sans personne pour en attester ») en affirmant qu'il n'est pas licite de séparer ces contractants qui « sont tout-à-fait des conjoints, *conjuges* ».

consensualiste du *solus consensus facit nuptias*¹⁸, elle-même nécessaire à la préservation de la sacramentalité du mariage de la Vierge (sujet de débats théologiques et canoniques, depuis l'époque patristique)¹⁹.

Les théologiens et les canonistes qui se saisissent dès le XIII^e siècle de la question de savoir ce qui fonde le lien matrimonial et comment s'articule, dans sa validation, l'expression du consentement et l'accouplement charnel ont toujours subordonné leur réflexion à la résolution de problèmes qui dépassent la seule question de savoir si les mariages contractés clandestinement sont sacramentels ou non²⁰. Les constructions normatives qui résultent des commentaires du *Décret* ou des *Sentences* ne sont ni homogènes ni univoques. Cela tient aux stratégies discursives mises en œuvre par Gratien (mort v. 1160) et Pierre Lombard (1095-1164) pour articuler les autorités de référence et poser les termes du paradoxe clandestin : vrai mariage car le consentement est exprimé, mais mariage hors des garanties du droit, donc précaire, pour Pierre Lombard (et les théologiens) ; mariage prohibé, car conclu sans noces solennelles et publiques, mais qu'on peut judiciairement valider, pour Gratien (et les canonistes). Ce sont là deux dynamiques normatives qui pourraient aboutir à une même équation mais qui procèdent bien de deux approches divergentes de l'articulation du consentement et des solennités, et qui conduisent à envisager différemment la régulation judiciaire.

Pierre Lombard : perfectionnement du vocabulaire de la légitimité

Pierre Lombard peut être compté parmi les artisans de la normalisation sacramentelle du mariage (par son intégration dans le septénaire des sacrements de la Loi nouvelle) mais aussi de la promotion du consensualisme, puisqu'il démontre bien dans sa distinction 27 que « seul le consentement fait le mariage », *solus consensus facit conjugium*²¹. Afin de valoriser la place du consentement dans la création du lien sacramentel, le Maître des *Sentences* a concédé la validité des mariages clandestins, tout en mettant en garde contre la précarité du lien ainsi conclu : « le consentement même occulte, exprimé par paroles de présent, fait le mariage, bien que ce ne soit pas ici par un contrat honnête. Mais le consentement qui a été

18. E. FRIEDBERG éd., *Decretalium collectiones, Decretalium Gregorii papae IX compilatio, Corpus juris canonici*, vol. 2, Leipzig, 1881 (réimp. Graz, 1959) ; X., 4, 4, 3, *Licet* ; X., 4, 1, 25, *Tuae fraternitati*.

19. Au milieu du XII^e siècle, Gratien n'a toujours pas résolu les ambiguïtés du débat doctrinal patristique sur la nature du mariage non consommé de la Vierge. Voir J. WERCKMEISTER éd., *Décret de Gratien...*, p. 60-66.

20. G. H. JOYCE, *Christian Marriage : An Historical and Doctrinal Study*, Londres, 1933 ; T. RINCON, *El matrimonio, misterio y signo, siglos IX al XIII*, Pampelune, 1971.

21. PIERRE LOMBARD, *Sententiae in IV libris distinctae*, IV, di. 27, c. 3 (Ad claras aqvas, Grottaferata, 1971-1981, 2 vol.). Sur les grandes étapes de la normalisation sacramentelle du mariage, voir notamment M. MADERO, *La Loi de la chair...*, p. 61-66.

échangé *in occulto* ne rend pas le mariage inviolable (*sed matrimonium non sanxit consensus qui in occulto fuit*)²² ». Dans cette proposition, Pierre Lombard tente en fait d'accorder le postulat du consensualisme avec les paroles imputées à une décrétale, faussement attribuée à Évariste (*Aliter*), qui impose publicité et solennités à la réalisation des noces sous peine de voir les conjoints assimilés à des adultères ou des fornicateurs, plutôt qu'à des époux légitimes²³. Pierre Lombard n'oppose pas alors deux autorités qui créeraient deux normes divergentes ; il crée les outils intellectuels de leur harmonisation. Dans le second *capitulum* (*De hiis quae pertinent ad substantiam et decorem sacramenti*), il propose ainsi une relecture de la notion d'illégitimité du mariage clandestin en définissant deux types de légitimité : *quantum ad virtutem*, et *quantum ad honestatem sacramenti*. La démonstration de la validité des mariages clandestins passe donc par la distinction de la *substantia* et de la *solemnitas*. Or seul le consentement de présent relève de la « substance » du sacrement, au contraire des cérémonies de *traditio* des parents et de *benedictio* du prêtre, qui ne relèvent que de la bienséance et de l'honneur du sacrement. Ce faisant, il ne démontre pas seulement la compatibilité des *auctoritates*, certes « diverses » ; il rapproche le mariage des autres sacrements de l'Église, en mobilisant aussi la distinction entre ce qui relève de la *substantia* du sacrement et ce qui relève de sa *solemnitas*²⁴.

En outre, il invite à nuancer la présomption négative d'illégitimité qui pèse sur le mariage occulte, en introduisant un *quasi* dans la formulation originellement sans appel d'Évariste qui faisait des époux mariés sans solennités des adultères et des fornicateurs. Ceux qui se marient sans les solennités prescrites ne seraient pas « pour ainsi dire » des époux légitimes, mais « pour ainsi dire » des adultères et des fornicateurs²⁵. La nuance initiée par le *quasi* est encore doublée par l'utilisation d'un imparfait du subjonctif à valeur d'irréel du présent : *et utique fornicatores essent* : « Et ils seraient comparables à des fornicateurs si ne jouait en leur faveur leur volonté exprimée par des paroles de présent qui crée entre eux un mariage légitime. »

22. Id., IV, di. 28, q. 2.

23. La décrétale *Aliter* ouvre aussi la question 5 de la Cause 30 du *Décret* de Gratien pour illustrer le fait que « clandestina conjugia fieri non debent ». Cette décrétale pseudo-isidorienne a été compilée dans les plus notables collections canoniques antérieures (notamment celles d'Yves de Chartres). J. WERCKMEISTER, GRATIEN, *Décret...*, note 1, p. 309.

24. Il ne s'agit pas expressément de la distinction entre « forme » et « matière », ou « substance », mais la mobilisation d'un raisonnement bipartite n'est pas anodine, d'autant plus quand on connaît les difficultés pour les théologiens à appliquer cette structure hylémorphique au sacrement du mariage. Voir M. Madero, *La Loi de la chair...*, p. 65 et p. 166 ; A. Boureau, « Hugues de Saint-Cher commentateur des *Sentences*. Le cas du sacrement de mariage », dans L.-J. Bataillon et al. éd., *Hugues de Saint-Cher (†1263), bibliste et théologien*, Turnhout, 2004, p. 427-464.

25. *Ibid.*

Gratien : juridicisation du vocabulaire matrimonial

Gratien, quelques décennies plus tôt, était parti du constat similaire qu'« on ne doit pas faire des mariages clandestins (*fieri non debent*) », en mobilisant aussi d'abord la décrétale *Aliter*²⁶. Il structure ensuite sa pensée en mobilisant un vocabulaire de plus en plus juridique : ces mariages ne sont pas seulement le contraire de mariages « légitimes », ils sont conclus aussi « contre l'autorité²⁷ », ou « contre les lois²⁸ », et, à ce titre, ils doivent être tenus pour inexistantes (« *pro infectis haberi debent* »)²⁹. Le long *dictum post c. 9* conclut toutefois la question 5 de la cause 30 ainsi : « On ne nie pas que les mariages contractés clandestinement sont des mariages et l'on n'ordonne pas leur dissolution », en dépit de leur prohibition. Une condition toutefois s'impose, et le Bolognais mobilise alors le registre déterminant de la preuve et du judiciaire, quand il précise qu'ils doivent « être prouvés par le témoignage des deux parties »³⁰.

Gratien comme Pierre Lombard présentent bien la question clandestine sous des angles différents, en mobilisant des autorités dont l'interprétation n'est pas totalement superposable. Mais tous les deux se donnent ainsi l'opportunité de tester un vocabulaire qui leur permet de rendre compte du dilemme clandestin tout en tentant de le dépasser : vocabulaire de la nullité (juridique), de la validation (judiciaire), ou de la *substantia* sacramentelle, dans le contexte particulier d'intense émulation intellectuelle du monde des écoles du XII^e siècle, et alors que les outils doctrinaux pour penser le sacrement d'une part, et le mariage d'autre part, ne sont pas encore définitivement affûtés.

L'inévitable tension entre for judiciaire et for des consciences

Cette démonstration de la validité des mariages clandestins génère un possible dilemme moral et judiciaire pour les contractants ou les juges quand ils doivent arbitrer entre un premier mariage clandestin qu'un défaut de preuve ne permet pas de valider au for judiciaire et un second engagement sécurisé par le respect des procédures de bans et des solennités accomplies *in facie ecclesie*³¹. Le risque de contradiction entre la « vérité des faits »,

26. GRATIEN, *Concordia discordantium canonum (Décret de Gratien, causes 27 à 36. Le mariage*, édition, traduction par J. WERCKMEISTER, Paris, 2011), *dictum* initial C. 30, q. 5.

27. ID, *Décret, dictum post C. 30*, q. 5.

28. ID, *Décret, dictum post C. 30*, q. 5, c. 8.

29. ID, *Décret, C. 30*, q. 5, c. 6.

30. ID, *Décret, dictum post C. 30. 5. 9*, éd. J. WERCKMEISTER, p. 320-321.

31. Florence Demoulin-Auzary rappelle que, si les mariages clandestins sont « sources de difficultés morales et judiciaires », c'est en raison des différentes approches que la doctrine canonique en a eues : F. DEMOULIN-AUZARY, *Les Actions d'État en droit romano-canonique. Mariage et filiation (XI^e-XV^e siècle)*, Paris, 2004, p. 157-187.

connaissable au for des consciences, et la « vérité judiciaire » que proclame la sentence d'un official qui ne peut juger de ce qui est caché, porte en lui l'essentiel de la démonstration par les théologiens et les canonistes de la prohibition de ces mariages, pourtant valides en soi³². Au XIII^e siècle, la doctrine canonique a concédé le primat de la solution judiciaire sur celle du confesseur, en cas de mariages successifs (l'un clandestin, l'autre public) quand le juge valide le couple formé publiquement et invalide le premier engagement par défaut de preuve. Mais la doctrine n'est pas dupe d'une telle conciliation : elle ne cherche plus à réduire l'inévitable antagonisme entre les logiques des fors. Le décrétaliste Hostiensis le résume au milieu du XIII^e siècle dans sa *Summa aurea* par son *sed in poenentialis secus*³³. La tension entre les fors qui en résulte conduisit même certains auteurs à réévaluer les contours de cette validité, selon les cadres normatifs mobilisés.

Les lectures de la théologie scolastique

Commentant la distinction 28 du livre IV des *Sentences*, Albert le Grand (v. 1200-1280) ne remet pas en question les principes déjà bien établis sur l'élément créateur du lien matrimonial. Le lien matrimonial ne peut pas être créé par simples promesses de mariage, même jurées (article 1), tandis qu'un engagement de futur suivi par des relations charnelles au contraire « fait le mariage » (article 2). Pèchent mortellement ceux qui donnent leur consentement sans réelle intention de mariage, ou pour tromper l'autre partie (article 3)³⁴. Les deux derniers articles proposés par Albert le Grand lui permettent de commenter la seconde partie de la question 2 de Pierre Lombard, dans laquelle le Maître des *Sentences* propose une relecture d'*Aliter*. L'article 4 concentre sa réflexion sur la place du consentement parental dans la création du lien : la fille de famille peut-elle être conduite à son mari contre l'avis de ses parents ? L'article 5, enfin, pose la question de l'impact du consentement occulte, non pas expressément sur la création du lien matrimonial, mais plus spécifiquement sur sa confirmation.

C'est autour de la signification de *sancire* qu'est ramassé ce court article. Le théologien lui donne la valeur de « confirmation » du mariage. Il commente donc la formulation de Pierre Lombard en précisant qu'elle ne

32. C. AVIGNON, « Les mariages clandestins à l'épreuve d'un jugement en droit et en équité : le témoignage des sentences médiévales », dans B. GARNOT, B. LEMESLE éd., *Autour de la sentence judiciaire du Moyen Âge à l'époque moderne*, Dijon, 2012, p. 171-179 (p. 176-178).

33. HOSTIENSIS, *Summa aurea*, lib. IV, tit. 4 (*de sponsa duorum*) (apud Jacobum Vitalem, Venise, 1574), col. 1290 : « Matrimonio autem secundo loco publice contracta in foro judiciali prejudicant, praecedentibus clandestinis, scilicet qui per testes legitimos probari non possunt, sed in poenentialis secus. »

34. ALBERT LE GRAND, *Commentarii in IV Sentenciarum*, IV, di. 28 (éd. A. BORGNET, *Opera omnia*, vol. 30, Paris, 1894, p. 191-196).

fait pleinement sens que si on distingue dans l'analyse for judiciaire et for de la confession :

Enfin on s'interroge sur ce qu'il dit peu avant la fin : « *Sed matrimonium non sanxit consensus qui in occulto fuit* etc. » Il semble en effet que cela soit faux, parce qu'il établit (*sancire*) le mariage puisqu'il fait (*facere*) le mariage ; le consentement fait le mariage, donc il l'établit (*sanxit*). Solution : Sur ce point il faut dire que le Maître parle de confirmation (*confirmatio*) au for ecclésiastique, et non au for pénitentiel, parce que pour ce dernier, il est assez *sancitum* par le consentement échangé en cachette, mais là on parle du for des causes³⁵.

Thomas d'Aquin (v. 1224-1274) rejoint Albert le Grand dans son commentaire de cette même restriction de Pierre Lombard. « On doit comprendre que "*Matrimonium non facit consensus et cetera*" au regard du jugement de l'Église, parce qu'au regard du jugement de la conscience, ce consentement à lui seul suffit à établir le mariage (*facere firmum*)³⁶. »

Sous la plume des théologiens, les tensions à craindre entre for des consciences et for judiciaire montent encore d'un cran quand ils prennent en compte les mariages conclus « par paroles de futur suivies de relations charnelles » (« mariages présumés »)³⁷. Cet autre mode de formation du lien matrimonial est reconnu par le droit canon entre les années 1188 et 1234. Un juge d'Église peut en effet présumer un consentement de présent dans la « réalisation » de la *copula* qui suit de simples promesses par « paroles de futur ». Quand canonistes puis papes ont reconnu une présomption irréfragable de mariage dans cette *copula*, c'était aussi pour offrir des solutions judiciaires aux femmes séduites et abandonnées qui pouvaient alors engager des actions en reconnaissance de mariage. On reste bien dans l'ordre non pas de la validité en soi mais bien de la validation judiciaire. Les théologiens n'ont toutefois pas manqué de dénoncer l'imposture d'un tel mode de formation du lien. Ce n'est pas le consensualisme ardemment défendu qui est directement remis en cause, puisque les canonistes ont pris la précaution de présumer justement un consentement par paroles de présent dans cette *copula* qui suit des promesses (publiques) de mariage ; ce n'est pas non plus le défaut de solennités (inévitables...) qui inquiète les théologiens, c'est de voir le consentement réduit à un hypothétique *affectus fornicarius* quand devrait s'y manifester *l'affectus conjugal*, qui fait l'honneur du

35. *Ibid.*, IV, di. 28, B a. 5.

36. THOMAS D'AQUIN, *Commentum in quattuor libros sententiarum magistri Petri Lombardi. Super Sent.*, lib. 4 d. 28 q. 1 a. 4 *expositio* (Suppléments à la *Somme théologique, Le Mariage*, t. I, éd. et trad. L. MISSEREY, Paris, 1930, § 19583).

37. J. GAUDEMET, *Le Mariage...*, p. 180. Il renvoie à saint Bonaventure, saint Thomas et Duns Scot comme exemples de théologiens refusant de tenir la consommation de l'union comme preuve irréfragable de « consentement de présent », à rebours de la doctrine canonique.

mariage et sa validité au for des consciences, par contamination de la notion avec l'intention, et finalement le consentement lui-même³⁸. C'est au nom de la *veritas rei* dont peut attester le for des consciences qu'une partie de la doctrine scolastique a pu récuser la recevabilité de la présomption de consentement de présent dans cette *copula carnalis* subséquente.

La différenciation du for interne des consciences et du for externe, déterminée par la manière dont l'Église juge d'un problème, permet à Thomas d'Aquin de réévaluer la validité *in se* du mariage présumé³⁹ : « On peut parler du mariage de deux manières. En premier lieu, au point de vue de la conscience : à ce point de vue, l'union charnelle ne peut vraiment pas nouer le mariage entre deux fiancés, si le consentement intérieur fait défaut. En l'absence de consentement intérieur, des engagements même immédiats n'auraient pas le mariage pour effet. En second lieu, on peut parler du mariage selon la manière dont l'Église en juge. Or ce sont les gestes extérieurs qui servent de base au jugement de for externe. Mais il n'y a point d'expression plus significative du consentement que les rapports charnels. Aussi l'Église déclare dans son jugement que ces rapports postérieurs aux fiançailles incluent le mariage, à moins qu'il n'y ait eu des preuves évidentes de fraude ou de dol. » Ainsi les solutions permettent-elles de valider la présomption de consentement qui fonderait ici le mariage, mais dans un domaine exclusivement juridique. « Accomplir l'acte sexuel, c'est, il est vrai, consentir par le fait à la relation charnelle selon la vérité de la chose (*secundum rei veritatem*), mais ce n'est pas consentir au mariage sauf selon l'interprétation (*juridique secundum interpretationem juris*) » ; « cette présomption ne change pas la réalité/vérité des choses (*non mutat rei veritatem*), mais le jugement (*sed iudicium*) que l'on porte sur elles ». Les mariages présumés portent en eux un soupçon quant à la réalité de l'intention matrimoniale qui les sous-tend et dont ne peut pas juger le for externe qui n'a donc pas accès à la *rei veritas*.

Pour le franciscain Jean Duns Scot (v. 1265-1308), la « vérité » de la nature du consentement ne permet pas non plus de penser qu'un acte charnel après des fiançailles est cause de mariage. Il conclut l'unique question qu'il consacre à la distinction 28 en affirmant que « si le consentement initial ne s'est pas transformé en consentement au mariage, selon la vérité, et bien

38. Sur les débats sur la nature exacte de la présomption dans la *copula* qui suit des promesses de mariage, voir C. DONAHUE, « Johannes Faventinus... » et J. MULLENDERS, *Les Mariages présumés...* Ce dernier récuse l'idée que ce mariage présumé puisse être associé à une déclinaison du mariage clandestin. Voir aussi dernièrement, M. MADERO, *La Loi de la chair...*, p. 58. Sur la possible distinction entre *affectus* (de l'ordre de la volonté) et *affectio* (pour signifier un traitement du conjoint conforme aux attentes juridiques du rapport conjugal, au respect desquelles veille notamment le juge d'officialité), voir *ibid.*, note 30, p. 25.

39. THOMAS D'AQUIN, Q. 46, a. 2 (L. MISSEREY éd., p. 114) = *Quodlib.*, 5, q. 8, a. 1 (*Sancti Thomae de Aquino, Quolibet V*, Turin, 1956), traduit du latin.

que l'Église en fasse la présomption, ce n'est pas un mariage (*secundum veritatem, non est matrimonium, licet Ecclesia sic praesumat*)⁴⁰ ».

Manuels de confesseurs et ouvrages pour desservants de paroisse

À la lecture de certains ouvrages pour desservants de paroisse, le primat du judiciaire sur les contraintes du for de la conscience ne semble pas avoir réussi non plus à s'imposer toujours en matière d'appréciation des mariages présumés. Ainsi, dans son *Dialogus* entre *Guillelmus* et *Petrus*, le dominicain Guillaume de Paris, confesseur de Philippe le Bel, mort en 1314, pose la question de savoir si la relation charnelle qui suit des *sponsalia de futuro* fait le mariage. Pour répondre, il prend bien en considération l'intention des parties et introduit les notions d' *affectus maritalis* et d' *affectus fornicarius*. La présence seule de l' *affectus maritalis* permet de « faire mariage » : « Mais si on copule charnellement poussés par la seule volonté de fornication, ces relations charnelles après des fiançailles ne font pas le mariage. » L'auteur oppose clairement l'appréciation de la situation au for « externe », « où l'Église juge de ce qu'on dit et de ce qu'on voit (*In foro tamen exteriori ubi Ecclesia judicat de allegatis et apparentibus matrimonium esse judicatur*) », à celle du for « des consciences (*in foro tamen conscientiae*) »⁴¹.

L'auteur poursuit sa dénonciation des dangers de ce mode de formation du lien en envisageant le cas de deux engagements successifs. Un homme promet à une première femme de l'épouser et a des relations charnelles avec elle : il n'est pas motivé par une « disposition maritale », mais par un désir de fornication. Puis il s'engage à nouveau avec une autre femme, mais cette fois avec l'intention réelle d'être son mari. Comme dans le cas des mariages successifs posé par Hugues de Saint-Victor⁴², où l'un est clandestin et l'autre public, les jugements des deux fors ne peuvent manquer de s'opposer. Ainsi l'auteur indique-t-il qu'au for externe, l'Église juge que « le [premier] mariage existe » entre les deux contractants et que l'homme doit « retourner avec la première femme qu'il a ainsi connue charnellement ». Au contraire, « au for interne des consciences, il faut conseiller à un tel homme de rester avec sa seconde femme, parce que c'est sa propre femme, ce qui n'est pas le cas de la première, et qu'il vaut mieux subir une peine d'excommunication que de retourner avec la première femme et quitter la

40. JEAN DUNS SCOT, *Quaestiones in quartum librum Sententiarum a distinctione vigesima tertia usque ad quadragesima secundam*, Di. 28, Quaestio unica : *Utrum consensus de praesenti expressus verbis causet matrimonium* (*Opera omnia*, t. 19, Paris, 1894, p. 204-206).

41. GUILLAUME DE PARIS, *Dialogus de septem sacramentis*, s.l., 1500, f. 49v-50r.

42. HUGUES DE SAINT-VICTOR, *De sacramentis christianae fidei*, II, XI, c. 6. Voir aussi C. AVIGNON, « Femmes, mariages clandestins et justice d'Église. L'éclairage des archives d'officialités normandes de la fin du Moyen Âge », dans A. DESTENBERG *et al.* éd., *Faire jeunesses, rendre justice*, Paris, 2015, p. 161-172 (p. 161-162).

seconde. » Ce n'est plus le déficit probatoire du premier mariage (clandestin mais réel, donc valide) qui met en tension les décisions des deux fors, mais la détermination de la valeur de l'intention attachée à la *copula*. On croit reconnaître la solution proposée au XIII^e siècle par Pierre le Chantre au cas d'école posé par le Victorin, préconisant de subir l'excommunication plutôt que d'aller contre sa conscience⁴³, mais le dominicain présente ici un cas de figure qui ne questionne plus expressément l'incidence du déficit probatoire lié à la clandestinité, mais bien l'incidence de l'intention réelle des parties en cas de mariages présumés⁴⁴ : « Sache que les relations charnelles après des *sponsalia de futuro*, si le consentement fait défaut, ne font aucun mariage. Mais s'il y a consentement, elles font le mariage. »

Préoccupation évidente des canonistes en ce XIV^e siècle⁴⁵, la reconnaissance de la création ou non du lien matrimonial dans la *copula* est soumise à une appréciation qui diffère donc selon le for de référence, selon la place qu'y occupe le régime de la preuve. Le concept d'*affectus conjugalis*, aux contours si mouvants d'une catégorie normative à une autre, est ici mobilisé non pas seulement comme synonyme de « consentement » (comme chez Gratien, notamment), mais comme qualificatif de l'intention dans l'expression du consentement⁴⁶. Guillaume de Paris, comme les théologiens de son temps, a fait de l'*affectus* ou de l'intention le point nodal de la concession de la validité en soi des mariages clandestins pour conserver une certaine cohérence de surface à l'énonciation du principe que seul le consentement, et non la relation charnelle, est *de essentia matrimonii*⁴⁷. Les tensions normatives ne vont pas jusqu'à remettre en question les fondements du consensualisme.

43. PIERRE LE CHANTRE, *Summa de sacramentis et animae consiliis*, III, *Liber casuum conscientiae sive subtilium questionum circa simoniam, usuram, matrimonium etc.* (ap. 1179) (J.- A. DUGAUQUIER éd., *Summa de sacramentis et animae consiliis, tertia pars Analecta Mediaevalia Namurcensia* 16 [1963] et *Analecta Mediaevalia Namurcensia* 21 [1967], p. 464 : § 351).

44. Notons d'ailleurs que Guillaume de Paris disjoint cette réflexion de celle consacrée au *matrimonium clandestinum* présenté au folio 53.

45. Le *Sacramentale* composé par le curé de Térueil, Guillaume de Montlaurun, vers 1317 se présente comme un manuel de théologie sacramentelle pour les praticiens du droit. Les points sur lesquels théologiens et canonistes sont en désaccord, à la rubrique « mariage », sont les fiançailles, et les conséquences du *matrimonium presumptum* (Paris, BnF, ms. lat. 3204-3207).

46. Pour Gratien, J. T. NOONAN (« *Marital Affection...* », p. 497) parle de « regular identification of marital affection with consent ». C'est bien l'*affectus conjugalis* qui fonde l'union valide et indissoluble ; seul le problème de la preuve grippe le système. L'incidence de cette « disposition maritale » est également relevée par M. MADERO dans la réflexion casuistique visant à établir quelles formes de relations charnelles font naître un empêchement *ex copula illicita* ou pour honnêteté publique : M. MADERO, *La Loi de la chair...*, p. 134-135.

47. GUILLAUME DE PARIS, *Dialogus*, f. 51r.

Les tensions entre doctrine et discipline ?

Un autre niveau de tensions normatives mérite encore d'être évoqué : celui qui procède des stratégies disciplinaires des évêques dans leur réglementation synodale.

La promulgation du canon *Cum Inhibitio* à Latran IV, en 1215, infléchit durablement l'approche des mariages clandestins en établissant un cadre normatif que relaient ensuite, en les adaptant au besoin, les législations synodales locales. Ces dernières constituent en effet une expression normative, à l'articulation du général et du particulier (le diocésain), qui n'ont bien sûr pas vocation à contredire la norme conciliaire ou pontificale. Une fois relayée la lettre et/ou l'esprit du canon 51, chaque statut synodal peut déterminer la peine idoine encourue par les contrevenants, la forme des solennités requises qui assurent la publicité et l'honorabilité subséquente des noces.

Les différences d'énonciations synodales ne sont bien sûr pas des conflits de normes. La place reconnue à la coutume et aux usages dans la formation du lien matrimonial explique l'hétérogénéité des rituels, et les différences quant à la place accordée à la bénédiction. La liberté réglementaire des évêques s'y manifeste aussi quand ils traitent de la question de la *copula* subséquente à un échange de promesses de mariage : excommunication de ceux qui se connaissent charnellement après une *affidatio clandestina* comme le précise Guiard de Laon, évêque de Cambrai (1230-1240) dans le canon 92 de ses statuts (et pour laquelle on peut se demander si c'est la clandestinité qui motive la pénitence ou bien l'articulation toute particulière de la *copula* et d'un engagement matrimonial)⁴⁸ ; mise en cause (à des fins plus disciplinaires que doctrinales) de toute personne qui prétendrait connaître charnellement celle avec qui il s'est engagé en mariage avant la publication des bans dans les statuts rouennais d'Eudes Clément en 1245 (ce qui revient à envisager aussi une déclinaison devenue courante au XIII^e siècle du qualificatif « clandestin »)⁴⁹.

Rappelons aussi que toutes les législations synodales ne spécifient pas toujours un arsenal répressif : ainsi le synodal de Nîmes se contente de rappeler que « si quelqu'un a donné sa foi ou promis à quelqu'un qu'il la recevrait pour femme (*uxor*) et si après une telle promesse, il l'a connue charnellement, il ne peut, elle vivante, contracter mariage avec une autre. Bien plus, il doit être contraint de la prendre pour femme (*compelli quod eam teneat in uxorem*) et de lui assurer une affection conjugale – traitement conjugal – (*et maritali affectione*) si aucune raison valable n'empêche qui

48. J. AVRIL éd., *Les Statuts synodaux de l'ancienne province de Reims (Cambrai, Arras, Noyon, Soissons et Tournai)*, Paris, 1995, p. 46.

49. BESSIN, *Concilia Rotomagensis provinciae*, Rouen, 1717, II, p. 78.

l'ait comme femme⁵⁰ ». Le discours disciplinaire relaie ici parfaitement l'esprit de la doctrine canonique, et l'évêque mobilise l'argument de l'*affectio* non pas comme une garantie de l'intention du consentement intérieur (comme aurait pu le faire un théologien parlant d'*affectus*) mais comme une conséquence, voire une obligation légale de la reconnaissance par la société de l'existence d'un lien matrimonial entre les conjoints.

Il n'en demeure pas moins qu'au nom des obligations pragmatiques de lutte contre les abus liés à la clandestinité, certaines expressions normatives synodales semblent parfois à la limite de l'esprit du droit, et notamment de la norme consensualiste. On peut ainsi se poser la question de l'interprétation du canon 89 des statuts synodaux de Guiard de Laon : si les contractants « échangent leur foi entre eux, *inter se* », les *sponsalia* ainsi conclues n'auront aucune valeur (*non valebit*)⁵¹. Dans les statuts synodaux, les enjeux disciplinaires l'emportent évidemment ; et notamment quand l'évêque d'Angers Nicolas Gellent (1260-1291) fait inscrire dans les statuts de 1277 qu'en « buvant en nom de mariage, ne sont contractés ni mariage ni fiançailles. Nous avons appris que certains fidèles, voulant ou prétendant contracter mariage ensemble, boivent en nom de mariage. Ainsi, croyant avoir contracté mariage, ils s'unissent charnellement. Puisque par là aucun mariage n'est contracté, et de cette façon, plusieurs ont été trompés jusqu'à maintenant, nous vous imposons fermement de dire fréquemment et publiquement dans vos églises paroissiales que, par ces manières de faire, ne sont contractés ni mariages ni épousailles⁵² ».

Plus qu'un conflit de normes (entre la doctrine consensualiste et la discipline synodale), on peut y voir l'expression de la pluralité des cadres d'énonciation normative qu'impose la matière matrimoniale. Et l'on devine les difficultés qu'ont pu éprouver parfois les fidèles à hiérarchiser et harmoniser à leur tour des énonciations réglementaires aussi divergentes, mais aussi peut-être les brèches du dispositif dans lesquelles certains, mieux informés que d'autres, ont pu s'engouffrer pour obtenir à bon compte la caution de mariages plus ou moins réguliers au regard des dispositifs réglementaires, soit en profitant de l'accueil bienveillant de clercs d'abbayes jouissant d'exemptions et intéressées à affaiblir le pouvoir diocésain, soit en faisant jouer les outils de régularisation *a posteriori* que la justice ecclésiastique offrait aussi⁵³.

50. O. PONTAL éd et trad., *Les Statuts synodaux français du XIII^e siècle*, t. II, *Les statuts de 1230 à 1260*, Paris, 1983, p. 382-383.

51. J. AVRIL éd., *Les Statuts synodaux de l'ancienne province de Reims...*, p. 45.

52. J. AVRIL éd. et trad., *Les Statuts synodaux angevins de la seconde moitié du XIII^e siècle*, Paris, 1988, p. 135.

53. C. AVIGNON, « Marché matrimonial clandestin et officines de clandestinité à la fin du Moyen Âge : l'exemple du diocèse de Rouen », *Revue historique*, 655 (2010), p. 515-549 ; EAD., « Les couples clandestins devant la justice d'Église. Réflexions sur la normalisation matrimoniale judiciaire dans la France du Nord-Ouest à la fin du Moyen Âge », dans C. GAUVARD et A. STELLA éd., *Couples en justice. IV^e-IX^e siècle*, Paris, 2013, p. 77-98.

Selon que l'on se place dans l'ordre du canonique ou du théologique, du judiciaire ou du moral, mais aussi selon que l'on se place du côté des autorités ou des fidèles, l'appréciation du référent normatif s'infléchit en matière matrimoniale. Celle-ci se présente donc à nous comme un laboratoire de normes divergentes, parfois difficilement conciliables. Et ces divergences s'expliquent par les différentes formes de régulation offerte par l'Église, incarnée par ses docteurs qui précisent la règle, par ses évêques qui l'adaptent aux besoins du diocèse, et ses juges ou ses confesseurs qui veillent à son application, entre for judiciaire et for des consciences. La matière matrimoniale devient ainsi malléable, mais aussi périlleuse. Dans la *Christiani matrimonii institutio* qu'il fait paraître en 1526, Érasme condamne violemment les incohérences de la doctrine scolastique qu'illustrent selon lui les situations conjugales inextricables résultant de la réalisation *de facto* de mariages successifs. On retrouve dénoncé le problème du défaut d'intention viciant le consentement au for des consciences, l'incidence du désir de fornication, et l'impasse judiciaire subséquente. En 1530 encore, Martin Luther dénonce également les dilemmes matrimoniaux auxquels il est confronté comme pasteur⁵⁴. La question de la clandestinité a bien été le principal point d'achoppement de la doctrine médiévale en matière matrimoniale. Michael Sheehan et James Brundage ne manquent pas de le mettre en évidence dès les années 1970, suivis par Charles Donahue et ceux des universitaires qui ont eu à travailler à partir des archives judiciaires ecclésiastiques⁵⁵. Tout en étant reconnus valides, au for des consciences, et aptes à produire des effets de droit au for judiciaire, quand la preuve de « vœux légitimes », sous-entendus publics pour Gratien⁵⁶, s'impose au juge, les mariages clandestins n'en demeurent pas moins une modalité de contracter mariage qui ne « doi[t] pas être fait[e] ». Dans la logique d'Hugues de Saint-Victor au XII^e siècle, le scandale dénoncé est rattaché à l'impasse judiciaire et morale dans laquelle se trouve le contrevenant aux règles de publicité matrimoniale. Dans la logique de Raymond de Peñafort, quand il rédige au XIII^e siècle une somme pour confesseurs, il est corrélé aux risques de déstabilisation de l'institution matrimoniale. La littérature synodale de la fin du XV^e siècle semble ensuite réinvestir le « scandale » de la clandestinité de sa charge de « déshonneur », plus disciplinaire que

54. C. AVIGNON, « La question clandestine de la critique médiévale aux critiques érasmienne et luthérienne : clandestinité, honorabilité et sacramentalité du mariage en question », *Viator*, 41 (2010), p. 329-362.

55. J. A. BRUNDAGE, « Concubinage and Marriage in the Medieval Canon Law », *Journal of Medieval History*, 1 (1975), p. 1-17 ; M. SHEEHAN, « The Formation and Stability of Marriage in fourteenth-century England : Evidence of an Ely Register », *Medieval Studies*, 33 (1971), p. 228-263 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Recherches sur les officialités...* ; C. DONAHUE, « The Canon Law on the Formation of Marriage and Social Practice in the Later Middle Ages », *Journal of Family History*, 8 (1983), p. 144-158.

56. J. WERCKMEISTER, GRATIEN, *Décret...*, note 4, p. 311.

théologique⁵⁷. Mais nous avons aussi vu en action le débat scolastique (et les conflits d'autorités plus que de normes qu'il porte en lui) comme un moteur de la réflexion globale. Reste que la validation des mariages clandestins, et notamment des mariages par *verba de futuro copula carnali subsecuta*, porte ainsi en elle une tension entre ce qui « peut être fait » et ce qui « doit être fait », un dilemme entre la morale et le droit, un risque de contradiction entre le for judiciaire et le for des consciences, et impose finalement parfois une distinction entre validité et validation, la première relevant de la « vérité » du fait, et la seconde de la fiction régulatrice de la jurisprudence. La question du défaut de preuve explique en effet en grande part cette tension entre les fors, et la doctrine théologique et canonique a fait de ce risque de contradiction le point de cristallisation des justifications de la prohibition de ces mariages clandestins. Et par voie de conséquence, de l'impérieuse nécessité aussi pour le corps ecclésial de contrôler toujours plus en détail les processus matrimoniaux à l'œuvre⁵⁸.

Carole Avignon – Université d'Angers – CERHIO UMR 6258

Les mariages clandestins : impasse disciplinaire, scandale ou moteur de la réflexion doctrinale ?

L'histoire de la formalisation du droit du mariage dans l'Occident médiéval latin s'apparente à une succession de tensions normatives. Quoique les conflits de normes ne s'y limitent pas, les controverses théologiques et juridiques présentent l'intérêt d'avoir suscité l'expression de normes parfois contradictoires, suivant le for considéré. C'est spécialement le cas lorsqu'il s'agit de résoudre les difficultés judiciaires et morales liées à la hiérarchisation entre un mariage clandestin et un mariage public ou entre un mariage « présumé » dans l'« accouplement charnel suivi de paroles de futur » et un mariage par « paroles de présent ». Lequel de ces processus fait-il le « vrai » mariage ? Et selon quel référent normatif ? La diversité des solutions formulées par la doctrine canonique, la théologie, les manuels à l'usage des desservants de paroisse ou des confesseurs, ou encore les statuts synodaux, permet d'apprécier les différences d'objectifs des clercs concernés par la matière matrimoniale. L'enjeu importe, car il y va du salut des laïcs et de l'équilibre de la société tout entière. Ces tensions normatives ont parfois débouché sur des évolutions conceptuelles et lexicales, mais elles ont aussi donné lieu à des formes de concurrences susceptibles de déstabiliser les modes de régulation sociale, ce dont les acteurs du jeu matrimonial ont parfois su tirer profit.

Mariages clandestins – for de la confession – for judiciaire – *affectus conjugal* – mariage présumé

57. Dans les statuts synodaux meldeois de 1493 étudiés par Christine Barralis, la notion de *scandalum* finit, sinon par l'emporter sur celle de *peccatum* dans la législation synodale, du moins par gagner du terrain : C. BARRALIS, *Gouverner l'Église à la fin du Moyen Âge. Évêques et évêchés de Meaux (1197-1510)*, Paris-I, 2004.

58. C. AVIGNON, « Cadrage et contrôle du mariage », dans M.-M. DE CÉVINS et J.-M. MATZ éd., *Structures et dynamiques religieuses dans les sociétés de l'Occident latin 1179-1449*, Rennes, 2010, p. 511-522.

Clandestine marriages : disciplinary deadlock, scandal, or impulse for doctrinal thinking ?

The history of the formalization of marriage law in the Latin medieval West is very much like a series of normative tensions. Although the conflicts of norms cannot be restricted to theological and legal controversies, their interest lies in the fact that they sometimes gave rise to the expression of contradictory norms, depending on the *forum* at stake. It was more particularly the case when it came to the question of settling the moral and judiciary issues in connexion with the hierarchical status of clandestine marriages and that of public ones, or the one of a « sexual intercourse followed by words of future » and that of a marriage contracted by « words of present ». Which of these processes guaranteed a « true » marriage ? And according to which normative references ? The different solutions provided by canonical doctrine, theology, the manuals for parish priests and confessors or even synodal statutes enable us to assess the different goals of the clerics concerned by matrimonial issues. Much is at stake, because what is concerned is the salvation of the laity and the balance of the whole society. These normative tensions sometimes led to conceptual and lexical evolutions, but they also entailed certain forms of competition that could undermine the usual means of social regulation, which the actors of matrimonial could sometimes take advantage of.

Clandestine marriage – confessional *forum* – legal *forum* – *affectus conjugalis*
– presumed marriage

