

4589

RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

1936-1937

281

DIPLOME D'ÉTUDES SUPERIEURES
Droit Romain Histoire du Droit
REPETITIONS ECRITES
DROIT ROMAIN
APPROFONDI
rédigées d'après le Cours et sous le contrôle
de
M. NOAILLES

Professeur à la Faculté de Droit de Paris



“LES COURS DE DROIT”
RÉPÉTITIONS ECRITES & ORALES
RÉSUMES — PRÉPARATION A L'EXAMEN ECRIT

3, Place de la Sorbonne (au premier)

— PARIS —



060 068994 6

Répétitions Écrites et Orales
Reproduction interdite

D R O I T R O M A I N A P P R O F O N D I

(Doctorat).

-:-:-:-:-:-:-:-:-:-:-

M A R I A G E - D I V O R C E

E T R E S P I T U T I O N D E L A D O T

Caractère et
esprit du
cours de D.R.
approfondi
La méthode
historique.

Le Cours de droit romain approfondi tient une place très particulière dans l'enseignement de nos Facultés de Droit. C'est celui qui peut avoir le caractère le plus scientifique et en même temps le plus désintéressé, car il ne s'agit pas ici d'acquérir des connaissances positives, susceptibles d'être utilisées en elles-mêmes.

Le sujet du cours n'est en réalité qu'un prétexte. Son but est avant tout de servir d'initiation à la méthode historique, il doit donner un exemple de cette méthode qui sera instructive aussi bien pour ceux d'entre les élèves de la Faculté qui ont l'intention de persévérer dans les recherches historiques et qui veulent devenir historiens, que pour ceux qui, au contraire, ont le désir de rester de purs juristes et même des praticiens.

Car cette méthode historique, il est indispensable que tous ceux qui veulent devenir des gens instruits et cultivés, à un moment de leurs études, l'approchent et aient compris sa valeur. C'est un instrument indispensable de la grande culture.

En Première et en Seconde année, on a fait un exposé sommaire du droit romain, qui n'est pas pris à une époque quelconque de son histoire, mais dans son développement historique.

On a passé en revue treize cents ans d'histoire puisque le programme de droit romain commence théoriquement à la fondation de Rome, 754 avant Jésus-Christ et se termine en 565, à la mort de Justinien. C'est donc un programme immense et on ne peut y exposer que les grandes lignes du développement du droit romain. Il est impossible d'examiner et de critiquer la méthode et les éléments de la connaissance historique, on ne peut que présenter, sous la forme la plus accessible, le résultat des recherches, en écartant non seulement les détails accessoires, mais les difficultés et les obscurités. On ne peut que présenter comme données certaines ce qui est souvent conjectures. En somme, dans ces cours généraux, on expose les résultats de la méthode; il est impossible de la mettre en œuvre, de montrer son fonctionnement.

Cette démonstration fera l'objet de ce cours de droit romain approfondi. C'est aussi l'objet du cours de Pandectes, mais ici nous aurons plus de liberté, car notre cours sera moins exégétique, n'ayant pas pour principale mission l'explication des textes du Digeste. Le sujet traité peut l'être ici d'une manière plus franchement et plus uniquement historique.

L'étude des textes. La méthode historique repose avant tout sur l'étude des textes; c'est le caput et fundamentum totius institutionis; c'est la base solide dont on ne doit jamais s'écartez. Connaître les textes, les respecter, essayer de voir ce qu'ils disent, ne jamais vouloir leur faire dire ce qu'ils ne disent pas, ce sont les principes impératifs qui doivent être présents dans tout essai de recherche historique.

Ce sont des principes d'autant plus impératifs que l'esprit humain est naturellement porté à les transgresser. Même les savants les plus défiant d'eux-mêmes connaissent et pratiquent l'art de solliciter les textes.

Sur ces textes repose uniquement notre connaissance des choses du passé. Grâce au titre du cours de droit romain approfondi, nous aurons plus de liberté. Nous ne sommes pas limités aux seuls textes du Digeste, comme dans un vrai cours de Pandectes. Nous pour-

rons faire un large usage des historiens de Rome, des antiquités romaines, nous puiserons dans Plutarque, Denys d'Halicarnasse, Aulu Gelle et d'autres historiens nous ferons usage aussi des auteurs littéraires, en particulier de Cicéron.

Mais les textes que nous possérons ne sont que le reste d'une documentation plus abondante. Par exemple, la source principale de notre connaissance du droit romain c'est le Digeste. On sait que le Digeste se compose d'extraits de jurisconsultes classiques des trois premiers siècles de notre ère, extraits faits sur l'ordre de Justinien au milieu du VI^e siècle. De cette immense littérature classique, il ne nous reste que ces extraits qui ont été modifiés volontairement par les compilateurs de Justinien pour être mis au courant du droit de son temps, par des éditions ou par des suppressions; ce sont les interpolations.

L'établissement et la critique des textes.

Le premier travail de la méthode historique, c'est donc l'établissement et la critique du texte. C'est un travail lent et difficile, qui nécessite des connaissances étendues, non seulement juridiques mais historiques, littéraires, épigraphiques et philologiques. Il est absolument indispensable de bien connaître la langue latine. Pour ceux qui désirent continuer dans ce genre d'études, il faut avant tout une forte culture grecque et latine, sans laquelle il est impossible de faire une véritable carrière scientifique.

Les sciences auxiliaires de l'histoire sont nécessaires à connaître pour établir les textes, car il faut faire appel à toutes les ressources des sciences historiques pour replacer ces textes dans leur cadre original, en tirer la signification exacte et toute leur signification. C'est un travail dont les lenteurs impatientent parfois les esprits plus logiques qu'historiques. Ils reprochent aux historiens de s'attarder dans des recherches infinies, trop lentes et trop fragmentaires et ils considèrent parfois cet effort de recherche comme disproportionné avec son résultat. Ce sont les reproches qui sont adressés souvent à l'érudition, entendue dans un sens péjoratif. L'importance et la nécessité des travaux d'érudition n'apparaissent pas toujours aux profanes.

L'interprétation et l'explication des faits.

Sans nous y arrêter dans ce cours, il faudra cependant en montrer l'utilité et les résultats. L'observation des faits, l'établissement des textes, ce n'est pas encore le travail total de l'historien. Il y a une partie aussi importante, peut-être même plus importante de ce travail qui consiste dans l'interprétation des faits et dans leur explication, et ici

interviennent les facultés de raisonnement de l'esprit humain, la raison et la logique.

On explique les faits par la conjecture. La conjecture a une part très importante dans la recherche historique. Les documents qui nous restent du passé ne sont plus très nombreux, ils sont fragmentaires, la plus grande partie des témoignages du passé a disparu entièrement, sans laisser de trace et ceux qui nous restent ne sont pas les plus importants, au contraire; ce sont très souvent des détails fragmentaires et insignifiants.

La première raison se trouve dans les hasards des destructions et la deuxième en ce que les documents contemporains ne sont que des détails et sont en général muets sur les principes généraux, les règles fondamentales. Ils y font une simple allusion, car on les suppose connus; on n'en parle pas. Ces principes généraux sont en effet connus des contemporains qui en vivent mais ils sont ignorés de nous. Nous suppléons à notre ignorance par la conjecture.

La conjecture, c'est l'explication plausible de faits, c'est l'hypothèse la plus simple qui rend compte du fait connu, en dégage la signification, l'éclaire et la relie avec les autres faits de même nature. C'est donc un mélange délicat qui doit être opéré entre les faits connus et la conjecture et ce mélange une importance capitale dans l'histoire. Il faudra toujours se rendre compte du degré relatif de certitude des données historiques, faire la part du fait connu, acquis, et la part de l'hypothèse.

C'est cette hypothèse qui est susceptible indéfiniment de se modifier et de se perfectionner. Elle peut être modifiée par des faits nouveaux, mais, le plus souvent, par la meilleure interprétation des faits déjà connus. Vous serez peut-être étonnés de la par considérable de la conjecture dans l'histoire. C'est en effet la grande difficulté et l'obscurité des sciences historiques. Leurs incertitudes rebutent certains esprits logiques, amoureux de certitudes même apparentes et sont un scandale pour certains autres. On reproche à l'histoire de n'être qu'une science conjecturale; c'est un reproche qui est injuste, mais surtout inutile. Le caractère conjectural de l'histoire est un fait, il est inutile de le nier. C'est un fait qui n'est pas spécial à l'histoire, qui est commun plus ou moins à toutes les branches de la connaissance. Il est indispensable de s'en rendre compte, il est indispensable de sonder le fond de cette infirmité humaine et il n'y aura pas de meilleure manière qu'un cours de droit romain approfondi. C'est en ef-

et du cours.

fut le but dernier de ce cours.

Le titre de notre cours sera : "MARIAGE, DIVORCE ET RESTITUTION DE LA DOT." Vous voyez que nous traiterons des sujets assez généraux, de matières qui présentent en elles-mêmes un intérêt général.

Le but que nous poursuivons n'est pas de faire une étude complète et exégétique de ces institutions. Nous les étudierons à un point de vue un peu particulier. Ce qui nous retiendra surtout c'est le problème de leurs origines; nous chercherons d'où viennent ces institutions et comment elles se sont introduites dans le droit classique. Ce sont, en effet, des institutions réglées, à l'époque classique, par le droit civil. Mais cette réglementation n'a pas été l'œuvre scientifique et artificielle des jurisconsultes, elle est avant tout le produit des moeurs, des croyances religieuses que les jurisconsultes n'ont fait que dégager. Nous aurons donc à retrouver les coutumes primitives, antérieures au droit civil et qui en ont été l'origine.

La recherche, la reconstitution de ces coutumes familiales feront proprement l'unité du sujet que nous traitons et vous verrez, je l'espère, que même dans des sujets si rebattus, après tant d'études qui en ont été faites, il est encore possible d'apporter du nouveau. Les chemins rebattus, a dit un historien moderne, sont ceux où il y a le plus d'ornières et l'on a l'habitude d'y passer. Mais si on veut faire effort pour combler ces ornières, en apportant des matériaux nouveaux, il est possible encore, après tant de devanciers, de transformer le chemin. Ces matériaux, nous aurons à les chercher en cours de route, dans l'étude du droit religieux des Romains et dans l'utilisation des résultats qui ont été apportés par les recherches de cette science nouvelle qui s'appelle la sociologie.

Les institutions que nous avons à étudier dépendant étroitement de l'organisation de la famille c'est par la famille que va commencer notre étude :

Chapitre Premier : La famille et les principes généraux de sa constitution.

§ 1er : La patria potestas.

§ 2 : Les alieni juris.

§ 3 : Le patrimoine.

Chapitre II- La gens.

§ 1er : La gens de l'époque historique.

§ 2 : L'hypothèse gentilis.

§ 3 : Critique de cette hypothèse.

Chapitre III : Les cérémonies religieuses du mariage.

§ 1er : Rites nuptiaux.

§ 2 : Dieux protecteurs du mariage.

Chapitre IV : Formes du mariage.

§ 1er : La confarreatio.

§ 2 : Coemptio.

§ 3 : Usus.

§ 4 : Mariage sine manu.

Chapitre V : Les tabous du mariage.

§ 1er : Les tabous du mariage qui sont au nombre de trois : défense à la femme de commettre l'adultère de boire du vin et de pratiquer l'avortement.

§ 2 : Caractère de ces tabous, prescriptions religieuses dont la transgression par la femme rend la femme impure et impose au mari la répudiation et rend nécessaire une expiation nécessaire. Dans ces tabous, nous trouverons les cas les plus anciens de divorce.

§ 3 : Nature de ces tabous, explication sociologique de leur nature.

Chapitre VI : Consécration à Cérès.-

Nous examinerons dans ce chapitre les sanctions religieuses de ces tabous. Ces sanctions nous permettront de voir que la famille, le père de famille et sa femme étaient soumis à la surveillance et à la juridiction du groupe familial, non pas à l'autorité de la cité, mais à l'autorité du groupe famille formant une gens, ius osculi; Spurius Cassius. De ces coutumes date l'usage de ne pas répudier la femme qui n'est pas dans son tort sans lui donner une compensation pécuniaire.

Chapitre VII : Juridiction du paterfamilias. La disparition de la gens amène la disparition des coutumes familiales qui reposent sur l'autorité de la gens sur la famille. Ces coutumes se transforment, dans la mesure où elles sont encore respectées et appliquées, par l'autorité du père de famille qui subsiste seule dans la famille, en face de l'autorité des magistrats et de la loi dans la cité. Le père est juge en cas de divorce.

§ 1er : Judicium domesticum.

§ 2 : Conseil des proches.

§ 3 : Surveillance du censeur; le censeur représente dans la cité les mores majorum, surveille l'exercice par le père de famille de son autorité domestique et le force à suivre les coutumes familiales.

Avec les trois chapitres suivants, nous verrons comment les coutumes familiales engendrent la restitution de la dot et l'action rei uxoriae.

Chapitre VIII : Restitution légale de la dot.

§ 1er : Le divorce de Carvilius Ruga au début du

V° siècle de Rome fondée, fréquence des divorces.

§ 2 : Cautio rei uxoriae, la fréquence des divorces amène la femme et ses parents à stipuler la restitution de la dot.

§ 3 : Le judicium de moribus; cette stipulation de la dot rendant obligatoire sa restitution amènerait la ruine des coutumes familiales, aussi le magistrat judiciaire, le préteur rétablit la jurisprudence du censeur, mais en la transposant dans le plan du droit civil, par la reconnaissance d'une action, le judicium de moribus.

Chapitre IX: Action rei uxoriae.

§ 1er : Apparition et date de l'action.

§ 2 : Cas d'application.

Chapitre X : Cette origine familiale et censorienne explique les caractères anormaux dans le droit civil de l'action rei uxoriae et son action particulière.

§ 1er : Caractères de l'action rei uxoriae.

§ 2 : Formule de l'action.

Enfin, dans les trois derniers chapitres, nous étudierons la nature civile de l'action rei uxoriae, nous examinerons les controverses à laquelle elle a donné lieu.

Chapitre XI : De l'action rei uxoriae et de quelques actions archaïques dans l'œuvre de Cicéron.

Chapitre XII: L'action rei uxoriae et les actions in aequum et bonum conceptae.

Chapitre XIII : Les retentiones.

Chapitre Ier

LA FAMILLE.

Organisation de la famille romaine sur le type patriarchal.

Nous rappellerons seulement dans ce chapitre les principes essentiels qui dominent l'organisation de la famille romaine. La famille romaine est organisée suivant le type le plus pur de la famille patriarcale. Telle que nous la connaissons, c'est-à-dire dans les textes des jurisconsultes classiques du Ier siècle ap. J.C. ce caractère est déjà entamé par les interventions de l'Etat. La famille patriarcale a déjà été l'objet d'adoucissements modernes, l'intervention de l'Etat a diminué l'autorité du père et celle-ci commence à être réglementée et contrôlée par l'Etat.

Mais ces interventions sont à la fois timides et fragmentaires. Ce sont des atténuations de détail des restrictions dans ce que les règles traditionnelles ont de trop choquant au point de vue moderne. Par exemple, on essaie d'interdire l'exposition des nouveaux nés, on restreint le droit de vendre les enfants et on supprime le droit de vie et de mort. Mais les principes essentiels de cette famille patriarcale restent debout et même les restrictions modernes en font apparaître mieux le caractère absolu. On peut y reconnaître très clairement le type origininaire.

Cette organisation de la famille n'est pas spécifique au droit romain, c'est le type général de la famille chez tous les peuples indo-européens, notamment, pour ne parler que de l'Europe, chez les Germains, les Grecs et les Romains.

Mais c'est la famille romaine qui a conservé le plus longtemps le type le plus pur, le caractère le plus absolu de cette famille patriarcale. Ses caractéristiques essentielles peuvent être ramenées à trois chefs principaux.

I^e. Dans cette famille, le père jouit d'une autorité absolue et perpétuelle : c'est la patria potest. La famille est formée par le groupe de toutes les personnes soumises à l'autorité du chef. C'est ce lien d'autorité qui crée entre eux le lien de parenté, qui fait que toutes ces personnes font partie de la même famille : c'est le lien d'agnation. Cette autorité est absolue et perpétuelle, ou tout au moins viagère, car le père de famille la conserve jusqu'à sa mort et tous ses descendants, quel que soit leur âge, quelle

Traits caractéristiques de la famille romaine.

que soit leur condition publique, restent soumis à l'autorité, ce sont des alieni juris.

2°- L'autorité paternelle est un droit, ce n'est ni une charge ni un devoir. Elle a un caractère unilateral. Les rapports entre le père et les enfants ne sont pas envisagés comme des rapports de droits et d'obligations réciproques. D'un côté, du côté du père, il y a tous les droits, qu'il exerce librement : le père est sui juris, de son propre droit. D'un autre côté, tous les devoirs auxquels sont soumis, sans contrôle, tous les descendants qui sont alieni juris, qui sont sous le droit d'autrui.

C'est là la différence la plus caractéristique avec le droit moderne où l'autorité paternelle n'est plus guère qu'un ensemble de devoirs et de charges dans l'intérêt des enfants qui sont incapables. Il s'agit, avant tout, de les protéger, de les nourrir et de les élever. C'est pourquoi cette autorité cesse quand elle n'est plus utile, en principe à la majorité de l'enfant, à l'époque où, théoriquement du moins, l'enfant n'est plus incapable de vivre indépendant.

On exprime cette différence en disant que la puissance paternelle est un pouvoir dans l'intérêt du père, à Rome, en réalité, le caractère absolu de cette puissance a abouti à l'identification des intérêts du père et des intérêts de la famille. Le père représente si parfaitement la famille qu'il l'incarne. Mais il serait plus exact de dire que l'autorité paternelle a été constituée dans l'intérêt de la famille, dans l'intérêt du groupe, et non pas dans l'intérêt individuel des enfants.

3°- Enfin cette autorité paternelle est indépendante de l'Etat. La famille romaine forme un groupe autonome, une cellule fermée, à toute influence du dehors sur le groupe. L'autorité du père s'exerce seule, elle est exclusive de toute autre autorité, et elle s'exerce sans contrôle de l'Etat, qui ne se considère point comme étant en droit de surveiller et de réglementer la puissance paternelle. La puissance publique s'arrête au seuil de la famille, la famille forme un groupe souverain.

Cette souveraineté, cette indépendance proviennent de ce que l'organisation de la famille est plus ancienne que l'organisation de l'Etat. Les règles constitutives de la famille ne sont pas des lois émanant de la cité, ce sont des règles religieuses et des coutumes familiales que la cité accepte, mais qu'elle n'a pas créées.

Cette indépendance de la famille vis-à-vis de l'Etat est une règle fondamentale, qui n'a subi que peu d'exceptions. Il n'y a que des restrictions de détail, et timides, qui ont été faites dans le cours

du développement du droit romain. Le principe reste debout jusqu'à la fin de ce droit et la puissance de la tradition est telle que ce principe est encore invoqué de nos jours, alors qu'il est complètement renversé et que depuis longtemps la famille n'est plus qu'un groupe d'intérêts privés, dont les règles font partie des lois de l'Etat, font partie du droit civil au même titre que toutes les autres lois.

Ainsi la perpétuité, la souveraineté et l'indépendance sont les trois caractéristiques de la puissance paternelle.

§ I - Patria potestas.

Le titre de paterfamilias.

Sens et portée de l'expression.

Le père de famille, à Rome, est appelé paterfamilias. Ce mot "pater", nous disent les linguistes (Cf. Ernout et Meillet, Dictionnaire étymologique de la langue latine, p. 170) n'implique pas une idée de génération. Ce qui est exprimé par ce mot, ce n'est pas la paternité physique, le lien du sang, cette paternité est exprimée par les mots parens ou genitor. C'est la valeur sociale de celui qui a l'autorité, c'est la puissance qui est indiquée par ce nom : c'est le chef de la famille.

Cette valeur sociale, et par suite religieuse, est héritée de l'Indo-Européen; le mot qui correspond à pater dans cette langue, est pita, qui indique cette idée d'autorité, à côté de janita qui veut dire genitor.

Aussi les jurisconsultes, logiques avec leur définition, appellent-ils paterfamilias même les citoyens non mariés, les citoyens sans enfant. Ils peuvent même appeler paterfamilias un enfant quel que soit son âge, qui n'a plus son père ou son grand-père, car cet enfant a un patrimoine, il a une familia et il en est le chef; c'est une puissance de droit qu'il possède bien qu'il soit incapable en fait de l'exercer. Ulpie nous dit (D.50,I6,I95,2): "Paterfamilias recte hoc nomine appellatur quamvis filium non habeat, non enim solam personam ejus, sed et jus demonstramus; denique et pupillum patrem familias appellamus, cum paterfamilias moritus: On donne à juste titre ce nom de paterfamilias même à celui qui n'a pas d'enfant, car nous n'indiquons pas ainsi seulement sa personne mais son droit. C'est pourquoi nous appelons aussi paterfamilias le pupille lorsque son père de famille est mort.

La famille est constituée de façon autonome et monarchique. Dans l'intérieur de la famille, le père a tous les pouvoirs, il en est d'abord le chef reli-

Concentration des pouvoirs dans la famil-

entre les
ains du pater.
e père chef
eligieux.

gieux, le prêtre du culte domestique; c'est à lui que sont confiées les *sacra privata*. Festus (*De verborum significations*) oppose les *sacra privata* aux *sacra publica*, c'est-à-dire le culte privé des familles au culte public de l'Etat : *Sacra publica quae pro populo fiebant, privata quae pro singulis hominibus familiisque appellabant*: On appelle *sacra publica* ceux qui sont faits pour le peuple, et *privata* ceux qui sont faits pour chaque homme et pour chaque famille.

Dans le culte familial, on distingue, en effet, les fêtes religieuses, célébrées dans chaque maison à l'occasion des événements les plus importants de la vie de chaque membre de la famille : ce sont les *sacra pro singulis hominibus*, la célébration de la naissance, soit le jour de la naissance d'un membre, de la famille, soit l'anniversaire du père. On célèbre aussi le jour où l'enfant nouveau-né reçoit son nom, ce sont les *nominalia*; le jour où il prend la *toge virile*, à l'époque de sa puberté : ce sont les *liberalia*; et on célèbre aussi, par des fêtes religieuses dans l'intérieur de la famille, les fiançailles, *sponsalia*, et le mariage, les *nuptialia*. Il y a encore les *sacra pro familiis*, en l'honneur des divinités domestiques, les *lares* et les *pénates*, les *sacra* comportent encore le culte des morts de la famille.

Ces différentes cérémonies du culte privé sont célébrées dans la maison même et sur le foyer, dans l'*atrium* ou sur l'*autel* domestique. Le père est le prêtre de cet ensemble de fêtes domestiques, c'est lui qui les règle et il a toute sa famille autour de lui, chacun à sa place. On sait que la religion est le lien le plus ancien et le plus étroit qui forme l'unité des groupes humains.

Le père est le chef du groupe, il a, comme on dit en droit public, l'*imperium*, le droit de commander qui s'exerce sur tous ceux qui font partie de la *familia*. Ce droit est entier, il est absolu, il est sans limite, et c'est parce qu'il est sans limite, donc difficile à définir qu'on exprime, en général, ce droit par ses conséquences les plus extrêmes.

C'est ainsi, d'abord, que la réception dans la famille dépend de la volonté du père : la naissance d'un enfant dans la famille a pour conséquence la présentation du nouveau-né au père, devant l'autel des ancêtres; on pose le nouveau-né à terre devant lui; s'il l'accepte comme fils il le souleve dans ses bras, c'est pourquoi la reconnaissance d'un enfant s'appelle à Rome : *suscipere tollere filium*. S'il refuse cet enfant, il détourne la tête. De même que son acceptation est la condition nécessaire de son entrée dans la

père chef
groupe fami-
al et maître
sa composi-
on.

famille, ce refus l'empêche d'être membre de cette famille.

Même une fois reçu, le père peut écarter l'enfant de sa famille par une manifestation de son autorité, quel que soit l'âge de l'enfant. D'abord il a le droit d'exposer les enfants en bas âge, il a le droit ensuite de les émanciper, c'est-à-dire de les écarter de sa famille; - il a le droit de les adroger, c'est-à-dire de les donner en adoption à une autre famille, et enfin il a le droit de les vendre : la mancipation du fils de famille place celui-ci sous l'autorité d'un autre que son père, il est in mancipio, il devient un mancipium, sans pour cela que le père perde définitivement ses droits sur lui, car s'il est affranchi par l'acquéreur, il retombe sous la patria potestas de son père. La loi des XII Tables pose une limite à ce droit : Si pater filium ter venum dui filius a patre liber esto ; si le père a vendu trois fois son fils, le fils est libéré du père.

Dans l'intérieur de la famille, le père peut châtier son enfant, tous les châtiments corporels sont permis, y compris le plus grave, qui est la mort. Le père a sur son enfant le jus vitae necisque, le droit de vie et de mort, et il exerce souverainement ce droit. C'est un droit dont il a souvent usé, nous en avons encore des exemples historiques, jusqu'à la fin de la République. Dans la conjuration de Catilina, un des complices de Catilina, Aulus Fulvius, fils d'un sénateur, a été arrêté et mis à mort par son père.

Ce droit souverain est cependant soumis à une restriction, une restriction de forme à l'époque historique : le père est obligé de consulter le conseil des parents avant d'exercer sa justice, il n'est pas obligé de suivre l'avis qui a été donné, mais il est obligé de prendre la consultation. Cette obligation est imposée par les mores plutôt que par le droit. C'est une simple restriction de forme à cette époque, cependant cette restriction nous apparaît comme le résidu d'un droit plus important : c'est la surveillance, à l'époque historique, d'un droit de contrôle et de surveillance du groupe familial plus étendu, dont le père faisait partie : surveillance de la gens. Ce droit a disparu avec la gens, en ne laissant que quelques légères traces.

Ce droit de surveillance ne fut pas tout de suite transformé en obligation juridique, car il faut attendre plusieurs siècles avant que la législation de l'Etat ose intervenir entre le père et le fils et réduise ce droit. Cette surveillance elle fut introduite sous l'influence des idées morales, sous l'influence des

Pouvoirs du père sur ses enfants; jus vitae necisque.

mœurs. Un jurisconsulte, Marcianus, au D. 48, 9, 5, nous dit : *Patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere* : La puissance paternelle doit agir plutôt par amour que par terreur. Trajan force le père qui a maltraité son fils, à l'émanciper. Hadrien condamne à la déportation le père qui tue son fils et Constantin punit comme parricide le meurtre d'un enfant (Code 9, 7, 1). Avec Constantin disparaît le *jus vitae necisque*. Reste un droit de correction, dont quelques vestiges subsistent encore dans notre droit moderne.

Sauf une atténuation dans ce que ce droit avait de plus choquant, il n'y a pas de garantie judiciaire donnée aux membres de la famille; les fils ne peuvent pas en appeler de l'autorité du père devant les magistrats. La famille est une cellule fermée à toute intervention de l'Etat. La puissance paternelle a un caractère souverain.

§ 2 - Les alieni juris.

a dépendance;
condement de
a parenté.

situation de
a femme du
paterfamilias.

nfants placés

Quelles sont les personnes qui sont ainsi groupées sous la *patria potestas*? Je rappellerai seulement les principes pour montrer comment les liens qui unissent ces personnes proviennent toujours et uniquement de la puissance; c'est la dépendance des enfants qui crée leur parenté.

D'abord en ce qui concerne la femme du *paterfamilias*. Ici cependant, et c'est une des anomalies les plus frappantes du droit romain ancien, dès une époque très ancienne, à côté du mariage qui place la femme sous l'autorité du mari, les Romains connaissent un mariage libre, qui laisse la femme indépendante. A côté du mariage *cum manu*, ils connaissent un mariage *sine manu*.

Dans le mariage *cum manu*, la femme quitte sa famille, elle entre dans celle du mari et elle est placée sous l'autorité non pas du mari, mais du père du mari, du *paterfamilias* de sa nouvelle famille. On dit d'elle qu'elle est *loco filiae*, c'est-à-dire qu'elle a sur le patrimoine de la famille les mêmes droits qu'une fille ou qu'un fils, des droits de succession.

Dans le mariage *sine manu*, au contraire, elle reste dans sa propre famille, elle est étrangère à la famille de son mari. La conséquence extrême de cette idée est qu'elle n'a pas de lien juridique avec ses propres enfants, et on voit ici combien les liens de parenté sont des liens de puissance et non pas des liens du sang.

De même, pour les enfants, sont sous la *patria*

sous la patria potestas.

potestas du père : d'abord les descendants nés d'un mariage légitime, au premier degré, les fils et les filles; au deuxième degré, les enfants des fils. La puissance paternelle va marquer ici une séparation très importante, qui n'existe pas dans notre droit moderne entre la descendance par les femmes et la descendance par les hommes : font seuls partie de la famille du grand père les descendants de ses fils et non pas les descendants de ses filles, car ces descendants, nés dans un mariage légitime, sont sous la potestas de leur grand père paternel. N'étant pas sous la puissance de leur grand père maternel, ils n'auront aucun lien de parenté civile avec lui et ils sont étrangers à la famille de leur mère.

L'adoption ;
son importance.

A côté de ces enfants unis par des liens naturels avec leur père, il y en a d'autres qui sont unis par les liens artificiels de l'adoption. Ces liens sont artificiels et nés exclusivement de la volonté, mais ils sont aussi complets, aussi solides que les liens naturels. Le fils adoptif appartient au même titre et a autant de droits que le fils par la nature. Dans notre droit l'adoption est une survivance sans grand intérêt pratique; au contraire, en droit romain, l'adoption est un usage universel et extrêmement fréquent à toutes les générations; c'est un usage continual de recrutement des familles, entre les parents proches, il est vrai, entre les membres de la même gens, c'est un échange fréquent d'enfants; par exemple, à toutes les générations, les Scipions échangent avec les PâEmiles leurs enfants. Il y a un autre exemple célèbre : les premiers empereurs romains de la famille patricienne des Julii recrutent leurs successeurs, régulièrement, par l'adoption et non pas par le sang: Auguste est le neveu et le fils adoptif de César, Tibère, Caligula, Claude et Néron ne sont pas des fils par le sang de leurs prédécesseurs, mais ce sont des neveux ou des parents proches adoptés par eux.

Les clients.

Ce ne sont pas seulement les descendants naturels ou adoptifs qui sont sous la potestas du père dans la famille. Groupés autour de lui, nous trouvons encore d'autres personnes : les clients et les esclaves.

Nous n'insisterons pas sur la clientèle. Originai-
rairement la potestas qui portait sur les clients et de même nature et de même étendue que celle qui por-
tait sur les fils. Mais à l'époque historique, les
liens de patronat et de clientèle ne sont plus qu'un
vestige d'un état antérieur. En réalité les coutumes
familiales sur la clientèle n'ont jamais été prises
en considération dans leur ensemble par le droit ci-
vile et l'établissement de la cité a amené la ruine de

cette institution. Le client, au point de vue civil a été libéré du père de famille; comme la gens que nous allons étudier, la clientèle survit dans la société et non pas dans le droit civil.

Au contraire, l'esclavage est une institution restée pleinement en vigueur. C'est la dominica potestas, qui rejoint la patria potestas par son caractère absolu et illimité. Cependant, chez les derniers auteurs s'occupant du droit romain, il y a actuellement une réaction légitime contre l'idée qui traîne dans tous les manuels, et qui était extrêmement répandue chez les romanistes de la génération précédente : c'est cette idée d'après laquelle la patria potestas sur les enfants, la dominica potestas sur les esclaves, le dominium sur les res, la propriété, ont une même origine et proviennent à l'origine d'une notion commune qui ne se serait différenciée que par la suite, lorsque les notions de droit ont été précisées, par l'analyse des jurisconsultes.

Malgré le caractère absolu et illimité de ces puissances, je crois, au contraire, qu'on peut apercevoir que, même à l'époque la plus primitive, ces diverses notions ont toujours été distinguées, que jamais le fils de famille, l'esclave et les objets inanimés de propriété n'ont été confondus dans une même condition unique pour tous. C'est ce qu'on peut apercevoir par l'étude des formes de constitution de ces diverses puissances et par les différences existant entre eux et ayant toutes chances d'être primitives. Cela résulte notamment des études nouvelles sur l'émancipation, notamment de cette très belle étude de M. de Visscher qui vient de paraître en octobre 1936, dans le dernier numéro des *Studia et documenta juris romani*, publié par l'Institut pontifical de droit romain. Cette étude est intitulé : *Mancipium et res mancipi*.

On peut reconnaître que la notion de puissance sur les personnes et sur des êtres vivants susceptibles d'être commandés et d'obéir au commandement est une notion primitive. C'est une notion qui correspond à la forme juridique qui s'appelle la mancipation. C'est la notion originelle, bien antérieure à toute idée de droit et de règles juridiques imposées par la cité. Tandis qu'au contraire, la notion de propriété sur les choses, la notion de dominium est moins ancienne. Elle suppose un certain développement de la pensée juridique.

personnalité Même dans cette notion primitive, qui est la no-

du fils de fa-
mille.

tion de puissance , je crois que la condition de l'esclave et celle du fils de famille ,ont toujours été différenciées. L'esclave a bien été assimilé à une chose, à un objet de propriété, le fils de famille jamais. L'esclave n'a aucune personnalité juridique, le fils de famille en a une et le droit de la cité l'a reconnue. De sorte que lorsque la cité se constitue, le fils de famille quoique sous la puissance du père, est reçu comme un membre de la cité et le droit de cité qui se fonde reconnaît sa personnalité en tout ce qui n'est pas incompatible avec la puissance.

Il le reconnaît dans le droit public d'abord. L'administration de la cité, les règles constitutionnelles de sa fondation par la fédération de familles, se construit en dehors de la famille et indépendamment d'elle. Aussi dans le droit public, la personnalité du fils est reconnue pleine et entière : les fils ont, comme les parents, le jus suffragii, le droit de voter, le droit d'écrire les magistrats, et ils ont aussi le jus honorum, le droit d'être eux-mêmes magistrats.

Dans le droit privé, la personnalité du fils est elle-même reconnue, mais cette reconnaissance est ici susceptible de se heurter à la puissance paternelle. D'où cette espèce de côte mal taillée, d'après laquelle le fils est capable de s'oblier par ses délit et par ses contrats. Il peut être débiteur, il peut être créancier jure civili, mais on ne pourra pas le poursuivre pour un délit commis par lui, ce sera le père qui sera poursuivi par l'action née du délit commis, mais donnée noxaliter, contre le père. Par cette action, on mettra le père en demeure, ou bien d'abandonner la puissance sur son fils, ou bien de payer pour lui, car c'est cette puissance qui empêche la répression de la cité d'atteindre la personne du fils.

Il semble , en outre , que l'on peut poursuivre le fils de famille pour exécution de ses obligations nées de contrats : Gaius, D. 44,7,39 : *Filius familias ex omnibus causis tamquam paterfamilias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest :* Le fils de famille est obligé pour toute cause comme un père de famille, c'est pourquoi on peut plaider avec lui comme avec un père de famille.

Mais cette poursuite sera sans grand intérêt, car il n'a pas de biens. En effet, en ce qui concerne les créances et les propriétés, le fils de famille, sans doute, peut devenir créancier, il peut être fait propriétaire : on peut en effet lui faire une donation ou l'instituer héritier, mais ici la puissance paternelle empêche que le droit civil produise ses

pleins effets. Il ne peut bénéficier du résultat de sa créance, du résultat de la propriété, car il n'y a qu'un seul patrimoine dans une famille, ce patrimoine appartient au père de famille. L'acte fait par le fils rendra donc le père propriétaire, rendra le père créancier. Ceci est une différence avec l'esclave qui, étant une res, ne peut pas avoir lui-même de droits.

§ 3 - Les biens.

L'unité du patrimoine familial, pouvoirs absolus du pater.

Le patrimoine de la famille assure la vie, assure l'entretien des membres de la famille. Le patrimoine, c'est donc une masse de biens qui appartient à la famille. Le principe est l'unité du patrimoine, à une seule famille correspond un seul patrimoine et tout ce que possède la famille appartient au père. Il a sur les biens la même puissance absolue que sur les personnes. Il aura donc l'administration et la disposition sans contrôle, pendant toute sa vie, de ces biens. Après sa mort, il a même le droit d'en disposer par un testament.

Ancien caractère collectif de la propriété familiale.

Ce pouvoir absolu masque le caractère collectif de la propriété familiale. Cette propriété qui est faite pour toute la famille évolue en propriété individuelle du père de famille. Mais, ici encore, nous trouvons des traces reconnaissables d'un état antérieur où le caractère collectif de cette propriété devait être plus fort, plus vigoureux. Le droit n'en a pas perdu le souvenir et les jurisconsultes classiques font remonter le droit que les enfants ont de succéder à leur père dans le patrimoine familial à leur caractère de copropriétaires de ces biens de famille. C'est ce que nous dit, d'une façon expresse, un texte fameux du jurisconsulte Paul, : D. 28,2,11 : In suis heredibus evidentiis apparel continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur : Dans les héritiers siens, il apparaît d'une manière très évidente que la continuation de la propriété va jusqu'à ce point qu'il semble qu'il n'y a aucune hérédité. Comme si autrefois ceux-là étaient propriétaires qui, même du vivant de leur père, peuvent être considérés dans une certaine mesure comme propriétaires.

La constitution autonome de la famille romaine; son antériorité à la constitution de la cité.

Ainsi la famille patriarcale forme un groupe autonome, constitué monarchiquement autour de l'autorité absolue du père de famille. Cette autorité a le même caractère que celle du roi dans la cité. Ce caractère de souveraineté d'une famille est mis en relief longuement et établi par Bonfante dans une série d'articles.

cles fondamentaux sur notre matière et qui sont réunis dans ses Scritti giuridici (Tome I p. I et ss. T. II p. I et ss.).

Cette constitution autonome de la famille s'explique par ses origines. La famille patriarcale romaine n'est qu'un rameau de la famille patriarcale des peuples indo-européens et l'étude de cette famille paraît enseigner que sa constitution est antérieure à la constitution de l'Etat, à la constitution des cités, première forme de l'Etat. Chez ces peuples, la cité c'est le groupement des familles autour d'un chef militaire, d'un groupe de familles qui, pour des raisons variées et spécialement des raisons de défense ont abdiqué une partie de leur indépendance dans cette réunion. Le chef militaire, dans la cité, devient comme le père de famille, le juge et le prêtre.

Mais, avant la constitution de la cité, l'organisation patriarcale est le groupe qui assume cette fonction de défense. C'est un organisme économique indépendant et fermé qui protège ses membres contre les voisins, dont le nom est synonyme d'ennemis. C'est une organisation militaire et souveraine, et on voit combien elle est éloignée de la conception de la famille moderne, qui est un groupement de purs intérêts privés dans le but d'éducation des enfants et de leur entretien pendant la période de leur vie où ils sont incapables de se subvenir à eux-mêmes. Cette famille moderne est organisée sous le contrôle et sous la surveillance de l'Etat; elle est soumise à son autorité, son organisation dépend des lois civiles, comme toutes les autres règles du droit civil.

Ce rôle si important de la famille romaine paraît bien avoir été son rôle primitif, d'après ses caractères constitutifs. Mais à ce rôle la famille, au sens strict du mot, paraît mal adaptée. C'est en effet un groupe trop petit, car il ne comporte que le père et ses descendants et, bien que ce groupe reste uni toute la vie du père, si riche que soit une famille, sa puissance est trop limitée par le petit nombre de ses membres et par le grand nombre relativement des enfants en bas âge. Mais, surtout, sa durée est trop précaire, car la mort du père de famille dissout le groupe, d'après les règles historiques que nous connaissons bien. A cette mort, autant de familles nouvelles sont fondées qu'il y a d'alieni juris rendus sui juris par la mort de leur paterfamilias. Parmi les petits enfants sont chefs de famille tous ceux qui n'ont pas leur père, quels que soient leur âge et leur condition. Ces familles nouvelles sont dorénavant absolument indépendantes les unes des autres.

Dissolution
du groupe
à la mort du
paterfamilias.

Il est impossible que ce soit ce groupe restreint qui ait assumé cette fonction sociale dont elle est le témoin, cette fonction publique et souveraine qu'a remplie plus tard l'Etat. Aussi, entre la famille stricto sensu, que nous connaissons, et la cité, avant que la cité ne soit organisée et n'assure la protection de ses membres, il semble que s'est interposé un groupe plus étendu, plus stable, dont la durée ne dépend pas de la vie de son chef. Ce groupe, c'est la gens.

Chapitre II

LA GENS.

Pour étudier commodément la gens, nous irons du connu à l'inconnu, des témoignages certains de l'histoire aux hypothèses qui essaient de leur restituer leur signification primitive. Nous nous rendrons mieux compte par ce procédé, du départ qu'il faut faire entre les faits connus et les conjectures construites sur ces faits.

Nous étudions, dans un § 1er: la gens dans le droit civil et dans la société de Rome; - dans un § 2ème: l'hypothèse gentilis; - § 3ème: Critique de cette hypothèse, décadence des gentes.

§ 1er - Les gentes dans le droit civil et dans la société romaine.

l'époque républicaine
a gens n'est
lus qu'une survivance.

définition
de la gens.

A l'époque république, c'est-à-dire à l'époque dont nous conservons la trace, grâce à des témoignages historiques certains, la gens n'est plus qu'une survivance. C'est une institution presque disparue, qui ne survit à l'état de préjugé social, de prétentions nobiliaires des vieilles familles anciennes et riches de Rome. Ces familles forment des gentes; elles trouvent dans cette organisation, en même temps que des motifs d'orgueil et de supériorité sociale un supplément de puissance par la solidarité plus forte qui existe entre elles. Mais, au point de vue juridique la gens n'a que très peu d'importance.

La définition de Quintus Mucius Scaevola nous est rapportée par Cicéron (*Topiques* 26.29): Gentiles sunt inter se qui eodem nomine sunt, qui ab ingenuis oriundi sunt, quorum majorum nemo servitutem servit, qui capite non sunt deminuti: Sort gentiles entre eux ceux qui ont le même nom, qui descendent d'ingénus

et dont parmi les ancêtres aucun n'a été en servitude et n'a subi de capitio deminutio. Festus (de verum significatione) au mot gentiles: Gentilis dicitur et ex eodem genere ortus et is qui simili nomine latur: On appelle gentiles ceux qui descendent d'une même race et ceux qui sont appelés du même nom. Ul. D. 50.I6.I95.4.: Item appellatur familia plurimum personarum, quae, ab ejusdem ultimi genitoris sanguine profisciscuntur (sicuti dicimus familiam Julianam), si a fonte quodam memoriae: De même on appelle famille le groupe de ceux qui sont nés d'un ancêtre commun ainsi nous appelons la famille Julia, parce qu'il de mémoire que ces personnes proviennent d'une même origine. On remarquera dans ce dernier texte la confusion fréquente chez les auteurs qui leur fait employer le mot de familia pour désigner la gens. L'inverse ne se produit jamais.

Traits caractéristiques de la gens au point de vue juridique.

1) identité du nom.

2) Sacra gentilicia.

3) Origine commune.

On peut donc relever les traits caractéristiques de la gens pour les jurisconsultes: c'est 1°) l'identité de nom, le nomen gentilicium figure pour tous les membres de cette gens à côté des autres noms. On sait que la règle générale, chez les Romains est que chaque citoyen porte trois noms. Le premier est le praenomen, le nom de l'individu; le deuxième est le nomen, qui désigne la gens; et le troisième le cognomen, qui désigne la famille. Exemple: Marcus Tullius Ciceron: Marcus fait partie de la gens Tullia et de la famille Cicéron.

2°) Les gentiles ont des sacra en commun; ou que gens a un culte gentilis, distinct du culte de chaque famille de la gens, ce sont les sacra gentilicia.

3°) Ils prétendent avoir une origine commune. Cette prétention est basée sur ces deux indices du nom et des sacra et sur une possession d'état immobilière.

Comme on le voit, par les définitions que nous avons laissées les jurisconsultes, cette origine commune est la prétention principale: les gentiles prétendent être unis parce qu'ils auraient eu un ancêtre commun et cet ancêtre, à supposer qu'il soit éternel, les aurait tous eus sous sa puissance, parce qu'ils descendent de lui et parce que le lien de puissance qui les unirait n'aurait pas été rompu par un événement ultérieur. Bien entendu, cette prétention ne peut être appuyée sur une preuve certaine de la filiation; elle est seulement appuyée sur des indices: le nom, les sacra et la possession d'état, car si la filiation était prouvée de façon certaine, il y aurait entre eux non pas un lien de gentilité, mais un lien d'affiliation.

Les familles romaines nobles sont parmi celles qui conservent le plus longtemps le souvenir de leurs ancêtres et de leurs traditions familiales. Néanmoins, les liens gentilices remontent à une si haute antiquité que tout titre régulier est impossible. La possibilité de faire la preuve de l'origine pour ces temps légendaires est remplacée par le souvenir commun, par la tradition, par des légendes, qui sont bien entendu en l'honneur de la gens et ces légendes sont tout au moins une preuve de la très haute antiquité de la famille.

La pureté d'origine de la gens est maintenue par les deux exigences mentionnées par Cicéron: les gentiles doivent descendre d'ingénus, par conséquent une origine servile, à quelque degré que ce soit, empêche que l'on fasse partie d'une gens. Cette exigence a un grand intérêt pratique, car elle permet d'écartier des liens de gentilité, au sens actif du mot, les clients qui sont pour la plupart, d'anciens esclaves affranchis. Ils ne sont pas membres de la gens, ni eux, ni leurs descendants et il fallait les écarter, car l'affranchi, d'habitude, prend le nom gentilis du patron qui l'affranchit.

En outre, il faut qu'aucun des descendants n'ait subi de capitius deminutio. En effet, pour continuer à faire partie de la gens, il ne faut pas être sorti de sa famille originale, soit par adoption, soit par adrogation (car on serait ainsi entré dans une autre famille), soit par émancipation. Ces actes juridiques rompent les liens de gentilité, parce qu'ils rompent les liens de puissance avec leur propre famille.

Ces liens de gentilité produisent des effets très restreints dans le droit civil, ceux que nous connaissons se réduisent à deux chefs: ils donnent des droits de succession et des droits de tutelle.

Si le membre d'une gens meurt, sans laisser d'agnats et sans avoir fait de testament, sa succession est déférée aux gentiles. C'est ce que nous disent les XII Tables, dans la règle des successions civiles: Si ab intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto; si agnatus nec escit, gentiles familiam habento. Si quelqu'un meurt sans avoir fait de testament et n'a pas d'héritier sien, l'agnat le plus proche aura la familia (c'est-à-dire le patrimoine); s'il n'y a pas d'agnat, les gentiles auront la familia.

De même, si un membre d'une gens meurt, laissant des descendants mineurs, s'il n'a pas fait de testament et s'il n'y a pas d'agnat, la tutelle du mineur appartient aux gentiles .

On voit ici le double aspect d'un même droit, semblable au droit des agnats, à un degré inférieur ils ont la tutelle parce qu'ils ont le droit de succession sur les mineurs.

Sur cette succession des gentiles, nous ne sommes renseignés que sur le principe; nous ne savons pas comment elle était recueillie par la gens, notamment si elle était partagée entre tous les gentiles et si elle était partagée. Pourquoi ne le savons-nous pas ? Parce que, à l'époque des jurisconsultes classiques, de qui nous tenons notre connaissance des règles du droit, l'organisation gentilice est complètement en désuétude; la succession gentilis n'existe plus; les auteurs ne s'en occupent plus. Ulprien (Re lae 26), après nous avoir donné la règle des XII Tables, ajoute: Nunc nec gentilicia jura in usu sunt: Actuellement les droits gentilices ne sont plus en usage.

L'organisation gentilice est restée en dehors du droit civil.

Et nous pouvons ajouter une autre remarque: c'est que l'organisation gentilice est toujours restée en dehors du droit civil. Les coutumes gentilices sont antérieures au droit de la cité et, par suite, n'ont jamais figuré dans le droit civil. Ce n'est donc pas chez les jurisconsultes classiques que l'on peut trouver des renseignements sur les gentes; ils ignorent la gens comme ils ignorent le droit gentilice.

Mais, c'est dans les moeurs des Romains, dans les conventions sociales que nous pourrons retrouver quelques traces de l'importance de la gens. Une étude étendue sur tout ce que l'on peut connaître en droit classique, sous la République, se trouve dans Mommsen Droit Public, Tome VI, 1, p. 48. C'est le 6ème volume du Manuel des Antiquités romaines, de Mommsen et Marquardt.

Dans les temps historiques de la République la gens a une grande importance sociale.

Dans les temps historiques de la République, c'est-à-dire à partir de la fin du III^e siècle de Rome fondée, jusqu'à l'Empire, la gens a encore une grande importance sociale. Nous savons tout d'abord que seules les familles patriciennes avaient le droit véritable de former des gentes. Les patriciens sont les descendants des plus anciens citoyens romains, ces fondateurs de la cité. Les plébéiens sont des citoyens plus nouveaux qui, avant la République, n'avaient pas de droit de cité et qui ne peuvent pas former de gentes. Cicéron nous dit (de Oratore, 1, 39, 176): Là où le patricien hérite gente, d'après les droits de la gens, plébéien hérite stirpe, d'après sa race.

Tite Live, 10, 8, 9, met dans la bouche d'un plébéien cette critique contre l'orgueil des patriciens: Semper ista audita sunt: penes vos auspicia esse, vos solos gentem habere:

On entend toujours ces mêmes choses dans votre bouche : vous êtes seuls à être maîtres des suspices, vous êtes seuls à avoir une gens.

Sous la République, les plébéiens conquièrent le droit de cité. On leur donne d'abord le jus suffragii, le droit d'écrire les magistrats et de voter les lois. On leur donne ensuite le jus honorum, le droit d'être magistrat, et ainsi se forment des familles plébéiennes qui deviennent riches et puissantes. Elles forment une nouvelle noblesse, la nobilitas, à côté du patriciat, et les nobles usurpent, à la fin de la République, le privilège du patriciat. Par une usurpation acceptée, ils forment des gentes plébéiennes.

Mais cette importance sociale, qui renforce l'influence des membres des gentes et leur donne un plus grand pouvoir dans l'Etat par suite de la solidarité familiale que ce lien établit entre les familles, ne correspond plus à une importance politique de la gens en soi. En tant qu'organisme distinct, la gens n'est pas connue en face de la cité, la gens n'existe pas dans le droit, elle n'a plus d'unité politique, car elle n'a plus de chef. En face de la cité, des pouvoirs publics, subsistent seules les familles stricto sensu. Les historiens ont perdu jusqu'au souvenir d'une organisation de ce genre et n'ont pas l'idée qu'elle ait pu exister.

Cependant il existe des traces qui prouvent jusqu'à l'évidence que cette importance politique a existé; malgré la rareté et la faiblesse de ces traces c'est ce que l'on doit en conclure.

Il y a d'abord des souvenirs légendaires. Une tradition persistante marque que, après la chute d'Albe les gentes albaines ont été admises à la cité romaine par gentes, et non pas par familles. Tite-Live I,30, nous donne le nom de six gentes albaines qui prétendaient avoir une origine troyenne, ce sont les Cloelii, les Curatii, les Figanii, les Julii, les Quintili et les Servitii.

La plus célèbre de ces gentes est la gens Julia; l'auteur commun serait un compagnon d'Enée, Jules, qui après la chute de Troie aurait quitté avec lui la ville de Troie pour venir en Italie et fonder la ville d'Albe.

A l'époque d'Auguste, il y a encore cinquante gentes qui se prétendent d'origine troyenne.

Une autre tradition du même genre nous est rapportée, à propos de la réunion, à l'époque des Tarquins, de la cité du Palatin, la Roma quadrata de Romulus, avec la cité du Quirinal.

Réunion de la Rome de Romulus avec la cité du Quirinal par agrégation de Gentes.

Cette réunion a fondé la Rome de l'histoire et sa ceinte est encore reconnaissable sur le sol romain c'est l'enceinte dite de Servius Tullius. Cette réunion de cités se fait encore ici par agrégation de gentes. Cette agrégation a laissé un souvenir assez précis et assez important pour servir de base à la division du *populus romanus*, du peuple des patries. Le Sénat depuis cette réunion, est divisé en gentes majeures et en gentes mineures. Les gentes majeures celles du peuple du Palatin, les gentes mineures celles du peuple du Quirinal.

Agrégation de la gens Claudia.

Une autre tradition, qui nous donne une idée de l'importance primitive des gentes et des circonstances de leur agrégation à la ville de Rome, c'est l'agrégation de la gens Claudia, qui nous est rapportée d'une façon concordante par divers historiens. Tite Live, 2,16,4; 4,3,14; 10,86; Tacite, Annales 9, 11, 24; II,25; Aulu Gelle, I3,23; Denys d'Halicarnasse, 5,40,3. La gens Claudia est une gens d'origine sabine, qui habitait primitivement la ville de Tivoli. Après quelques difficultés entre elle et sa ville natale, la gens décide de l'abandonner et, conduite par son chef Appius Claudius, ou Attius sus, elle vient à Rome et demande à être reçue dans la cité. Cette gens comportait quelques milliers personnes, quelques centaines de Claudi et quelques milliers de clients. On accepte cette réunion et lui confère le droit de cité, et en même temps on lui donne un territoire, au delà de l'Anio, qui sera plus tard le nom de Tribus Claudia. On lui accorde en même temps un lieu de sépulture pour la gens auprès du Capitole. Ces évènements se passaient sans après la chute des rois, vers 250 de Rome fondée par conséquent dans la période encore légendaire.

Cette légende, d'après laquelle une gens arrivant à Rome reçoit un territoire sur lequel elle habiter, est renforcée par des indices de même nature que nous fournit le nom de ces tribus. On sait primitivement le sol de Rome et du Latium appartenait à Rome était territorialement divisé en tribus. A 283 de Rome fondée, il y avait quatre tribus urbaines et seize tribus rustiques.

Tribus urbaines.

Les tribus urbaines divisent le sol de la ville de Rome en quatre quartiers, ce sont les tribus Succusana ou Suburbana, les tribus Palatina, Esquiline et Collina. Cette division est attribuée au roi Servius Tullius.

Tribus rustiques.

A côté de ces quatre tribus urbaines, il y a seize tribus rustiques, parmi lesquelles dix portent des noms de gentes connues, ce sont les tribus Agrippina, Claudia, Cornelius, Fabia, Horatia, Menenia, Papiria, Quintilia, Servilia, Tertia, Vettia.

Romulia, Sergia et Voturia.

Les six autres portent des noms qui n'existent plus dans l'armorial des noms de la République, mais qui ont le même caractère de noms de famille, ce sont donc très probablement des noms de gentes disparues: Camilia, Galeria, Lemonia, Pollia, Pupinia et Voltinia.

En l'année 283, les tribus sont au nombre de vingt et une à la suite de la fondation d'une nouvelle tribu, la tribu Clustumina.

De 283 à 513, au fur et à mesure que le sol de Rome grandit par des conquêtes nouvelles, de nouvelles tribus sont formées pour l'organisation du territoire nouvellement conquis. Les nouvelles tribus ne portent plus de noms de gentes, mais des noms d'origines variées. Ces noms des premières tribus, joints à cette constatation que la création d'une tribu coïncide avec la division du sol en agri limitati, en champs arpentés et avec l'établissement sur le champ de la propriété privée, ont formé la base de l'hypothèse soutenue par Mommsen, dans son droit public, Tome VI, I, p. 23 et ss. et p. 181. Cette hypothèse n'est plus actuellement universellement acceptée, mais elle garde encore sa valeur scientifique.

D'après elle, la propriété privée des familles a été établie à Rome par le partage par l'Etat de territoires appartenant aux gentes, du territoire sur lequel vivaient les gentes, territoires qui étaient la propriété collective de la gens. Les détails de cette démonstration sont indiqués par le travail de Mommsen. Contentons-nous d'indiquer ici l'hypothèse, car elle fait mieux comprendre le caractère primitif de la gens qui est une nation sur son territoire.

Une autre légende, qui permet d'entrevoir l'organisation et la puissance primitive de la gens, c'est la légende des Fabii. Elle nous est racontée par Tite Live, 2,48 et Denys d'Halicarnasse, 9,23, I.

Sous la République, vers l'an 277 de Rome fondée, la gens Fabia prend à sa charge une guerre de la Cité romaine contre une ville voisine, la ville des Veiens. En ce temps, l'Etat était en difficulté par suite de troubles sociaux, sa puissance était temporairement affaiblie et les consuls sont empêchés de réunir l'armée. Veies, ville voisine de Rome, et en guerre continue avec elle, s'efforce de profiter de cet affaiblissement. La gens Fabia décide de prendre à sa charge la guerre nécessaire contre la ville qui vient d'attaquer Rome. Commandés par son chef Kaeso Fabius, 306 Fabii et 4 à 5.000 de leurs clients s'organisent en armée et, après quelques succès la gens est détruite dans une ambuscade où elle

s agri limi-
ti.

pothèse de
mmsen sur
origine de
propriété
ivée.

gende des
bii.

périt toute entière. C'est le désastre de Cremère. La légende veut qu'il ne soit resté à Rome qu'un seul enfant en bas-âge, et c'est cet enfant qui serait l'auteur de la gens Fabia de la République.

Sous la République, bien entendu, dans les temps historiques, il n'y a plus de trace de l'organisation militaire, de la gens, mais il reste un souvenir de cette organisation militaire dans l'usage qui veut que les gentiles soient enrôlés ensemble et combattent dans les mêmes manipules.

Bien entendu, ces légendes que nous venons de rapporter ne sont que des simples légendes, sans grande valeur historique, mais elles montrent que le souvenir n'est pas entièrement disparu de l'organisation primitive.

De cette organisation primitive, on peut encore relever quelques traces dans les temps historiques. Les liens les plus forts qui conservent le mieux le souvenir de l'unité primitive de la gens, ce sont les sacra gentilicia, c'est le culte commun de la gens. Les historiens romains citent assez souvent les sacra gentilicia. Nous les trouvons notamment indiqués dans Tite Live 5,52,5, dans Pline, Panégyrique de Trajan, 35, dans Denys d'Halicarnasse, (2,65); Cicéron à plusieurs reprises en parle. Festus nous dit : Publica sacra quae pro populo fiebant, privata quae pro singulis hominibus, familii gentibus fiunt. Les sacra publica sont ceux qui sont faits aux frais publics, pour le peuple, mais les privata sont faits pour les hommes en particulier, pour les familles et pour les gentes.

Au début ils se distinguent des sacra pro familia.

Au début, les sacra gentilicia sont nettement distingués des sacra pro familia, comme la gens n'a plus de chef, chaque gens nomme un flamme, un prêtre, parmi ses membres. Elle n'a plus non plus de territoire, aussi son culte se concentre autour des tombeaux de la gens. En fait, ce sont seulement les gentes patriciennes qui ont des tombeaux communs à toute la gens, car ce sont elles seules qui véritablement descendent des anciennes gentes. Il y a aussi des chapelles qui sont destinées à ce culte gentilice.

Ces sacra s'adressent aux morts de la gens, et ce sont des cultes rendus au héros éponyme, à l'ancêtre fabuleux considéré comme l'ancêtre commun et devenu sa divinité tutélaire. Quelquefois, cette divinité tutélaire de la gens a été assimilée à l'un des grands dieux de la cité, à la suite de circonstances mal connues : les Nautii ont pour divinité tutélaire Minerve; la gens Julia, Apollon; la gens Auratia, le soleil; et la gens Horatia, Junon, et Janus.

Les sacra gentilicia.

At début ils se distinguent des sacra pro familia.

A ces dieux, qui sont des dieux de la cité est dû un culte public, mais, par suite de la confusion qui est faite, ce culte public est attribué à ces familles. Festus nous dit : Popularia sacra sunt ut Labeo ait, quae omnes cives faciunt nec certis familiis attribuuntur : Les sacra popularia sont, comme le dit Labéon, ceux qui sont célébrés par tous les citoyens et qui ne sont pas attribués à certaines familles. Plus tard, quand les gentes patriciennes diminuent, que les plébéiens, au contraire, forment par usurpation des gentes, une confusion s'établit entre les cultes familiaux et les cultes gentilices.

Dans un autre sens, nous trouvons à plusieurs reprises, chez les historiens, mention d'usages gentilices. Les historiens nous indiquent que certaines gentes ont des coutumes qui leur sont spéciales. Par exemple la gens Cornelia a l'habitude d'enterrer ses morts au lieu de les brûler. Il est aussi question des résolutions qui sont prises par la gens. Les gentes tiennent des assemblées communes, des conciones, et elles rendent des décrets, décreta gentis. Elles infligent des censures à leurs membres, des nota gentilicia (Voir par exemple Suétone, Tibère, Cicéron, Philippiques I, 13, 32, Tite Live, 6, 20, 14; Plutarque, Questions romaines, 91, Aulu Gelle, 9, 2, 11; Denys d'Halicarnasse, 9, 22, Cicéron, Philippiques, I, 13, 32: Propter hujus (Marci Manlii Torquati) scelus, decreto gentis Manliae neminen patricium Marcum vocari licet : A cause du crime de l'un des membres (Marcus Manlius Torquatus), par un décret de la gens Manlia aucun d'eux ne doit plus s'appeler Marcus.

Seulement quand, sous la République, la gens est privée de chef, il ne peut y avoir suivant les conceptions romaines, d'assemblées régulières, de décisions obligatoires pour les membres de la gens. Ce chef a disparu depuis longtemps. Quelques textes parlent encore du princeps gentis. C'est ce que nous dit Suétone pour Appius Claudius. Cicéron, ad familiares nous dit : Gens Papiria, gens minorum gentium quorum princeps Lucius Papirius Mugilannus : la gens Papiria, qui compte parmi les gentes minores dont le chef était Lucius Papirius Migilanus, et il indique ensuite l'année de son consulat et de sa censure.

Festus, de Verborum significatione, au mot familia, nous dit : Familia antea in liberis hominibus dicebatur quorum dux et princeps generis vocabatur pater et mater familiae. Unde familia nobilium Pompiliorum Valeriorum et Corneliorum : Le mot de familia était donné autrefois chez les hommes libres dont le chef et le conducteur de la gens était appelé père et mère de famille d'où les familles des nobles Pompi-

lii, des Valerii et des Cornelii..

Mais, dans ces textes on ne sait pas clairement si celui qui est ainsi appelé dux ou princeps désigne réellement le chef ou ne serait pas plutôt l'ancêtre, l'auteur commun. Nous verrons que les quelques traces de coutumes gentilices que nous relèverons paraissent provenir non pas d'un groupe avec un chef ayant la juridiction sur le groupe, mais d'un groupe soumis à la surveillance et au contrôle du groupe lui-même, donc des pères de famille, constitués en espèce de tribunal. Mais ces groupes nous apparaissent comme très solidaires encore entre eux et le chef unique paraît avoir déjà disparu. Peut-être que déjà au moment où la cité quiritaire a été fondée, le groupe gentilice avait commencé sa désagrégation.

§ 2 - L'hypothèse gentilice.

On le voit, les souvenirs de la gens conservés dans le droit ou dans l'histoire de l'époque république ne sont ni très nombreux ni très capitaux. La gens a encore une grande valeur sociale, mais elle n'a plus de valeur politique. Ceux qui en restent ne sont plus que les débris d'une grande institution qui se survit à elle-même. Cette situation est très analogue à celle de notre noblesse au cours du XIX^e siècle.

Est-il possible, par hypothèse, de lui restituer son importance primitive, en essayant de la replacer dans son milieu ? Peut-on reconstituer ses traits originaires de l'époque où elle était une institution en plein fonctionnement ? C'est ce qu'ont essayé de nombreux historiens modernes. Cette reconstitution ne peut être faite que par voie d'hypothèse, car on essaie d'atteindre un temps, une organisation, un fait social si lointain qu'aucun document ne nous en est directement parvenu. Il faut donc essayer de retrouver cette institution dans les institutions de l'époque postérieure qui, elles, nous sont connues. Bonfante appelle cette méthode de reconstitution la méthode rétrospective, qui décrit des événements du passé en partant du présent. C'est la méthode des sciences naturelles, notamment la méthode des sciences paléontologiques qui ressuscitent les animaux préhistoriques par l'étude de leur squelette, des quelques os qui nous sont parvenus. On connaît la boutade de Cuvier, qui est l'un des créateurs de cette science paléontologique et qui disait : "Donnez-moi un os d'un animal et je le reconstituerai tout entier".

Méthode rétrospective, qui décrit des événements du passé en partant du présent. C'est la méthode des sciences naturelles, notamment la méthode des sciences paléontologiques qui ressuscitent les animaux préhistoriques par l'étude de leur squelette, des quelques os qui nous sont parvenus. On connaît la boutade de Cuvier, qui est l'un des créateurs de cette science paléontologique et qui disait : "Donnez-moi un os d'un animal et je le reconstituerai tout entier".

Emploi du droit comparé.

Cette étude déborde le droit romain et elle s'appuie sur le droit comparé, et c'est spécialement par l'étude de la Grèce et de ses institutions primitives que les historiens ont commencé la reconstitution. Ils citent, en particulier Aristote *Politique I, 4, 12*) qui est la plus lointaine de ces auteurs de reconstitutions. Le droit hindou, le droit germanique ou le droit celtique fournissent aussi de précieuses données.

Un des tout premiers historiens modernes est Gian Baptista Vico *la Scienza nuova*, édition de 1744, et édition nouvelle, Bari, 1911-1913. Fustel de Coulanges (*La Cité antique* 1879) est l'historien moderne d'où dérivent les nouveaux historiens qui ont attiré l'attention sur l'importance primitive de la gens : Sumérinaire : l'ancien droit et les coutumes primitives traduction Courcelles Seneuilles, 1884.

En ce qui concerne spécialement le droit romain, c'est surtout l'école italienne qui a développé ces idées : de Ruggiero : *le Gente in Roma avant la formazione del comune*, Naples 1872, *Scialoja, Bulletino del istituto del diritto romano*, 3, 167, et surtout Bonfante, *Histoire du droit romain*, traduction Jean Carrère, 1928, *Scritti giuridici*, Tome I, p. I et ss. : *La Gens et la familia*, p. 18; *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitiv*, Tome II, P.I et ss. *Forme primitive d'évolution de la propriété romaine*. C'est Bonfante qui a été celui qui a retracé avec le plus de détails et le plus de force les caractères primitifs de la gens. Ces idées sont encore soutenues par Perozzi : *Istitutioni di diritto romano*, I, p. 205. Elles ont été reprises nouvellement par de Francisci : *Storia del diritto romano*, I, p. 106 et ss. 1925. Dans ce livre figure une abondante littérature sur le sujet.

Ces théories sont généralement acceptées en France, elles sont notamment suivies par Declareuil : *Rome et l'organisation du droit*, aussi par Homo, avec quelques réticences : *Italie primitive*; ces deux livres sont publiés dans la bibliothèque de *Synthèse historique*. On la trouve aussi dans les dernières histoires générales, par exemple E. Pais et Bayet : *Histoire romaine*, Tome I, 1926.

Cette théorie gentilice n'est cependant pas acceptée par tous. Personne ne soutiendrait plus l'idée de Niebuhr : *Histoire romaine*, I, 356, qui affirmait que la gens est une création artificielle du législateur, q'aurait été d'après lui le législateur de la cité qui avait réparti le peuple en trois tribus chaque tribu contenant dix curies et chaque curie dix menses.

L'Ecole italienne.
BLH

La théorie gentilice n'a pas été acceptée par tous.

Cependant, sous une forme plus moderne, ces idées ont été reprises contre l'hypothèse gentilice par Meyer : *Geschichte des Alterthums*, 2ème éd. Tome p. 48 et ss.; De Sanctis *Storia dei Romani*, I, p. 22 et ss. Arangio-Ruiz : *Les Genti et la Citta*, 1914. Ce sont les livres essentiels sur cette question, en réalité la littérature est beaucoup plus abondante.

Point de départ de l'hypothèse gentilice.

Le point de départ de l'hypothèse gentilice c'est la constatation que les règles constitutives de la famille dans l'organisation dite patriarcale ne sont pas les règles naturelles et simples du lien du sang. La base de la famille, ce ne sont pas ces liens physiques provenant de la naissance et qui groupent autour de l'affection naturelle du géniteur ceux qu'a engendrés.

La base de la famille patriarcale est l'autorité du pater.

La base de la famille patriarcale est plus artificielle : c'est l'autorité du pater qui permet à la fois que fassent partie du groupe des étrangers, du moment qu'ils sont venus se soumettre à cette autorité, mais qui défend qu'un membre du groupe puisse faire partie en même temps d'un autre groupe. Les liens de la famille patriarcale sont des liens exclusifs qui n'accordent aucun droit, aucune parenté aux familles maternelles. Et, en ce sens la famille est constituée sur les mêmes bases que l'Etat. Elle est constituée par les liens d'autorité qui unissent le chef à ses sujets, les deux groupes ont la même structure. Pourquoi ? Parce que ces groupes ont été créés pour remplir la même fonction. Les agglomérations qui sont ainsi faites sont des agglomérations pour l'ordre et pour la défense. La famille, d'après sa structure, n'est ni plus ni moins que l'Etat un groupe autonome et souverain constitué par ses membres pour sauvegarder leur indépendance à l'égard des groupes de même nature. Bonfante a mis particulièrement bien en relief ce caractère politique, ce caractère d'intérêt public de la famille.

Mais si c'est, par sa structure même, la fonction pour laquelle la famille aurait été créée, on a fait remarquer que cette famille, du moins celle que nous connaissons, n'est pas bien adaptée à ce rôle de protection; elle est trop faible, sa durée est trop incertaine, puisqu'elle dépend de la vie du chef.

C'est alors une deuxième constatation : au-dessus de la famille il y a un groupe plus étendu, qui s'appelle la gens, dont nous savons peu de choses, mais dont nous savons assez cependant pour voir que sa structure est la même que la structure de la famille. Comme dans la famille, le lien qui forme l'unité du groupe, c'est le lien d'autorité, ce lien d'autorité est supposé à l'époque historique.

Recrutement
de la gens.

ce serait le lien qui unirait avec l'auteur commun, s'il était encore vivant, tous ses descendants. Mais cette autorité supposée reste le principe de l'union et produit les mêmes conséquences que dans la famille.

C'est par la naissance que se recrutent principalement les membres de la gens, mais il est possible artificiellement de créer ce lien par cooptation, par vote de la gens ou par entrée dans une famille faisant partie de la gens, par adrogation ou par adoption.

Ce lien est aussi exclusif que celui de la famille. Il est impossible de faire partie de plusieurs gentes à la fois. Un autre trait de ce caractère exclusif, c'est la coutume des membres de la gens de ne se marier qu'entre eux. Cette coutume semble encore exister en 478 de Rome fondée, puisque nous apprenons, à cette époque qu'il faut un privilège spécial de l'Etat pour permettre aux affranchis d'une gens de se marier en dehors de la gens. C'est la "gentis enuptio".

Ainsi la gens est une agglomération de familles unies suivant les principes mêmes de la famille, parce qu'elles sont de même origine, ou du moins parce qu'elles pensent, parce qu'elles prétendent être de même origine. Comme la famille, elle est formée autour du principe formel d'autorité et comme la famille elle a donc pu être, dans sa forme primitive, un organe de défense et d'ordre. Seulement, elle est beaucoup mieux adaptée, primitivement à cette fonction, car il n'y a pas de dissolution périodique du groupe.

C'est de ces deux constatations que naît l'hypothèse gentilice, d'après laquelle c'aurait été la gens, et non pas la famille qui était à l'origine, cet organisme politique et souverain, cette agrégation naturelle et territoriale des familles organisées en nation, qui assurait l'ordre et la défense du groupe.

Ce sens de nation, le mot gens ou genus l'a toujours conservé en latin. Le mot gens désigne, en effet, dans la langue classique le peuple, la communauté politique et il s'emploie même à la place de civitas, lorsqu'il s'agit d'agglomérations politiques de caractère primitif et d'un type quelque peu divergent de la civitas romaine. Cicéron appelle continuellement les peuplades Gauloises civitates ou gentes, il parle de la civitas ou gens Aeduorum, de la civitas ou gens Suevorum, et il y en a beaucoup d'autres exemples.

La gens, comme
la famille
est un organe
de défense.

Sens du mot
gens.

La gens est antérieure à la cité.

Indépendance de la famille vis-à-vis de l'Etat.

Remplissant la même fonction, organisme de même nature, l'organisation familiale et gentilice a précédé la cité et les organisations de l'Etat. On a fait remarquer, à l'appui de cette dernière hypothèse qu'aucune légende, qu'aucun chroniqueur ou historien n'ont jamais songé à attribuer à un héros de la civitas la fondation de la ville. Et pourtant l'une des préoccupations les plus constantes des légendes et des historiens est de désigner les fondateurs: fondateurs de la cité, fondateurs des lois constitutionnelles, des lois religieuses et des lois civiles. Tous sont nommément désignés; on connaît, ou on imagine connaître leur histoire. Même les lois de la famille sont attribuées à un fondateur, à Romulus. Or, jamais les lois de la gens n'ont été ainsi attribuées à un héros de la cité.

Mais un indice plus caractéristique encore est cette indépendance que conserve la famille vis-à-vis de l'Etat. On a remarqué le caractère souverain du pouvoir du chef de la famille; l'autorité de l'Etat s'arrête au seuil de la famille. Il semble que cette autorité se considère comme en face d'un pouvoir indépendant, qu'elle n'a ni le droit, ni même l'idée de contrôler, encore moins de diriger. Sans doute l'Etat, comme nous le verrons, a lutté contre la gens, mais dans le but non pas de la soumettre, mais de la détruire, comme on détruit une puissance ennemie et indépendante dont on veut prendre la place.

Il semble donc, et c'est là l'hypothèse complète, qu'à l'époque de la fondation de Rome, avant cette fondation, et aussi pendant longtemps encore après cette réunion sur les collines du Tibre proches de Rome, les familles italiques, les Ombro-sabelliens qui arrivent par immigrations successives sur le sol du Latium, étaient groupées en gentes. Ces groupes de famille se considèrent comme de même race, comme descendant d'un auteur commun, d'un héros éponyme.

Est-ce que cette prétention est fondée ? Sont-elles réellement des familles de même sang, ou bien des agglomérations plus artificielles de famille que la vie en commun, les dangers éprouvés ensemble ont soudées ? Bonfante y voit plutôt un groupe de familles de même race, au contraire de Francisci serait disposé à y trouver un groupe uni par la vie commune et par le voisinage.

Entre ces deux tendances il est difficile, et probablement faux de choisir d'une façon absolue. Ce que nous pouvons dire, c'est que les Romains croyaient à cette origine commune et que c'est cette croyance qui soudait leur unité.

Contre cette conception traditionnelle, nous n'a-

Caractère politique de la gens.

Le canton, unité territoriale de la gens.

Les clients.

Rapports entre les gentes.

vons pas de bonnes raisons, au fond, de nous inscrire en faux. Mais ce que tous les historiens modernes font ressortir, c'est le caractère politique de ce groupement, son caractère de défense et de protection des membres du groupe. C'est un organisme complet, se suffisant à lui-même et qui assure, par ses propres ressources, la vie de ses membres, leur protection. Il est indépendant, en droit et en fait du groupe voisin, c'est-à-dire des autres gentes voisines. Il forme une nation au sens moderne du mot, avec ses chefs, avec ses coutumes, ses assemblées et son armée, et surtout son unité territoriale. Les terres que cultivent les membres des gentes, sur lesquelles ils vivent, et dont ils vivent, les autres gentes en sont écartées. Le pagus, le canton, avec au centre le village, vicus, qu'habitent les membres de la gens, voilà quelle est l'unité territoriale de cette petite nation.

Il faut remarquer ici le départ qu'il y a à faire entre l'hypothèse et le fait. Le fait est que la division en cantons, appelée pagi, avec un village en général au centre, est une division qui est la plus ancienne du sol romain. L'hypothèse est que ce canton était habité par une gens. Mommsen avait déjà remarqué que les gentiles devaient être avant tout des voisins, le lien de vicinitas, les vicini sont des membres de la même gens.

Ce caractère de nation est encore accentué par l'institution qui lui est particulière, l'institution de la clientèle, dont nous avons dit que nous ne parlerons pas. Ces clients, ce sont les familles secondaires et subordonnées qui forment les sujets des familles gentilices, qui vivent sous leur protection, et aussi sur leurs terres, car ce qui est caractéristique après l'affranchissement de la création du nouveau client, c'est la concession qui lui est faite par la famille patronne d'une précaire, c'est-à-dire d'un territoire, d'une terre sur laquelle la famille cliente doit vivre.

Ces familles clientes sont beaucoup plus nombreuses dans les familles puissantes que les familles gentilices. Par exemple la gens Fabia comportait, au moment de sa destruction, 306 familles, plus 4 à 5.000 clients.

Quand ces nations indépendantes, et d'abord en migration se furent fixées définitivement sur les territoires où nous les connaissons, il y a eu entre elles des rapports forcés, d'abord des rapports de guerre, puis des relations de voisinage et des échanges entre elles, et elles ont senti la nécessité de se réunir en groupe plus vaste, soit que la vie ait créé des iné-

galités entre les gentes et que les gentes plus faibles aient senti la nécessité de s'unir contre les plus puissantes, soit surtout qu'elles aient été poussées à l'union par la menace extérieure. Les Romains luttent continuellement contre des peuples voisins de même race, contre les Sabins et les Volques, et ils sont encore plus soumis à la menace des Etrusques, peuple d'une autre race et d'une autre civilisation, qui habite très près d'eux, puisqu'ils sont de l'autre côté du Tibre. Les Etrusques, dans ces temps primitifs, forment un grand peuple qui entoure le Latium et qui en sont voisins et ennemis.

Les gentes voisines se fédèrent, sacrifient une partie de leur indépendance, par un traité, un foëdus. Elles créent un organisme central, sur le modèle d'ailleurs de l'autorité déjà existante dans la gens et c'est la civitas qui est fondée.

§ 2 - Critique de l'hypothèse gentilice;

la décadence des gentes.

Nous venons de voir en quoi consiste l'hypothèse gentilice. Elle consiste à imaginer, en partant de la structure propre de la famille et des vestiges relevés de la structure primitive de la gens, que les peuples indo-européens, et particulièrement les Romains, étaient organisés politiquement au début de leur histoire en familles et en groupes de familles.

Ces familles formaient des nations - si l'on peut employer ce nom qui est trop fort ici - indépendantes les unes des autres et cette organisation serait antérieure à l'organisation de la cité.

Cette conception a été vigoureusement combattue par Arangio Ruiz (*Le genti et la citta*, 1914). Ce qu'Arangio Ruiz a montré avec le plus de force, c'est le caractère abstrait de cette hypothèse. C'est une hypothèse de juriste, et même de professeur, plutôt que d'historien. Elle a une valeur explicative, une valeur en quelque sorte pédagogique: elle permet d'expliquer des phénomènes fondamentaux dans les institutions familiales, mais au point de vue historique, elle reste assez arbitraire, car il est impossible de prouver qu'elle correspond à une réalité de l'histoire, que réellement les choses se sont passées ainsi.

En effet, pour atteindre une époque aussi préhistorique, nous n'avons aucun témoignage direct. Seule l'archéologie, le résultat des fouilles du Latium pourrait nous donner quelques lumières. Or, l'archéologie n'apporte aucun témoignage en faveur de l'hypothèse gentilice pure; elle paraît même apporter, sinon la

Caractère abstrait de l'hypothèse gentilice.

Michel

preuve contraire, du moins des lumières qui ne concordent pas avec elle.

Geoff'

Vous connaissez, au moins par l'image ou par les cartes, le sol qui va servir de théâtre aux débuts de l'histoire romaine. Rome se trouve dans le Latium, pays bas, assez marécageux et peu fertile, bordé au Nord par le Tibre, à l'Est par les monts Sabins, à l'Ouest par les montagnes des Eques et des Herniques, et au Sud par les Volques, peuples italiotes, montagnards qui descendent des Apennins. A l'Est, le Latium atteint la mer Tyrrénienne. Le centre du pays, l'endroit le plus accessible et le plus fertile, ce sont les monts Albains qui s'élèvent au milieu de la plaine.

La légende et l'histoire sont d'accord pour faire des Romains une colonie d'Albains, venant d'Albe la Longue. Ce sont des colonies d'Albains qui, pour la plupart, sont venues d'installer sur les collines de Rome, au bord du Tibre. Ces collines, entourées de marécages, se présentent plutôt comme des postes de défense que comme des établissements de peuples agricoles et pastoraux. Ce sont des citadelles avancées des peuples du Latium, devant leur servir de protection contre les menaces des Etrusques voisins, car ils sont de l'autre côté du Tibre.

Or, avant la date traditionnelle de la fondation de Rome (754 av. J.C.) par Romulus, ces collines sont déjà occupées par des villages. C'est ce qu'ont montré les découvertes archéologiques qu'ont produites les fouilles de l'ancien sol de Rome, notamment les fouilles de 1907. Ces villages remontent au moins au X^e siècle av. J.C.

Incompatibilité de cette hypothèse avec la vie municipale des villages existant sur les collines avant la fondation de la ville (le septimontium).

Nous trouvons d'abord deux villages installés sur le Palatin. Le sommet du Palatin forme deux crêtes distinctes, avant que la dépression centrale ait été comblée, à la fin de la République et au début de l'Empire, artificiellement pour y établir le palais des empereurs. Sur chacun des deux sommets se trouvait un village, le village du Germal et le village du Palatual.

Le Germal, c'est là qu'est venue s'établir la colonie albaine, dont l'habitation représente la Roma quadrata de Romulus. C'est un carré entouré d'un mur de pierres et d'argile, dont il reste quelques traces.

Peu de temps après, d'autres villages se sont établis sur les collines voisines, le Fagutal sur la crête occidentale et l'Esquilin. Puis, le village du Quirinal, le village du Cispinus et de l'Oppius, et enfin le Querquetual. Il y avait au moins sept villages, tout autour de la vieille colonie du Germal, qui sont des populations latines, à l'exception du Quirinal d'origine sabine.

Ce qui permet de déterminer leur topographie, c'est principalement leurs tombeaux. Les fouilles ont fait découvrir les nécropoles de l'Esquilin, du Quirinal et de la Voie sacrée. Ces nécropoles marquent les limites extérieures de ces villages, car c'est règle du vieux droit latin qu'on enterre les morts dehors de la ville, aux portes de la ville.

Un souvenir assez sûr est que ces sept villages ont formé entre eux une ligue, le Septimontium. Des institutions municipales de ces villages, nous ne savons absolument rien. Tout ce qu'en disent les historiens n'est que légendes, légendes qui sont la projection arbitraire des institutions postérieures de la cité de Servius Tullius, qui est la première dont nous connaissons la constitution.

Nous ne savons donc pas comment ils étaient organisés, mais rien ne nous permet de dire que ces villages étaient chacun l'habitation d'une gens particulière, de ces habitations, établies suivant le type présumé, dans un pagus, dans un canton, où sont les terres arables, au centre duquel serait le vicus.

Tout fait croire, au contraire, que ces villages formaient déjà des groupes de familles, donc des groupes de gentes. Il y a une organisation municipale, quelle qu'elle soit. Par conséquent le témoignage le plus ancien que l'archéologie nous permet d'atteindre n'apporte aucune preuve de la vérité de l'hypothèse gentilice. Au contraire, il semble montrer qu'avant les institutions de la cité que nous connaissons, le type de l'organisation humaine des ancêtres des Romains était déjà une certaine vie municipale, groupant un nombre indéterminé de familles ou de gentes.

Est-ce à dire que nous devons rejeter l'hypothèse gentilice et renoncer à nous en servir ? Certainement non, à condition de ne pas vouloir la prendre dans sa rigueur, comme une réalité objective, d'ailleurs incontrôlable. Elle rend compte de faits certains, elle explique et elle réunit des phénomènes sociaux, qui d'ailleurs ne sont mis en doute par aucun des auteurs qui combattent l'hypothèse gentilice proprement dite. Quelle que soit l'organisation sociale à laquelle étaient parvenus les Romains, avant la fondation de Rome, au moment de cette fondation même longtemps après, il n'est pas douteux que les familles étaient groupées en gentes, que la gens formait un lien de solidarité très étroit entre ses membres et que si elles faisaient partie d'un groupe plus large, en fait elles étaient, pour ce qui est leur organisation intérieure, indépendantes les unes des autres. Elles avaient une autonomie très réelle.

*Bracchar
verbal
P. Caudwell*

Ce qu'on peut retenir de l'hypothèse gentilice. Existence de coutumes gentilices.

si bien qu'on peut caractériser de façon assez exacte les cités qui les réunissent et leurs institutions comme des fédérations de gentes.

Elles ont donc assez de cohésion et d'unité pour que nous puissions caractériser cette époque en l'appelant l'époque des gentes et les coutumes qui les régissent, coutumes gentilices. Ce sont les traces de ces coutumes dans les historiens et dans le droit que nous allons nous efforcer de relever au cours de cette année et d'expliquer à la lumière de l'hypothèse gentilice. Et nous sommes d'autant plus autorisés à le faire que les institutions de la cité que nous connaissons, les lois, le droit civil, sont certainement postérieurs à cette époque gentilice.

En effet, dans le cadre traditionnel de la fondation de Rome, les quatre premiers rois sont entièrement légendaires: Romulus, le fondateur présumé de la ville; Numa Pompilius, fondateur supposé de la religion, puis Tullius Hostilius et Ancus Martius, qui sont des doublets de Romulus et de Numa. Leur époque correspond à celle des villages dont nous venons de parler. Par leur désignation, vous reconnaîtrez le souci constant des Romains de nommer le fondateur.

Des institutions de ces villages, comme je vous l'ai dit, nous ne savons absolument rien. Au contraire, avec les trois derniers rois, les légendes ont un fonds plus historique. Ces rois sont d'origine étrusque: c'est Tarquin l'ancien, Servius Tullius, le deuxième fondateur de la ville de Rome, en réalité le véritable fondateur de la Rome historique, c'est lui à qui on rattache l'agrandissement de la ville, dans l'enceinte dite de Servius Tullius; Tarquin le Superbe marque la fin de la domination étrusque.

D'après les historiens modernes, la dynastie étrusque aurait pour origine et signification la conquête de Rome par les Etrusques. Elle aurait eu pour conséquence l'asservissement des villages des collines de Rome, du peuple des gentes (Voy. Homo Italie primitive, p. 120 à 155).

La nation étrusque était alors une grande puissance, qui s'étendait des deux côtés du Latium. Elle occupait la Toscane au Nord et la Campanie au Sud. Il est très remarquable que les rites de fondation de villes, usités par les Romains, quand ils fondent des colonies ou des municipes romains, sont des rites étrusques. Les villes sont fondées par eux, etrusques, à l'image et à l'imitation de la fondation de Rome.

La religion publique de la cité contient quantité d'emprunts à la religion étrusque, notamment les auspices, qui jouent un si grand rôle dans les actes pu-

aractère lé-
endaire des
premiers
rois de Rome.

es rois é-
trusques - La
ondation de
a ville et
'affermisse-
ent du pou-
oir central.
ffaiblisse-
ent des gen-
ses.

Etrusque

blics. Les auspices sont pris suivant les modes étrusques et cet emprunt est reconnu par les Romains.

Tarquin l'Ancien aurait été un Etrusque venant de la ville de Tarquinies et Servius Tullius son gendre. D'après la tradition étrusque, peut-être plus exacte, Servius Tullius aurait été un chef de bande du nom de Mastarna, que l'on aurait appelé à Rome Servius Tullius. Il se serait emparé du Caelius et aurait succédé à Tarquin en conquérant la ville. Quant à Tarquin le Superbe, il reste, dans la tradition romaine, considéré comme un tyran, car il aurait régné sans l'aveu du peuple et sans l'assentiment du sénat: *Neque jussu populi neque auctoribus patribus.*

La domination étrusque dura un siècle, de 138 à 244 de Rome fondée, et l'apport des Etrusques aurait été la fondation de la ville par la réunion, ou syncrétisme, des villages du Palatin, de l'Esquilin et du Quirinal. Cette création de la plus grande cité est marquée sur le sol de Roma par le mur de Servius Tullius, dont il reste des traces reconnaissables sur une grande partie de son étendue.

Ce sont les Etrusques qui ont fait de la ligue des villages du Septimontium une ville, à la fois au sens matériel et au sens moral du mot. Ils ont fondé la ville de Rome, *etrusco ritu*, suivant les principes traditionnels et les rites de la fondation de leurs villes. Ce sont eux qui en ont fait l'enceinte, qui ont fait les travaux d'édrilité, en particulier le dessèchement des marécages par des drainages dont il reste une trace importante, la Cloaca Maxima, égout collecteur qui reste encore au centre de Rome en usage. C'est eux qui ont fondé le culte commun de la cité sur le Capitole.

D'après l'histoire traditionnelle, on fait remonter aux Tarquins la fondation du temple de Jupiter Capitolin, où était honorée la triade des dieux protecteurs de Rome: Jupiter, Junon et Minerve.

Au point de vue politique, ce sont les Etrusques qui ont fondé l'Etat, avec son gouvernement central et son cadre territorial et administratif. C'est d'eux que date la division du peuple dans les tribus et dans les curies, l'assemblée des patres dans le Sénat et la magistrature suprême du roi.

La religion, les institutions politiques que nous connaissons sont celles de la grande cité des Etrusques. Cette organisation nouvelle, sur le modèle des cités existant en Etrurie, donne l'essor à la puissance romaine. Rome, à cette époque, conquiert l'hégémonie sur le Latium. Avec la chute d'Albe, elle devient le centre commercial, en même temps que religieux du Latium. L'industrie commence et aussi l'art

dans les constructions et la décoration des maisons. Les étrangers commencent à affluer dans la ville et forment une catégorie nouvelle d'habitants, les incolae, non citoyens, qui forment un nouvel élément de la richesse de la ville.

Cette création et cet affermissement du pouvoir central est le commencement de la décadence des gentes, car le pouvoir central lutte contre l'importance des gentes. On dit que, dans cette lutte contre les patres, les tyrans étrusques s'appuient sur la plèbe. La chute de Tarquin est attribuée par les Romains à la révolte des citoyens contre lui. En réalité, la fin de la domination étrusque paraît avoir été surtout amenée par l'anéantissement de l'empire étrusque. Il est attaqué de tous les côtés: par les Carthaginois sur mer, par les Gaulois au Nord et au Sud par les Grecs. Les Grecs, depuis déjà longtemps, sont établis dans l'Italie méridionale, dans la Grande Grèce, et ce sont eux qui chassent les Etrusques de la Campanie, par la victoire de Cumae.

Révolte des gentes contre les rois étrusques; la République.



L'établissement de la République est l'œuvre de cette révolte des gentes contre les rois étrusques. Elle est produite par une forte réaction des institutions aristocratiques et patriciennes contre le gouvernement central. C'est le peuple des patres, renforcé par les gentes sabines descendues de leurs montagnes pour occuper le Latium, qui établissent la République. Nous le savons par les noms des consuls qui immédiatement après la chute des rois occupent les grandes magistratures. Les consulats sont gérés par les gentes sabines: les Valerii, les Claudi, les Postumii, à côté des gentes latines ou albanas des Horatii, des Julii et des Aemilii. Ces noms se répètent constamment dans la liste des consuls des débuts de la République.

Mais la réaction gentilice n'a pas pu restaurer l'ancien état de choses. La cité est créée, et malgré l'affaiblissement momentané qui suit la révolution, elle ne peut que grandir. La lutte reste ouverte entre plébéiens et patriciens; les plébéiens luttent pour obtenir l'égalité des droits civils et politiques. Dans ces luttes, l'autorité de l'Etat s'accroît et cette autorité condamne à la disparition l'interposition de la gens entre la cité et l'Etat.

C'est dans cette période que la gens cesse d'être un organisme politique indépendant. A ce point de vue elle disparaît même complètement et le pouvoir propre des gentes n'a laissé aucune trace dans le souvenir des historiens. Les traces que nous relevons, ceux n'en reconnaissent plus la signification.

Disparition du pouvoir politique de la gens.

Peut-être cette disparition doit-elle être rapprochée de l'établissement des tribus, entre 259 et 283 et de la transformation, en propriétés privées, des territoires primitivement occupés par chaque gens. Après la disparition du chef, il n'y a rien eu, sans doute, de plus efficace pour combattre la puissance de la gens que sa dispersion sur tout le sol de la cité. D'ailleurs cette dispersion s'est produite autant par suite de nécessités économiques que par des mesures de contrainte. Lorsque le pouvoir politique de la gens disparaît, deux faits parallèles en découlent :

1°) Le père de famille voit s'accroître son autorité dans la famille. Cette autorité n'est plus limitée et surveillée par l'autorité et la surveillance des autres gentiles. Les coutumes gentilices fondées sur cette autorité de la gens tombent en désuétude et disparaissent; les autres coutumes se transforment et se concentrent d'abord dans la famille. Elles deviennent des coutumes familiales, sous l'autorité du paterfamilias, avant de faire leur apparition dans le droit de la cité.

2°) L'Etat voit son autorité renforcée, puisqu'il ne trouve plus en face de lui de pouvoir rival. Mais ce renforcement se produit au point de vue du droit public seulement, car l'Etat ne s'immisce pas dans l'organisation de la famille où le paterfamilias conserve seul l'autorité.

Chapitre III

LE MARIAGE.

CEREMONIES NUPTIALES DU MARIAGE.

Nous venons de voir que la famille romaine est conçue suivant le type patriarcal, c'est-à-dire le type des familles où toute l'autorité appartient au paterfamilias. Nous commençons dans ce chapitre l'étude du mariage. Nous ne ferons pas cette étude complète, mais nous l'envisagerons surtout au point de vue des formes dans lesquelles le mariage est contracté.

Cette étude doit être précédée de quelques mots sur la condition romaine de la femme.

Dans la famille patriarcale, la condition des filles est en principe très inférieure à celle des hommes, parce que la femme n'a pas la force et ne peut pas avoir l'autorité. Aussi, d'habitude, les femmes sont en sujexion perpétuelle dans ces familles et ne participent pas aux biens, ne prennent pas leur part

Situation
privilégiée de
la femme dans
la famille ro-
maine par rap-

port au type général de régime patriarcal.

dans les biens de la famille. C'est ce que l'on peut remarquer pour la Grèce: la fille ne succède aux biens du père que si elle n'a pas de frère; la présence d'un frère suffit pour l'exclure de la succession. Ce n'est que celle qui n'a pas de frère, que l'on appelle la fille épicière qui est l'héritière de son père. Elle n'est pas libre de se marier à qui elle veut, elle doit épouser son plus proche parent en âge d'être marié.

La même situation se retrouve chez les Chinois, où la femme est complètement exclue de la succession; chez les Germains où elle participe au partage des meubles, mais où elle est exclue de la terre, du Salzgut. La femme est également exclue de la succession chez les Hébreux, chez les Hindous et chez les Musulmans (Voir Paul Gide: La condition privée de la femme, et la bibliographie de ce droit comparé dans Girard, Manuel, Chapitre III, Status familiae).

Si nous comparons cette situation générale avec celle de la femme romaine, nous voyons que la situation de celle-ci est très privilégiée. Dans la famille, en effet, en qualité de fille de famille, elle est placée dans la même situation que le fils et elle subit une égale sujexion sous l'autorité de son père. Mais quand le père meurt, on lui fait un avantage considérable en l'admettant au partage égal des biens de famille avec ses frères. Elle est appelée à égalité à la succession, ce qui dénote déjà un état très avancé de la civilisation.

Quelle que soit la raison pour laquelle la femme romaine a acquis cette égalité de droit, c'est la cause principale, ou le signe visible de sa situation privilégiée déjà très ancienne dans la famille. Ayant des biens propres, elle aura toujours et partout des droits.

La situation de la femme conserve des traces très importantes de son infériorité primitive. Ces biens dont elle est propriétaire, elle ne peut pas les gérer elle-même. La femme sui juris, qui n'a plus son père de famille ou son mari, est en tutelle perpétuelle, quel que soit son âge, elle est sous la tutelle de ses parents les plus proches, mâles. Ces parents, qui sont ses tuteurs, sont en même temps ses héritiers; c'est la tutelle légitime qui est la tutelle des agnats, et si elle n'a pas d'agnats la tutelle des gentiles.

Cette tutelle est organisée dans l'intérêt des familles, et non pas dans l'intérêt de la femme et elle a pour but la conservation des biens patrimoniaux. Elle n'a pas été établie pour subvenir à sa

La tutelle des femmes et sa raison d'être.

faiblesse et à son incapacité naturelle, comme le disent quelques auteurs classiques, qui ont perdu le souvenir de l'origine de la tutelle des femmes. Cicéron, pro Murena, 12, nous dit qu'elle est établie propter infirmitatem concilii: à cause de sa faiblesse de jugement.- Ulprien, Regulae 11, 1: Propter sexus infirmitatem et propter rerum forensium ignorantiam: à cause de la faiblesse de son sexe et à cause de son ignorance des affaires.

Mais Gaius (1,190,192) nous donne encore la vraie raison de cette tutelle. Il dit qu'il n'y a aucun bon motif dans cette tutelle des femmes lorsqu'elles ont l'âge requis, mais que les tutelles légitimes des patrons et des parents ont cette efficacité d'empêcher que l'héritage leur soit enlevé malgré eux par un testament, ou soit appauvri par des alienations ou par des dettes.

C'est parce que la fille a droit à sa part dans les biens de la famille que l'usage de la doter s'est établi. En effet, le mariage, dans le droit primitif, est le mariage cum manu; par ce mariage, la femme change de famille; quittant la famille de son père, elle perd ses droits de succession, elle n'a plus le droit d'avoir sa part dans le patrimoine paternel et une dot lui est alors donnée en compensation de cette perte.

Il est vrai que, par le jeu des institutions de la famille, elle ne peut pas conserver cette dot, puisqu'elle est alieni juris et ce sont ces institutions qui rendent obligatoire le transfert de la propriété de la dot sur la tête de son mari ou du père de famille de son mari.

Il n'en est pas moins vrai que le fait d'entrer dans la nouvelle famille avec un capital qui lui permet de contribuer aux charges du mariage augmente sa situation morale et matérielle dans la nouvelle famille. Elle accroît son autorité. Les poètes comiques ont noté souvent l'importance que donne à la femme, dans sa famille, l'usage de la doter. L'uxor dotata joue un grand rôle dans sa maison. Horace (Odes, 3,24, 19) note comme un trait de vertu exceptionnel qu'une épouse dotée ne tende pas à commander son mari: *Nec dotata regit virum conjux.* Plaute plaisante souvent l'inconvénient que présente pour le mari d'avoir une femme avec sa dot (Plaute, Asinaria, vers 87): *Argentum accepi dote imperium vendidi: J'ai accepté l'argent et j'ai vendu mon pouvoir de commander pour la dot.*- Juvénal le dit dans sa satire sur les femmes: *Intolerabilis nihil est quam femina dives: Il n'y a rien de plus intolérable qu'une femme riche.*

Une autre supériorité de la femme romaine et de la civilisation romaine, c'est le mariage monogamique.

La participation de la fille aux biens de la famille et l'usage de la dot.

La monogamie

à Rome.

Aussi loin que nous remontions dans l'histoire des Romains, ils paraissent avoir pratiqué la monogamie. Ici encore ils se trouvent en contradiction avec les conséquences habituelles de l'organisation patriarcale des familles. Dans ces organisations patriarcales, le type du mariage est en général la polygamie, dont l'exemple célèbre nous est fourni par les patriarches de la Bible.

Les Grecs vivent dans un état de polygamie à peine atténuée, car, à côté de la femme légitime, les Grecs peuvent librement entretenir des concubines et il n'y a guère de différence entre les enfants légitimes nés de la femme et les enfants naturels nés des concubines, car ils sont tous appelés à la succession.

Un trait caractéristique de la société romaine, c'est le conubium. C'est une grande différence d'avec les sociétés modernes. En effet, dans les droits modernes le principe est la liberté de mariage. A condition que les futurs époux soient de sexe différent et aient l'âge requis, le mariage est possible, sans avoir égard aux différences de nationalité et de conditions sociales.

Le droit romain, au contraire, par un principe inverse, crée une série de castes fermées où le mariage, le matrimonium legitimum n'est permis que dans l'intérieur de la caste. Nous allons faire ici une revue rapide de ces groupes.

1^e) Il n'y a conubium, dans les débuts de Rome, qu'entre membres de la même gens. Il est frappant que le mariage est interdit entre les membres de deux gentes différentes. Les traces de cet usage sont relevés par Mommsen dans son Droit public (VI, p. 21). Tacite, en effet, nous dit (39.19.5) que la conjuration des Bacchanales a été dénoncée par une affranchie sui juris, Fecennia Hispala, en 568 de Rome fondée. Elle est récompensée par le Sénat et, entre autres récompenses, on lui accorde la gentis emuptio, par un senatus consulte. Les senatus consultes accordent des dispenses d'obéir à certaines lois. Ici, le senatus consulte lui a donné la dispense de cette obligation de se marier dans sa gens.

De cette coutume primitive, il reste une trace dans un usage en vigueur sous la République. Saint Augustin nous dit que c'est la coutume des pères de famille de choisir leurs gendres dans leur gens (Augustin I, civitate De 15.16): Fuit autem antiquis patribus religiosa cura, ne ipsa propinquitas se pauplatim longius abiret:

Ce fut le souci religieux des anciens patriciens (de ne pas marier leurs filles hors de la gens) de peur que leur parenté elle-même ne s'écarte peu à peu trop loin. On cite encore comme des exceptions les filles qui se marient hors de la gens où elles sont nées et on dit d'elles : enubunt, pour dire qu'elles se sont mariées hors de la gens.

A cet usage s'en oppose un autre. Il est en effet défendu de se marier entre membres d'une même famille vivant sous l'autorité d'un chef unique. Ces ces seraient nefariae, et incestae, néfastes et incestueuses, dit Gaius (I, 59, 64).

Une règle mieux prouvée est l'absence de conubium entre les gentiles et les clients de la même gens. Il y a interdiction de mariage dans les liens de patronage et de clientèle, entre patron et affranchies. De même il y a interdiction de mariage entre ingénus et affranchies pendant toute la République. Cette règle est modifiée en 736 de Rome fondée par la première loi matrimoniale d'Auguste, la lex Julia de maritandis ordinibus. Elle est remplacée par l'interdiction faite à la classe sénatoriale d'épouser des femmes de moeurs ou de profession honteuses.

Mais de très bonne heure le conubium existe entre les citoyens, entre les cives pleno jure, c'est à-dire les patriciens de la cité quiritaire qui peuvent se marier même avec les Latins, c'est-à-dire avec les autres habitants du Latium, liés par un traité avec Rome.

Nous relevons alors, 2° - une nouvelle barrière c'est l'absence de conubium entre les patriciens et les plébéiens. Vous savez que les plébéiens c'est ce nouveau peuple de Rome qui n'avait pas le droit de cité. Les plébéiens devinrent citoyens peut-être sous la royauté. Les rois étrusques les ont favorisés. Dans l'organisation des centuriés de Servius Tullius, les plébéiens sont eux aussi assujettis au service militaire, et par conséquent citoyens. Sous la République, ils obtinrent l'égalité des droits civils, par la loi des XII Tables, de 305. Mais cette loi ne leur donne pas encore le conubium; ils luttent pour l'obtenir, c'est ce qui a lieu peu après, à l'aide de la loi Canuleia, en 309.

3° - Enfin, la dernière barrière est celle qui interdit le mariage entre pérégrins et Romains, entre la classe des sujets de Rome qui devinrent extrêmement nombreux par la conquête du monde et qui n'ont pas le conubium avec les Romains. Les pérégrins suivent le droit de leur nation, le droit de leur cité, et alors, suivant ce droit, souvent il n'y a pas de conubium de ville à ville entre membres de l'Étrurie.

Caracalla égalise cette situation en 212 après Jésus-Christ, en accordant le droit de cité à tous les habitants de l'Empire.

A partir de ce moment-là, il y a donc conubium entre tous les membres de l'empire, sauf avec les esclaves, car il n'y a jamais eu possibilité de contracter un mariage légitime avec un esclave.

La conséquence directe de ces interdictions de se marier entre classes, de ces cloisons étanches entre ces différentes parties de la population romaine, est la fréquence du concubinat. Le concubinat est un fait très répandu et chez les Romains il y a de très nombreux enfants naturels. Il n'y a d'ailleurs aucun préjugé défavorable contre les concubins et les enfants naturels. C'est seulement une classification sociale qui n'a pas de rapport avec la morale. C'est lorsque les idées chrétiennes se répandent, lorsque les idées religieuses prennent de l'influence qu'il y a un changement dans cette opinion.

Quoi qu'il en soit, entre personnes de sexes différents, ayant le conubium, le mariage est nécessaire pour fonder une famille, pour rattacher les enfants à la famille du père par les liens de filiation légitime,. Que ce mariage soit cum ou sine manu, qu'il rattache ou non la femme à la famille paternelle, c'est un matrimonium legitimum, par conséquent les enfants sont rattachés par le lien de filiation à leur père.

§ Ier : Cérémonies religieuses du mariage.

Les cérémonies religieuses accompagnant tout mariage. Leur importance comme source des règles du mariage en droit civil.

Il est d'usage à Rome, que le mariage soit accompagné de cérémonies religieuses. Tous les mariages ,que ce soit le mariage cum manu ou le mariage sine manu, le mariage sous toutes ses formes est accompagné de ces cérémonies. Ce sont des usages , d'ailleurs, semblables aux nôtres. Cet usage est immémorial et le droit religieux en fait une obligation : Servius ad Aeneidem (3,I,36) : Apud veteres neque uxoriudi neque ager arari sine sacrificiis peractis poterat : Chez les anciens on ne pouvait pas prendre femme, ni cultiver son champ sans accomplir de sacrifices. Nous verrons que le rapprochement entre le mariage et l'agriculture n'est pas un rapprochement fortuit.

Les manuels de droit romain sont muets sur ces cérémonies religieuses, sauf sur la confarreatio. Pourquoi ? Parce que, de très bonne heure, à Rome, le droit civil est laïcisé, exactement comme notre droit moderne. Le droit civil ignore les coutumes religieuses qui entourent le mariage et envisage celui-ci au point de vue civil. Le droit se contente d'établir

et d'étudier les formes ou les règles qui font du mariage une institution du droit civil. Ou, plus exactement, les coutumes religieuses qui entourent le mariage sont des coutumes familiales, ou mieux gentilices, qui, comme telles, sont restées en dehors du droit civil, c'est-à-dire du droit de la cité qui ne les a ni codifiées, ni imposées.

Il n'y a d'exception que pour la cérémonie religieuse de la confarreatio, parce que, comme nous essaierons de l'établir, c'est une cérémonie du droit religieux de la cité, c'est une cérémonie du droit public et qui a été faite sans doute, dans un but intéressant le droit public.

Mais nous n'avons pas nous, historiens, les mêmes raisons que le droit civil, d'ignorer ces coutumes religieuses et il y a un grand intérêt, au contraire à les tirer de l'injuste abandon où on les a laissées et de les remettre en lumière, car elles ont une grande importance pour l'histoire des institutions. C'est dans ces coutumes religieuses que s'est formée l'institution du mariage. Elles sont antérieures au droit civil, elles avaient leur physionomie propre avant que le droit civil en ait formulé les règles. C'est dans ces coutumes religieuses que se sont formées les règles du mariage. Nous montrerons comment les principes essentiels qui régissent l'institution dans le droit civil ont été reçus par lui de la religion et ce sont ces coutumes qui leur ont donné leur forme définitive, nous le montrerons.

Vous pourrez consulter, sur ces cérémonies religieuses Rossbach Römische Ehe 1853, c'est un ouvrage ancien, mais fondamental, qui est complété par Rossbach Hochzeits und Ehedenkämler, 1871, où l'auteur étudie les monuments figurés, c'est-à-dire les reliefs des sarcophages où sont représentées les cérémonies nuptiales. Ces cérémonies sont décrites dans Marquardt Vie privée des Romains, Tome I, p. 351 et ss. qui forme le Tome XIV du Manuel des Antiquités romaines de Mommsen et Marquardt, c'est ce livre qui est le modèle suivi par tous les auteurs qui décrivent ces mêmes cérémonies. Vous trouverez encore des indications au mot Nuptiae, dans le Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines de Daremberg et Saglio. Un bon ouvrage, tout nouvellement fait, sur une partie importante de ces cérémonies, c'est celui de Mme Madeleine Rage-Brocard : Deductio uxoris in domum mariti, Thèse 1933. Les cérémonies nuptiales sont décrites dans de très nombreux écrivains romains, historiens et archéologues : Festus, Servius le commentateur de Virgile, Varron, Plutarque, Pline, Aulu Gel-

le et Tacite. Nous trouvons aussi des détails dans les poètes : Catulle, Juvénal et Martial. Elles sont encore décrites par les Pères de l'Eglise qui sont très sévères pour quelques détails de ces cérémonies. Grâce à eux nous connaissons beaucoup de choses sur ces cérémonies matrimoniales.

Mais il ne faut pas oublier que nous n'en avons aucune description d'ensemble; par conséquent que nous ne connaissons pas la suite des cérémonies nombreuses et compliquées dont l'ensemble compose la fête nuptiale. C'est par hypothèse seulement que les modernes ont reconstitué cette suite. Nous ne savons pas toujours très bien où se place telle ou telle des cérémonies.

Ces rites matrimoniaux ont été déterminés par les croyances et par les dieux de l'époque à laquelle les rites ont été fixés. Ils ont survécu tels quels, malgré la transformation de ces croyances et de la religion.

Les cérémonies du mariage durent toute la journée, du matin au soir. C'est une fête familiale et religieuse, avec des rites minutieux et compliqués. Les Romains sont aussi formalistes dans la religion que dans le droit. Certains jours seuls peuvent être employés pour le mariage. Dans les jours qui sont néfastes, le mariage ne peut pas avoir lieu.

La veille du jour nuptial, la fiancée a quitté ses habits de jeune fille, la toga pretextata. Tous nos documents se rapportent au mariage de la vierge, de la jeune fille. Le mariage des veuves ou des divorcées ne semble pas avoir été célébré avec la même cérémonie. La jeune fille consacre sa robe et ses jouets aux lares de sa famille, aux dieux domestiques. Elle revêt son costume de mariée, la tunica recta, qui est tissée d'une certaine manière, à l'ancienne mode, et elle enveloppe ses cheveux dans une résille rouge. C'est le lendemain matin seulement qu'elle mettra le voile de mariée, le flammeum qui est un voile rouge. Sa chevelure est arrangée en sex crines, en six tresses, qui ne sont pas peignées au peigne, mais avec un fer de lance recourbé, qu'on appelle hasta caelibaris. Ces rites sont parmi ceux dont les Romains ont perdu le sens. Ses cheveux sont enveloppés de bandlettes et, sous le voile nuptial, elle mettra une guirlande de fleurs.

La journée nuptiale comporte trois actes : la remise de l'épouse à l'époux dans la maison paternelle; la conduite de l'épouse dans la maison de son mari : la deductio in domum mariti; et la réception

Les 3 actes
de la jour-
née nuptiale.

I) remise de l'épouse à l'époux.
Prise des auspices.

de la femme dans cette même maison.

I^o- Remise de l'épouse à l'époux. De bonne heure le matin, on prend les auspices, pour savoir si les dieux sont favorables au mariage. Les auspices sont pris suivant la science des augures, par l'observation du vol des oiseaux. Plus tard, on remplace cette science plus difficile par une plus facile, qui est l'examen des entrailles des victimes, c'est l'art des haruspices.

L'art des augures, comme l'art des haruspices, est d'origine étrusque. C'est une obligation pour les mariages, comme pour tous les actes publics et privés de prendre les auspices. Valère Maxime (2,I,1): *Apud antiquos non solum publice sed etiam privatim nihil gerebatur nisi auspicio prius sumpto : Chez les anciens, non seulement dans les actes publics mais même dans les actes privés, rien n'était accompli sans que l'on prenne d'abord les auspices.*

Servius, ad Aeneidem, I,45 : *Nihil nisi captatio auguriis faciebant romani et praecipue nuptias : Les Romains ne faisaient rien sans avoir pris les auspices et principalement les noces.*

Ces auspices sont pris par les époux eux-mêmes: Servius ad Aeneidem 4,45 : Varro de pudicitia ait auspices in nuptiis appellatos ab auspiciis que a marito et nova nupta per hos auspices captabantur in nuptiis. Varron, dans son livre sur la pudeur, dit que les auspices sont ainsi appelés dans les noces à cause des auspicia qui sont pris dans les noces par le mari et par la nouvelle épouse par l'intermédiaire de ces auspices.

Ces textes nous permettent de faire une constatation extrêmement importante à mon avis, car on est loin d'en avoir tiré les conclusions qui doivent être tirées. J'ai essayé de le faire dans un article intitulé : Du rôle des époux et du rôle de leurs pères de famille dans la conclusion du mariage, d'après le très ancien droit religieux et le très ancien droit civil des Romains, article qui doit paraître dans les Studia et Documenta juris romani, di Roma, en 1937.

Nous constatons ici que c'est le *novus maritus* et la *nova nupta* qui prennent eux-mêmes les auspices, ce ne sont pas les pères de famille. Ce droit de prendre les auspices marque le rôle principal de l'époux et de l'épouse dans le mariage. Ceux qui prennent les auspices, ce sont en effet ceux qui font l'acte qui doit être accompli, si les auspices sont favorables. Pour l'acte public, c'est le magistrat qui doit le faire, le consul, qui a les auspices : qui auspicia

La prise des auspices avant le mariage.

habet.

Ce ne sont pas les époux qui prennent seuls les auspices, car ils n'ont pas la compétence qui serait nécessaire. Ils sont assistés par d'autres personnes plus expérimentées qui les dirigent et qui doivent interpréter les signes : ce sont eux qui sont appelés auspices, plus tard, c'est-à-dire déjà à l'époque de Cicéron, qui nous dit que de son temps les auspices ne sont plus pris, les auspices n'étant plus en usage, le nom seul demeure et on appellera alors auspices du mariage, non pas les simples témoins, mais ceux qui y ont joué un rôle pour qu'il soit conclu ; ce sont ceux qui ont aidé à ce qu'il soit fait, ce sont les initiateurs, les répondants, en un mot les auctores.

Ce rapprochement avec les auctores est fait par Cicéron pro Cluentio (V, I4), à propos d'un mariage qui semble avoir été fait trop vite et d'une façon irrégulière. Cicéron nous dit : Nubit genero socrus nullis suspicibus nullis auctoribus : La belle-mère épousa le gendre sans aucun auspice, sans aucun auctor.

Le mot auspeX est un mot composé à l'aide du mot avis, oiseau, car l'auspeX est celui qui examine le vol des oiseaux. Mais il a un autre nom, on l'appelle aussi augur. C'est un nom de même composition qu'auctor et il entredans ce mot le mot augere, augmenter, c'est le répondant, c'est le garant. En somme, les auspices du mariage, ce sont ceux qui furent d'abord, au sens technique, les répondants du mariage, au point de vue religieux, ceux qui affirment que les dieux y sont favorables, et ils devinrent ensuite, quand les auspices sont tombés en désuétude, les répondants du mariage au point de vue social, les auctores.

Ces auspices du mariage, il n'est pas nécessaire de les prendre, comme pour les actes publics, dans le collège des augures. Ce sont des membres de la famille, plus âgés, qui peuvent en servir, et sans doute, bien que les textes ne le disent pas, le père de famille lui-même.

Pendant qu'on prend les auspices, les invités arrivent à la maison et c'est devant eux que les auspices viennent annoncer le résultat de la consultation. Si la consultation est favorable le mariage a lieu.

Le premier acte, c'est la conclusion du contrat de mariage, l'instrumentum dotale, la dot, représentée sans doute par cet instrumentum est remise au mari. C'est ce qui résulte des énonciations formelles de Suetone, Claudien, 26, : Dote inter auspices consignata : la dot a été remise au milieu des auspices. D'après les monuments figurés qui nous sont conservés, on remet un rouleau de parchemin au nouveau mari, de-

L'instrumen-
tum dotale.

vant les invités, pendant qu'entre dans la maison le cortège du sacrifice, les animaux destinés à ce sacrifice, puis, derrière eux, les aides du sacrifice, les victimarii, et non pas les prêtres, et enfin, à l'arrière-plan, les sculptures représentent les dieux qui vont assister au mariage. C'est que, en effet, le mariage est conclu autour d'un sacrifice offert aux dieux.

Le sacrifice nuptial.

Les auteurs modernes font ici une confusion qui rend leur description du mariage obscure et incertaine. Ils mélangeant tous les sacrifices en les rattachant expressément à la confarreatio; autrement dit, ils croient que toutes les cérémonies religieuses du mariage dériveraient, plus ou moins, de la confarreatio. C'est la suite de leur idée première que le mariage religieux primitif des Romains, c'est la confarreatio et que les autres formes du mariage sont des mariages civils par opposition au mariage religieux qui est la confarreatio.

Nous examinerons sur quoi est fondée cette opinion, que l'on peut encore appeler l'opinion commune, et qui est celle que nous combattrons. Sans doute la confarreatio est un sacrifice : c'est l'offrande d'un pain d'épeautre à Jupiter, mais cette offrande est faite par le flamme de Jupiter, tandis que les sacrifices du mariage sont des sacrifices sanglants, offerts par les époux eux-mêmes et non pas à Jupiter.

C'est en effet, un sacrifice sanglant que le sacrifice nuptial. Peut-être, très anciennement, se composait-il de l'immolation d'un porc. Varron, de *rustica*, 2,4,9 : *Nuptiarum initio, antiqui reges ac sublimes viri in Etruria in conjunctione nuptiali nova nupta et novus maritus primum porcum immolant, prisci quoque latini et etiam graeci in Italia idem factitasse videntur* : Au début des noces, les anciens rois et les héros en Etrurie en leur qualité de nouvelle épouse et de nouveau mari, dans l'union nuptiale, immolent d'abord un porc, les anciens Latins et même les Grecs en Italie paraissent avoir fait la même chose.

Mais d'ordinaire, dans les temps historiques, c'est un boeuf qui est sacrifié, peut-être même une brebis. Dans les monuments figurés, c'est un taureau et un bétail qui sont représentés, mais il semble bien que les sculpteurs préfèrent représenter l'animal le plus noble et cette représentation n'exclut pas la possibilité du sacrifice d'une vache ou d'une brebis. Dans le sacrifice fait par Didon dans l'*Enéide*, qui il est vrai n'est pas un sacrifice nuptial d'une façon absolue, c'est une vache qui est sacrifiée et une brebis.

Ici encore c'est le novus maritus et la nova nuptia qui offrent le sacrifice. Cette indication du texte de Varron est confirmée par les monuments figurés qui tous, donnent le rôle actif dans le sacrifice aux époux, hors de la présence d'un prêtre et sans que le père de famille intervienne dans la cérémonie. Et ce témoignage est encore corroboré par des témoignages littéraires : Valerius Flaccus, Argonautiques, 8, 2, 43, montre Jason célébrant le sacrifice nuptial cum conjuge, avec son épouse. Sénèque le Tragique, Octavie, vers 700 et Tacite, II, 27, parlent du mariage d'Octavie et de Messaline, ces deux auteurs les montrent toutes deux en train de faire elles-mêmes le sacrifice.

Rôle actif des époux dans la prise des auspices et dans le sacrifice nuptial. Intérêt de cette remarque au point de vue du caractère de la patria potestas.

Ces indications sont extrêmement précieuses, les rites religieux du mariage sont très anciens, nous le verrons par les dieux protecteurs du mariage; ils sont certainement plus anciens que le droit civil, ils ont été soigneusement conservés par les Romains, rigoureusement traditionnalistes, même en ce qu'ils avaient d'incompréhensibles et de barbares. Si donc le rôle principal dans les deux cérémonies essentielles du mariage était joué par les deux époux, c'est que, même en ces temps primitifs, les Romains étaient déjà arrivés à cette conception que le mariage était avant tout l'affaire propre des deux époux. Puisqu'ils prennent les auspices, puisqu'ils font les sacrifices c'est que, d'abord et avant tout c'est leur volonté qui agit, c'est elle qui accomplit le mariage.

Vous remarquerez, comme je l'ai dit, que les cérémonies du mariage sont toujours décrites pour le mariage d'une jeune fille, c'est-à-dire normalement d'une fille qui est sous la puissance paternelle. Les Romains ne parlent jamais du mariage religieux d'une veuve ou d'une divorcée, mariage qui, sans doute était beaucoup moins solennel.

Cette donnée contredit l'idée que nous nous faisons en général du caractère absolu de la puissance paternelle. Cette donnée contredit aussi les enseignements que nous pouvons tirer du droit comparé, car les filles de famille des différentes races indo-européennes, les Grecques notamment, ne sont pas consultées pour leur mariage. C'est pourquoi les auteurs juridiques n'ont pas tenu compte jusqu'ici des enseignements que l'on peut tirer de ces cérémonies religieuses. Ils sont unanimes à penser que le caractère absolu de la puissance paternelle avait pour conséquence que, au moins dans l'ancien droit romain, car ils ne peuvent le dire pour le droit classique que nous connaissons de façon certaine le mar-

riage des enfants était conclu par leur père de famille, sans que les enfants aient à donner leur consentement.

A mon avis, cette conception, même pour le droit primitif est une erreur de fait. Si logique qu'elle soit, elle est contredite par les enseignements que nous donne le droit religieux et que nous venons d'poser. Nous verrons que, bien au contraire, cette donnée du droit religieux a passé dans le droit civil. C'est elle qui domine dans l'ancien droit civil et dans la forme du mariage qui s'appelle la coemptio. C'est cette donnée qui domine dans le droit classique dans le mariage sine manu.

C'est autour de ce sacrifice célébré par les époux eux-mêmes, comme nous venons de le voir, que s'opère la conclusion du mariage. C'est à ce moment là sans doute que devait avoir lieu la confarreatio, qui est elle-même un sacrifice, mais c'est aussi à ce moment qu'avait lieu la coemptio, qui est un acte civil.

Puis, à l'époque du mariage sine manu, il semble que le consentement des deux époux ait été rendu visible par la cérémonie de la dextrarum junctio, de l'union des mains. Les époux dans toutes les cérémonies du mariage, sont conduits par une femme mariée, que l'on appelle la pronuba. C'est elle qui régle les rites, et, à ce moment, c'est elle qui amène les deux époux l'un vers l'autre et qui leur joint les mains. Les deux époux se donnent les mains, dextras jungunt. C'est une cérémonie qui paraît avoir eu un caractère important, car c'est spécialement celle-là qui, avec le sacrifice est figurée dans tous les monuments.

A la suite du mariage, lorsque les témoins du mariage ont exprimé leurs souhaits de bonheur, par le mot "feliciter" commence le banquet. La coena a lieu ordinairement, comme toutes les autres cérémonies décrites jusqu'ici, dans la maison du père de l'épouse.

Ce banquet nuptial dure toute la journée, il est lui aussi, un acte religieux et comporte des rites et des sacrifices.

2° - Deductio in dominum mariti. A la tombée de la nuit, les convives se lèvent, on feint d'arracher la vierge des bras de sa mère, et la vierge feint de résister. Le cortège se forme. Il est précédé de joueuses de flûte et de porteurs de torches. Le cortège sort de la maison du père et il est entouré par la foule des voisins. De petits enfants orient et courent en demandant des noix; pendant tout le long du cortège c'est une cérémonie dont on ne connaît plus bien la

la dextrarum
junctio dans
le mariage sine
manu.

La coena.

2 - Le cortège nuptial;
ressemblance
avec les fêtes
agricoles.

signification - on doit leur jeter des noix.

Ce cortège et les particularités qui l'entourent ont été comparés aux fêtes qui ont lieu au moment des semaines et des récoltes, aux fêtes de la terre et de la culture. Comme ces fêtes, le cortège de noces apparaît comme une fête rustique. Ce caractère agricole de la fête nuptiale résulte à la fois des dieux qui y sont invoqués et des détails de la cérémonie.

En effet, d'abord, la maison doit être ornée de guirlandes de fleurs, de feuilles et de fruits, notamment de feuilles de laurier. Les mariés et tous les autres participants au mariage sont aussi couronnés de fleurs. D'autre part, les plaisanteries, la joie grossière de la foule qui entoure le cortège sont les mêmes plaisanteries qui sont d'usage dans les campagnes aux fêtes de l'agriculture et l'on chante, dans ce cortège comme aux fêtes des récoltes, des chants en l'honneur des dieux agraires. Ce sont les chants fescennins. Festus nous dit : *Fescennini versus qui caneabantur in nuptiis* : les vers fescennins qui étaient chantés dans les noces. Ce sont des vers libres et les quelques-uns qui nous ont été conservés représentent les plus anciens témoins de la littérature romaine. Ils sont libres aussi au sens moral du mot, ce sont des chants phalliques extrêmement indécentes, d'une grande grossièreté et qui n'hésitent pas à indiquer de la façon la plus crue quelle va être la conclusion du mariage. Les Pères de l'Eglise sont extrêmement choqués par l'indécence de ces chants et des cérémonies qui entourent le mariage.

Le cortège et les assistants poussent de temps en temps un cri dont on ne connaît plus la signification : Thalassé. L'épouse est entourée de trois jeunes garçons, les pueri matrimi et patrimi, sur la nature desquels on discute et qui semblent devoir être, au début tout au moins, les enfants nés d'un mariage cum manu. Deux de ces garçons la conduisent et la soutiennent, et un autre porte le flambeau nuptial, qui est un rameau d'aubépine. L'aubépine est un arbre consacré à Cérès.

3^e- Le cortège arrive à la porte de la maison du mari. Suivant aussi un cérémonial dont nous avons perdu le sens, l'épouse doit oindre de graisse ou d'huile les montants de la porte et les entourer de bandlettes de laine. On doit l'introduire dans la maison de son mari en la soulevant au-dessus du seuil. Ce sont les garçons d'honneur, les amis du mari qui doivent remplir cet office.

Cette cérémonie, de même que celle d'après laquelle on a fait semblant de l'arracher des bras de

sa mère, est interprétée par les Romains soit comme le souvenir du rapt, de l'enlèvement primitif des femmes, soit comme étant le moyen d'éviter qu'elle ne trébuche sur le seuil, ce qui aurait été un très mauvais présage. Ces deux explications sont données conjointement par les anciens.

Le mari la reçoit dans l'atrium et, là, il lui communique l'eau et le feu. C'est le symbole de la vie commune qui va commencer et c'est aussi le symbole de la communauté du culte qui doit régner entre le mari et la femme. Ce symbole a lieu aussi bien pour le mariage cum manu que pour le mariage sine manu. Il n'est pas spécial à la confarreatio, ce qui montre que la communauté religieuse qui doit exister entre le mari et la femme est le fait de tous les mariages et non pas seulement du mariage par confarreatio : Digeste, 2,I,66 : Igni et aqua accipere novam nuptam. On reçoit la nouvelle épouse par le feu et par l'eau.

Dans l'atrium, on a préparé le lectus genialis. C'est une espèce d'autel en l'honneur du génie de la famille, et c'est là que la femme doit prier les dieux de la maison de bénir son union. Le genius c'est le lar familiaris, le lare de la famille, le seigneur ou le fondateur de la famille.

Le lendemain des noces, la nouvelle mariée reçoit ses parents et elle présente aux dieux de la maison sa première oblation. C'est le lendemain seulement qu'elle offre son premier sacrifice à l'autel des ancêtres.

Il reste encore un rite qui est décrit par Varro et que les auteurs ne s'expliquent plus : les épouses, d'après une vieille loi romaine, venant vers leur mari, avaient coutume de porter trois as : un as qu'elles tenaient à la main et qu'elles donnaient au mari comme pour l'acheter, l'autre qu'elles avaient au pied et qu'elles posaient sur le foyer du lare familier, le troisième qu'elles enfermaient dans une bourse et qu'elles faisaient sonner sur l'autel élevé au carrefour du quartier habité par leur mari.

La prière au
lectus genia-
lis.

La première
oblation de la
femme aux
dieux de la
maison au len-
demain du ma-
riage.
Les 3 as.

§ 2 - Dii nuptiales.

Caractère complexe des rites nuptiaux constitués d'apports d'époques différentes.

Les dii certi et la spécialisation particulière de chacun d'eux.

En décrivant la journée des noces, nous avons donné le cadre des cérémonies. Reprenons maintenant ces rites et demandons-nous à quels dieux ils s'appliquent. Quels sont les dieux sous les auspices de qui se font le mariage ? Nous pourrons voir que ces rites nuptiaux forment une réunion complexe et qu'ils ont été constitués d'apports de différentes époques, dont quelques-uns sont très anciens. Ils sont le résumé de croyances diverses qui y ont laissé leurs traces. Nous verrons alors que la confarreatio, au lieu d'stre, comme le disent les auteurs, le centre et l'origine de ces cérémonies, n'en est qu'une partie, et probablement une des parties les plus nouvelles, qui est venue s'ajouter aux autres pour une certaine sorte de mariage.

Le fond le plus ancien des cérémonies nuptiales paraît bien être celui qui se rattache aux dii certi, ces petits dieux nommés parmi lesquels on appelle dii nuptiales ceux qui sont spécialisés, si je puis dire, dans le mariage.

Qu'est-ce que ces dii certi ? Les idées à leur sujet ont beaucoup varié depuis le livre fondamental d'Ambrosch : "Über die Religionsbücher der Römer, 1843. L'ouvrage moderne qui fait autorité est celui de Wissowa : Gesammelte Abhandlungen, 1914, I5 Echte eine falsche Sondergötter in der romischen Religion. Les ouvrages en langue française qui étudient la question sont Marquardt : Le Culte chez les Romains, Tome I, p.I. et suivantes. C'est le Tome XII du Manuel des Antiquités romaines de Mommsen et Marquardt. Bouché-Leclercq : Manuel des Antiquités romaines, et son article : Indigitamenta, dans le Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines de Daremberg et Saglio. Un des derniers travaux qui contient la bibliographie du sujet, est celui de Richter, article Indigitamenta, dans Pauly Wissowa Real-encyclopoedie der Klassischen Altertums Wissenschaft, Tome IX, 1916.

Varron, dans son livre des antiquités divines que nous ne connaissons plus qu'indirectement par les extraits qu'en ont donné des auteurs plus récents, comme par exemple les Pères de l'Eglise, traite, dans les trois derniers livres, XIV à XVII, des dieux romains. Il divise ces dieux en trois classes : les dii certi, les dii incerti et les dii selecti ou prae-

cipui.

Les dii selecti ce sont les grands dieux du Panthéon romain, à qui on adresse un culte et qui ont un temple. Les dii incerti paraissent être ceux que Varro ne connaît plus bien, ceux dont on ne sait plus les noms, ce sont en quelque sorte les dieux morts. Les dii certi, c'est la catégorie la plus ancienne, Varro les connaît par les livres rédigés par les pontifes, que l'on appelle les Indigitamenta.

Les Indigitamenta, ce sont des recueils de formules de prières, d'indigitations, rédigés par les pontifes, où on trouve énumérées et groupées les forces divines dont il fallait implorer le secours dans chaque cas déterminé et dont aucune ne devait être oubliée si l'on voulait que la prière fût efficace. Etant donnés les scrupules anxieux des anciens Romains à l'égard de leurs dieux, c'est un des offices les plus importants des pontifes de donner des conseils aux gens qui venaient se renseigner sur les prières et les invocations qu'il fallait adresser aux dieux.

Ce collège des pontifes, qui a à sa tête le pontifex maximus, est aussi important dans le droit, parce qu'à l'origine ils donnaient des consultations aussi bien de droit civil que de droit religieux, à l'époque où le droit civil est à peine sorti de sa phase religieuse. Pour ces consultations de toute espèce, ce sont les livres pontificaux qui contiennent le résumé de l'expérience des pontifes, et qu'ils cachent soigneusement, qui leur permettent de répondre avec science aux demandes qui leur sont faites.

Parmi ces livres, se trouvent les Indigitamenta pour les dii certi. Censorinus, de die natali, 3,3, nous dit : Il y a des dieux nombreux qui, chacun pour leur part, gouvernent la vie des hommes. Si on veut les connaître, on en apprendra assez dans les livres des Indigitamenta.

Tous ces dieux n'exercent qu'une fois sur chaque homme l'influence de leur divinité, tous ces dieux ont un nom, car il importe de les nommer pour les invoquer, ce sont des dii certi, des dieux certains, et leur nom provient de leur office, par exemple le dieu du hersage est appelé Occator ab occatione, (du hersage), le dieu du sarclage est appelé Sarritor a sarritione. Ces dieux forment une foule innombrable, dont nous ne connaissons plus que la plus petite partie. Ils sont étroitement spécialisés dans leur fonction et ils président à tous les moments de la vie des hommes, depuis leur conception jusqu'à leur mort.

Il y en a qui président aux divers moments de la vie de l'enfant dans le sein de sa mère, d'autres pré-

sident à la naissance, d'autres sont ceux que l'on doit invoquer après la naissance pour la santé de la mère et de l'enfant, il y a ensuite les divinités de la première enfance, par exemple Potina et Educa, qui apprennent à l'enfant à manger et à boire, Cuba qui protège l'enfant quand on le transporte de son berceau dans son lit; Ossipago qui fortifie ses os, Carna qui fortifie sa chair, Levana Stataurus, Statilinus dea Statina, qui enseignent à l'enfant à se tenir debout, Abeona et Adeona qui soutiennent ses premiers pas, Farinus et Fabulinus qui lui apprennent à parler.

Viennent ensuite les dieux de l'adolescence, qui forment l'homme et lui donnent ses principales qualités. C'est alors que viennent les dieux qui président au mariage, dont nous avons à parler. Puis il y a toute une série de divinités protectrices des différentes circonstances de la vie. Enfin les déesses de la mort, Libilita et Nenia, qui président aux funérailles.

Il y a encore d'autres dieux qui protègent les personnes dans tout ce qui est nécessaire à leur vie, en particulier pour leurs vivres et leurs vêtements. Parmi eux sont très nombreux les dii agrestes, les dieux agricoles qui président à toutes les opérations de la culture, des semaines et de la récolte.

Ces dieux n'ont ni temples, ni sanctuaires, ils ne sont pas l'objet d'un culte comme les dii selecti, les grands dieux à qui les hommes, pendant toute leur vie, rendent un culte assidu et offrent des sacrifices. S'ils ne sont pas ainsi honorés, c'est à cause de leur spécialisation même : ils n'exercent leur puissance qu'une fois à un moment de la vie de chaque homme. C'est à ce moment qu'ils sont invoqués, indigités. Mais à ce moment-là seulement, une fois l'acte accompli ils retombent, pour ainsi dire, dans leur néant.

Néanmoins certains grands dieux ont, en quelque sorte, usurpé une des fonctions des dii certi et, à cette occasion, on accole à leur nom l'objet de la fonction, le nom du deus certus qu'ils ont accaparé. C'est le cas de Junon dans les cérémonies matrimoniales et nous essaierons de déterminer à la suite de quelles circonstances. On l'appelle Junon Domiduca, Junon Cinxia, Unxia, etc.. C'est pourquoi les Indigitamenta, à côté des dii certi proprement dits, comprennent aussi dans leur catalogue certains grands dieux.

es dii cer-
t manifes-
ation de l'ani-
isme primitif
es Homains.

D'après l'opinion assez communément admise, surtout depuis Marquardt et Wissowa, les dii certi des Indigitamenta représentent le fond le plus ancien des croyances religieuses des Romains; ils représentent leur première conception des puissances divines

et de l'influence de ces puissances sur le sort des hommes. Ils sont donc bien antérieurs à l'organisation religieuse de l'époque des Tarquins, bien antérieurs à la fondation de la religion d'Etat et à la reconnaissance des grands dieux de la cité. On peut même aller plus loin et dire avec Bouché-Leclercq que les dii certi nous permettent de rattacher les idées religieuses des Romains à l'animisme qui est une conception très générale des peuples primitifs (Voir Durkheim : Les formes élémentaires de la vie religieuse , Ed. Alcan).

L'animisme, c'est cette croyance des primitifs que derrière tous les phénomènes de la nature et de la vie il y a un principe vital, il y a une force mystérieuse, un esprit, qui l'anime et qui la produit. L'animisme , c'est le morcellement infinitésimal des forces de la nature. Pour les primitifs ces forces ne peuvent être dominées et utilisées que par l'incantation magique. Grâce à la magie on peut agir sur elles. La magie ce sont les gestes, les mots, les rites qui permettent de les rendre favorables et de les faire se réaliser dans le sens que désirent les hommes.

Si l'on adopte ce point de vue, il est de toute évidence que c'est par les dii nuptiales qu'il faut commencer l'étude des dieux du mariage, car ils représentent le fond le plus ancien des cérémonies matrimoniales.

Nous avons vu que ces dieux nuptiaux font partie des dii certi. Parmi les dii certi, il y en a un certain nombre qui dirigent les diverses phases du mariage. Les auteurs qui les signalent les appellent dii nuptiales, ou dii conjugales. Nos sources de leur connaissance sont principalement Tertullien, Ad Nationes, 2,11, Saint Augustin, Civitas Dei, en deux endroits : 4,11 et 6,91, Arnobe Adversus Nationes 3,25 et 4,7. L'autorité de ces passages vient , surtout pour Tertullien et Saint Augustin, de ce que ces auteurs ont utilisé les Antiquités divines de Varro. Les listes qu'ils nous donnent indiquent très précisément l'office de chacun de ces dieux qui sont nommés et ce sont les Indigitamenta qui indiquaient leurs fonctions : Servius : In Indigitamentis, id, est in libris pontificalibus, et nomen deorum et rationes ipsorum nominum quae etiam Varro dicit : Dans les Indigitamenta, c'est-à-dire dans les Livres pontificaux, nous trouvons là le nom des dieux et l'explication de ces noms que nous donne aussi Varro.

Leur fonction est répartie tout le long de la journée nuptiale. La jeune fille a consacré ses habits d'enfant à Fortuna Virgo et elle a revêtu le costu-

Les dii nuptiales représentent dans chacune des cérémonies le rituel le plus ancien du mariage.

me nuptial. Fortuna Virgo n'est peut-être pas de même nature que les autres dieux nuptiaux, elle est moins ancienne et elle a remplacé les lares.

Le jour proprement dit du mariage, voici quels sont les dieux qui agissent dans les noces.

C'est d'abord Afferenda, ab afferendis dotibus. Afferenda préside à la remise de la dot au mari et aussi à la remise des cadeaux d'usage apportés par les parents et par les clients. Jugatinus et Juga président à la conclusion du mariage.

Le mariage étant conclu, après le festin, le cortège se met en marche vers la maison du mari. C'est alors Domiducus et Domiduca et Iterduca qui conduisent la mariée le long du chemin.

Arrivée devant la maison du mari, la jeune fille cint les montants de la porte de graisse ou d'huile, les enveloppe de bandelettes. Unxia l'aide dans cet office. Nous avons vu qu'elle ne doit pas entrer de son plein gré, elle doit manifester une certaine résistance : Domitius la retient devant la maison et Manturna la fait rester auprès de son mari.

Une fois dans la maison, le dernier acte du mariage va se jouer, le mariage va être consommé. On approche l'épouse du petit dieu obscene qui est le symbole de la fécondité, Mutunus Tutunus qui est apud graecos Priapus. Ce petit dieu, lui aussi, ne paraît pas être de même nature que les autres dii certi. Il est plus nouveau et il n'est probablement pas de la série primitive. Comme Fortuna Virgo il a des temples et il a des statues. Ce n'est donc pas un dieu abstrait, sans figure et sans culte, comme les autres.

Puis Cinxia et Virginensis dénouent la ceinture de la mariée.

Vient alors la série des petits dieux dont l'office précis scandalise si fort les Pères de l'Eglise, car, en effet, leurs fonctions bravent l'honnêteté, même en latin. C'est à cause de ce scandale que nous les connaissons. Pour les flétrir, les Pères de l'Eglise les ont nommés et ont décrit leur rôle. Ils coopèrent, avons-nous dit, jusqu'au bout au sacrifice conjugal. C'est Subigus pater qui agit "ut virgo subigatur viro" : afin que la vierge soit soumise au mari; Prema : Adest dea mater Prema ut subacta ne se commovent comprimatur : la déesse mère Prema est là, de façon que la jeune fille, soumise au mari, soit maintenue pour qu'elle ne se déplace pas. Puis enfin Pertunda et Perfica, dont l'office ne peut être indiqué même en latin. Comme dit Tertullien : parcite dii impudentes : Epargnez nous, dieux impudents.

On remarquera combien, vers la fin, le nombre

des dii certi s'accroït, combien leurs fonctions sont plus étroitement spécialisées dans chaque détail de l'acte conjugal. C'est que les écrits des Pères de l'Eglise ont pour but de montrer l'inconvenance, l'indignité de ces croyances. Ils ont donc eu des motifs d'apologétique d'être ici plus complets et plus détaillés. Il n'y a aucune raison de penser que la spécialisation n'a pas été poussée avec la même minutie dans toutes les cérémonies nuptiales, les Pères ont été seulement ailleurs plus incomplets.

Ajoutez que ce sont les dii certi de la femme qui figurent seulement dans notre description, qu'il n'y a pas de raison de croire qu'il n'y en avait pas pour le mari, lui aussi; seulement les femmes ont sans doute conservé plus longtemps les croyances et les pratiques de leurs ancêtres. C'était ces croyances et ces pratiques toujours vivantes que les Pères voulaient ici combattre.

Il semble donc que nous avons perdu jusqu'au souvenir de la plus grande quantité des dii certi du mariage, qui devaient figurer dans les Indigitamenta. Néanmoins, ceux qui restent suffisent à apporter la preuve qu'un grand nombre de rites nuptiaux que nous connaissons sont déjà fixés sous l'invocation de ces dieux.

Ces rites s'enrichiront de cérémonies nouvelles, mais l'essence n'en sera pas modifiée. Nous retrouverons les phases essentielles des trois moments qui se partagent la journée nuptiale. On voit la remise de la dot, la confection du contrat de mariage et la conclusion du mariage qui lie les deux époux : Jugatinus et juga qui jugunt. Le deuxième moment, c'est la deductio in domum mariti. Puis c'est enfin la réception de l'épouse par l'époux, avec son mélange de cérémonies symboliques conservées à l'époque historique, comme l'onction de la porte, la résistance symbolique de l'épouse et les actes matériels de consommation du mariage.

On voit bien comment les dii nuptiales se distribuent dans les trois périodes. Nous en conclurons que l'intervention des dii nuptiales représente, dans les cérémonies du mariage, le rituel le plus ancien que nous puissions connaître, le rituel origininaire. Cette conclusion résulte d'abord de l'opinion généralement admise aujourd'hui que les dii certi représentent le fond le plus ancien de la religion romaine.

On pourrait objecter à cette raison trop générale que les dii certi pourraient ne représenter que des croyances populaires appliquées en quelque sorte

époque postérieure aux cérémonies du mariage par substitution à des dii certi.

de façon adventice sur des rites dont l'origine est ailleurs. A cette objection, un examen attentif des cérémonies permet de répondre de façon décisive. Avec le développement de la religion romaine, le rituel nuptial s'est enrichi de cérémonies nouvelles, ces cérémonies sont des actes de culte proprement dits, essentiellement des prises d'auspices et des sacrifices. Ces auspices ne sont pas demandés, ces sacrifices ne sont pas offerts aux dii certi. On sait que les dii certi n'ont pas de temple et ne sont pas l'objet d'un culte. Ils ont été inaugurés en l'honneur des plus grands dieux, les dii selecti, devenus les protecteurs du mariage.

Nous verrons que l'on peut distinguer deux périodes : une période antérieure à la fondation de la cité, à la religion de l'Etat : les dieux protecteurs sont les dieux agraires, spécialement Tellus, la Terre cultivée. Après les Tarquins, dans la cité organisée, ce sont les dieux protecteurs de la cité qui deviennent dieux protecteurs du mariage : c'est Jupiter dans la confarreatio et avant tout c'est Junon, protectrice de tous les mariages.

Ce qui est bien caractéristique, c'est la façon dont il ont assumé ce rôle. Il semble bien qu'ils l'ont trouvé déjà occupé. Ils ont trouvé les dii certi en possession d'état. Les grands dieux n'ont pas chassé les petits, ils se les sont plutôt incorporés en prenant leur place. La conjecture est vraisemblable. En ce qui concerne Tellus, elle peut résulter de la façon dont son rôle nous est présenté par Servius. Servius, ad Aeneidem, 4, I, 66 écrit que quelques auteurs disent que Tellus présidait aux noces. C'est à elle que les jeunes filles, quand elles commençaient à aller vers la maison de leur mari et quand elles y étaient arrivées, offraient des sacrifices sous divers noms et suivant des rites variés. Nous ne connaissons plus ces noms divers de Tellus, mais il est probable que c'étaient des noms de dii certi dont Tellus avait pris la place.

Ce qui nous permet d'émettre cette conjecture, c'est que cette transformation est une certitude pour Junon. Nous verrons comment et pourquoi elle est devenue la déesse protectrice du mariage. Son activité protectrice du mariage est caractérisée par des noms qui sont les épithètes de la Junon matrimoniale et ce sont aussi des noms de dii certi du mariage : Junon Juga, Junon Domiduca, Junon Iterduca, Junon Unxia et Cinxia. Elle a pris ainsi le nom de la dea nuptialis qui, aux trois moments principaux préside à l'acte décisif : c'est celle qui unit : Juga, c'est celle

qui conduit : Iterduca, Domiduca, c'est elle qui sanctifie la porte, Unxia, et c'est celle qui délie la ceinture, Cinxia. C'est donc qu'elle a pris leur place. Mais c'est aussi qu'elles étaient en place. La substitution marque bien l'importance du rôle des dii certi dans le mariage et l'antiquité de leurs fonctions.

Rapports entre les dii certi et les cérémonies nuptiales.

Comment peut-on concevoir les rapports qu'il y a entre les cérémonies nuptiales et les dii certi? Nous retrouvons ici l'erreur qui vicié l'étude de ces cérémonies chez les auteurs modernes. Pour leur faire une place dans la confarreatio, on a conjecturé que, dans la cérémonie de la Confarreatio, le flamine de Jupiter, au moment d'accomplir le sacrifice, c'est-à-dire au moment où il offrait le pain d'épeautre à Jupiter, nommait tous ces dieux nuptiaux et les priait. C'est la conjecture de Marquardt, Vie privée, p. 60: Le flamen dialis, dit-il, prononçait une prière où se trouvaient également indigités les dii nuptiales.

Il faudrait donc supposer que les noms des dieux nuptiaux proviendraient d'une liste officiellement dressée pour le flamine de Jupiter. Ce serait une liste de même nature que la liste des douze dieux de l'agriculture, qui sont indigités par le prêtre de Cérès, le flamen Cerialis quand il célèbre le culte de Cérès et de Tellus : Vervactor, Redarator, Imporator, Incitor, Abarator, Occator, Sarritor, Subrincinat, Nessor, Conventor, Conditor et Promitor. Chacun de ces douze dieux préside pour sa part aux douze opérations de la culture, depuis le premier labour jusqu'aux semaines.

En dehors de cet argument d'analogie, la conjecture repose sur deux hypothèses également fausses. La première est que toutes les cérémonies religieuses du mariage se rattachent à la confarreatio; la deuxième voit dans les Indigitamenta un recueil de litanies, d'invocations destinées à être récitées par les pontifes et par les flamines au cours d'un culte public.

Cette opinion est, en général, abandonnée aujourd'hui comme trop absolue. Elle est réfutée directement par la comparaison que l'on peut faire entre la liste des noms des dieux de l'agriculture et les noms des dieux nuptiaux. Les premiers forment bien une liste officielle de litanies et nous savons, en effet, qu'ils doivent être récités par le flamine dans les sacrifices offerts à Cérès. Or tous ces noms sont tous de même consonnance, de même formation. C'est bien la liste d'un rituel pontifical.

Les dieux nuptiaux ont un caractère très différent. C'est un mélange confus de divinités masculines

et féminines, dont les noms sont formés de façons différentes. Ce sont tantôt des adjectifs, tantôt des adjectifs verbaux, tantôt des noms, des substantifs. Ils ont des désinences et des formes très variées. A côté de dii certi sans sanctuaire et sans temple, nous trouvons d'autres dieux qui sont objets de culte ou qui ont un temple : Mutunus Tutunus, Fortuna virgo, Venus Perfica, sans parler de Junon.

Ce n'est donc pas, comme l'a dit Wissowa avec raison, un reste de litanies pontificales, mais une réunion artificielle de noms provenant de sources variées. Les pontifes les ont assemblées de toutes provenances, pour remplir leur office de consultants, mais ils étaient priés, comme l'indiquaient les pontifes, par les intéressés eux-mêmes : c'est la femme ou le mari au moment où s'accomplissait l'acte que chacun d'eux présidait, qui les indigitait au cours de la journée nuptiale.

Cette indigation devait être faite très soigneusement, dans les formes et avec les paroles indiquées par les pontifes. C'est pourquoi les Indigitamenta étaient en réalité des recueils de prières. Une fois qu'ils les ont indigités il leur était loisible de les oublier aussitôt, quand l'acte était accompli, ils retombaient dans leur néant.

Quoi qu'il en soit, grâce à ces dii certi grâce aussi au caractère obstinément conservateur des Romains, nous pouvons remonter jusqu'à l'époque la plus ancienne où les Romains, ou plutôt leurs lointains ancêtres, ont attaché une pensée religieuse au mariage. Nous pouvons remonter jusqu'à l'époque primitive où ils y ont vu un acte saint, placé sous la protection de la divinité, le moment, par conséquent, où ils ont cessé de traiter l'union des sexes comme une brute prise de possession de la femme par l'homme, soit en la ravissant, soit en l'achetant à son père.

On peut voir aussi que, dès cette époque la plus ancienne, le rituel tend à se fixer dans les formes qu'il a toujours conservées.

§ 3 - Rites nuptiaux gentilices.

Nous avons dit qu'avec le développement de la religion romaine le rituel nuptial s'est enrichi de cérémonies nouvelles. Ces cérémonies sont des actes de culte proprement dit : c'est la prise d'auspices, et c'est aussi les sacrifices. Ces auspices ne sont pas demandés aux dii nuptiales, les sacrifices ne leur sont pas offerts.

Nous avons vu, en effet que ces dieux d'un instant, les Augenblicks Götter, comme les appellent les savants allemands, n'avaient pas de personnalité assez accusée, n'étaient pas assez individualisés pour qu'un culte véritable. Aussitôt qu'ils avaient été invoqués suivant les formes prescrites, aussitôt qu'ils avaient rempli leur office d'un instant, ils étaient oubliés.

C'est lorsqu'ils furent arrivés à une conception plus élevée de la divinité que les Romains, conformément à leur nouvelle conception, ajoutèrent aux cérémonies matrimoniales la prise d'auspices et les sacrifices. Ce sont les grands dieux de Rome qui devinrent alors protecteurs du mariage.

Quels sont ces dieux ? Il semble que l'on peut discerner deux groupes, qui correspondent à deux époques de leur développement.

Le plus ancien de ces groupes est celui des dieux agraires. Les dieux agraires font partie d'un cycle religieux déjà plus développé que les dii certi. Ils ne sont pas la personnification abstraite d'un acte, d'un seul phénomène de la nature, ils ont une personnalité plus forte, car ils personnifient un élément plus général de cette nature, comme par exemple Tellus personnifie la terre cultivée, Cérès personnifie la fécondité de cette terre. Ce sont deux divinités étroitement unies par leur office. Ovide, Fastes 671 : Placentur frugum mātres Tellusque Ceresque, farre suo gravidae visceribus suis officium commune Ceres et Terra tuentur haec praebet causam frugibus, illa locum : Les mères des fruits, Tellus et Cérès, seront rendue propices par l'offrande de l'épeautre et des entrailles d'une truie pleine; Cérès et la Terre ont un office commun : l'une féconde les fruits l'autre les reçoit dans son sein.

Par leurs fonctions protectrices, ces déesses dominent contamment la vie des peuples agricoles. Vous savez que les Romains, à l'époque gentilice, étaient arrivés au stade agricole de leur développement.

les dieux
protecteurs
du mariage.
Les dieux
agraires.

ment. On peut donc rendre un culte assidu, un culte continuellement renouvelé à ces divinités et on cherche à se les rendre propices par des offrandes et par des sacrifices.

Or, à l'office général tiré de leur nature, quelques-uns de ces dieux agraires rejoignent un office particulier qui est celui de présider aux noces, de protéger les mariages.

I^o- D'après les témoignages des auteurs, nous trouvons d'abord deux petits dieux agricoles, Pilumnus et Picumnus. Varron, nous dit Servius (ad Eneidem 9,4) conjecture que Picumnus et Pilumnus sont des dieux conjugaux : Varro conjugales deos suspicatur.

Cette conjecture est confirmée par Nonius Marcellus, de compendiosa doctrina, p. 528 : Pilumnus et Picumnus dii praesides auspiciis conjugalibus deputantur : Pilumnus et Pecumnus sont comptés comme dieux présidant aux auspices du mariage.

Ce sont deux très petits dieux, autant qu'on peut le savoir car ils sont négligés par les Romains de l'époque classique et leur histoire n'est plus bien connue. Ce sont cependant certainement des dieux agricoles. Ils appartiennent au groupe des génies champêtres que l'on éleva au rang de dieux et dont les analistes romains ont fait des rois fondateurs et guerriers, comme le sont Mars, Faunus et Latinus.

Picumnus a appris aux hommes à utiliser l'engrais pour améliorer la terre. Pilumnus leur a appris l'usage du pilon, pilum pour écraser le grain dans le mortier. Picumnus, confondu avec Picas, le pivert, est identifié alors à Mars, dont l'oiseau est le pivert.

Ces deux dieux sont devenus des dieux du mariage, des femmes après la naissance et des enfants qui viennent de naître. Pour quelles raisons ? Nous n'en savons trop rien, car leur histoire est très obscure et trouble, à cause de l'humilité de leurs fonctions. Ils sont très proches encore des dii certi ; ils en diffèrent cependant car ils ne personnifient pas un seul acte de la vie humaine. Ce sont des dieux qui ont apporté un bienfait, une invention permanente aux hommes et comme tels ils sont honorés d'un culte. Varron, De vita populi romani, Livre XI : Diis conjugalibus Pilumno et Picumno in aedibus lectus sternebatur : dans les temples aux dieux conjugaux Pilumnus et Picumnus, un lit était dressé.

Vous remarquerez la façon différente dont on parle de ces dieux. Ils ne président pas à un des actes du mariage, mais ils sont protecteurs du mariage lui-même. C'est à eux qu'on demande s'ils sont favorables,

Tellus mater.
Son importan-
ce dans le
rituel nup-
tial.

ils président aux auspices du mariage.

II° - Mais la véritable divinité du mariage, par les dieux agraires, c'est Tellus, Tellus mater est une des plus anciennes parmi les grandes divinités de Rome. Ce n'est pas la terre en général quoique, à l'époque postérieure, on la confonde souvent avec la déesse Terre, Terra mater. C'est bien une divinité de l'agriculture, car elle personnifie le sol destiné à être cultivé, le sol fécond, le sol producteur, la terre qui s'ouvre aux germes, produisant les moissons et les fruits. Et c'est une déesse matrimoniale, Servius, ad Eneidem, 4, I66 : Quidam sane tradunt etiam Tellurem praesesse nuptiis. Nam et in auspiciis nuptiarum invocatur, aut etiam virgines vel cum ire ad domum mariti cupierint, vel jam ibi positas, diversi nominibus vel ritu sacrificant : Quelques auteurs disent que Tellus préside aux noces, car elle est invoquée dans les auspices des noces, c'est à elle aussi que les vierges offrent des sacrifices sous divers noms et sous des rites différents lorsqu'elles vont partir pour la maison de leur mari ou lorsqu'elles y sont déjà arrivées.

Ce témoignage est assez tardif : Servius est un auteur de l'Empire, mais il est d'une remarquable précision. Non seulement on nous dit que Tellus préside aux noces de façon générale, comme pour Picumnus et Pilumnus, mais on ajoute qu'elle est invoquée au début des noces, dans la prise d'auspices, que des sacrifices et des prières lui sont adressés par la fiancée avant la deductio in domum et après la deductio in domum. Par conséquent c'est elle qui est priée à tous les moments principaux du rituel nuptial.

Virgile, Eneide, 4, I66, la cite avec et avant Junon, parmi les dieux qui favorisent le mariage de Didon : Prima et Tellus et pronuba Juno dant signum fulsere ignes et conscient aether conubiis, summoque ulularunt vertice Nymphae : La terre et Junon l'hyménienne donnèrent le premier signal, des feux brillèrent dans le ciel complices de ces noces et sur le haut des montagnes les nymphes hurlèrent le chant nuptial.

Cette préférence est d'autant plus caractéristique qu'à l'époque d'Auguste, Junon est depuis longtemps protectrice des noces et Tellus, qui n'a pas été admise parmi les dieux ayant un culte public, est presque complètement oubliée et souvent confondue avec Terra ou Cérès.

Chez les Grecs, la Terre, Gaia, est aussi une divinité nuptiale. Elle s'est plus complètement

effacé devant les grands dieux de l'Olympe et les Grecs ont moins bien conservé les rites anciens. Mais ce rapprochement est une trace, non pas d'influence réciproque des deux religions, mais d'identité originale. Tellus était déjà une divinité matrimoniale chez les Indo-Européens avant leur séparation, donc bien avant Rome.

Le culte de Tellus, ses caractères.

L'histoire de Tellus et le caractère de cette divinité à Rome vaachever de lui donner sa place dans notre histoire. Tellus n'a eu un temple qu'assez tard dans la cité romaine, en 268 de Rome fondée, avant les XII Tables (305) mais après la période royale (244). Ce temple lui a été promis par le consul Publius Sempronius, au cours d'une campagne contre les Picentins, à l'occasion d'un tremblement de terre survenu pendant une bataille.

Mais si on lui donne un temple, on ne l'honore pas d'un culte public. Tellus n'a pas de flamme, de prêtre d'Etat; nous verrons que c'est le flamme de Cérès qui l'honore en même temps que Cérès. On n'a donc pas créé pour elle de *sacra pro populo*.

Que faut-il en conclure ? C'est que Tellus n'était pas avant 268 comptée parmi les dieux de la cité, parmi les dieux de l'Etat, elle ne figurait pas parmi ces dieux à qui on élevait des temples et à qui l'Etat rendait un culte public. Est-ce à dire qu'en 268 on a eu affaire à un dieu nouveau ou à un dieu étranger, que l'on aurait importé dans la communauté romaine ? Pas le moins du monde. Tellus est une très ancienne divinité romaine et elle est honorée par l'ensemble des citoyens. On sait que les Romains distinguent deux sortes de *sacra* : les *sacra*, ce mot désigne, d'une façon générale, les cérémonies du culte qui est rendu à toute divinité, quelle qu'elle soit, lorsqu'on lui rend un culte.

Le mot *sacra* désigne aussi le culte lui-même. Ces cultes sont de deux sortes : ce sont les *sacra privata* et les *sacra publica*.

Les *sacra privata*, ce sont ces cérémonies du culte qui sont exécutées dans l'intérieur des familles, ou dans l'intérieur des gentes, en privé. Ils sont faits, avons-nous vu, *pro hominibus*, à l'occasion des naissances, des mariages, des funérailles, etc.... *pro familiis*, c'est le culte des dieux lares et des morts honorés comme protecteurs des familles: *pro gentibus*, c'est le culte des dieux de la gens.

A ces *sacra privata* s'opposent les *sacra publica* qui sont les cultes intéressant le peuple romain tout entier et non pas seulement une famille ou une gens. Il faut en distinguer de deux sortes que nous in-

dique Festus : De verborum significatione, au mot publica : Publica sacra, quae publico sumptu pro propulo fiunt quaeque pro montibus, pagis, curiis, sacellis: On appelle cérémonies publiques celles qui se font aux frais de l'Etat pour le compte du peuple, et aussi celles qui se font pour les monts, pour les villages, pour les curies et pour les chapelles.

Ainsi il y a deux sortes de cérémonies publiques les unes sont célébrées aux frais de l'Etat pour tout le peuple. Ce sont celles qu'organise la cité tout entière, par l'intermédiaire des magistrats et des prêtres de l'Etat, les flamines. Ce sont des cultes destinés à honorer les dieux d'Etat. C'est l'affaire des magistrats et des prêtres, les citoyens n'y participent pas.

Ces cultes sont faits par délégation, pro populo et non pas par le peuple lui-même. C'est par exemple le culte public de Vesta, de Jupiter Capitolin de Quirinus, etc... Ces sacra, du moins dans leur organisation définitive et publique, dans l'organisation que nous connaissons, datent des institutions de la cité, de l'organisation de la religion d'Etat, en particulier la fondation du temple de Jupiter Capitolin par les Tarquins et son culte public coïncide avec l'organisation administrative et politique définitive de la cité.

Le nombre des dieux qui ont ainsi reçu un culte public va continuellement en augmentant au cours de l'histoire de Rome. C'est une loi qui fonde leurs temples, qui institue leurs prêtres. Il y a ainsi notamment une série de dieux étrangers qui ont été admis dans la communauté romaine et ceux dont l'origine étrangère n'était pas complètement oubliée sont spécialement Cérès, Liber et Libera, Apollon et Cybèle la Mater Magna, les premiers sont des dieux grecs, la dernière une déesse phrygienne.

Au contraire, aux cultes qui sont faits pro montibus, pro pagis, pro curiis, pro sacellis, tout le peuple participe. Ce sont des sacra popularia; quae omnes cives faciunt (Festus, de verborum significatione, au mot popularia).

Ce sont des cultes très anciens. On les connaît assez mal, car dès l'époque classique ils sont en décadence. Ils ont été désertés par l'ensemble du peuple qui a abandonné ces dieux. Le peuple les a désertés parce que ce sont des dieux des anciennes divisions de Rome, et que en fait, dans ces anciennes divisions, le peuple ne figure plus. Pour la plupart ce sont des divisions qui sont antérieures à la cité et à son organisation politique et administra-

tive.

Ce sont les *sacra pro montibus* : ce culte est celui du Septimontium, ou *sacrum septimontiale*, c'est très vraisemblablement le culte de la ligue des villages établis sur les collines de Rome avant la fondation de la cité par les rois étrusques. Les *sacra pro pagis* : ces *sacra pro pagis* sont des fêtes de l'agriculture et de l'élevage : les *sementivae*, les *Ambarvalia*, les *Pallilia*, les *Terminalia*, qui se célébraient dans les villages, dans ces *pagi* qui sont parmi les plus anciennes divisions du sol romain et où, par conjecture, les partisans de l'hypothèse gentilice voient le siège d'une gens. Et ce sont les *sacra pro curiis*, où nous allons maintenant retrouver Tellus.

LA fête de Tellus ; son caractère agraire, rapports de ce culte avec l'organisation gentilice.

Le culte de Tellus, ce sont en effet des *sacra pro curiis* et, par conséquent des *sacra popularia*. La fête de Tellus porte le nom de *Fordicidia*. Elle tire son nom du mot *horda* ou *forda* qui désigne les vaches pleines. Cette fête est célébrée le 15 Avril et elle fait partie, avec les fêtes de Cérès, les *Cerealia* ou les *Sementivae*, les *Ambarvalia*, les *Pallilia*, de tout un ensemble de cérémonies qui, spécialement au printemps, devaient pourvoir à la fertilité de la terre, à la fécondité des animaux et au bien-être des hommes. Ce sont toutes des cérémonies du culte agraire, elles consistent ici en un sacrifice de vaches pleines.

Or, cette fête de Tellus est l'une des deux fêtes principales des curies, ces deux fêtes sont les *Fornacalia*, *feriae farris torrentis*, les fêtes de l'épeautre que l'on fait cuire, c'est-à-dire les fêtes de la panification, et les *Fordicidia*. Cette fête est célébrée au Capitole, dans les trente curies, par le *curion*, ou *curionus*, qui est le chef de chacune des curies. C'est lui qui officie, dans chaque curie assisté d'un prêtre, le *flamen curialis*. C'est donc le *curion* et le *flamine* qui font le sacrifice des vaches pleines.

On sait ce que c'est que la *curie* : c'est la plus ancienne des divisions du peuple romain. Les curies représentent l'assemblée du peuple divisé en trente curies. C'est une division de l'époque royale, de l'époque légendaire et elle est déjà ancienne au début de la République. Elle est remplacée pour l'armée, depuis *Servius Tullius*, par les *centuries*. Elle est remplacée par les *tribus*, depuis que l'on divise le sol romain et la ville en *tribus*. Les *tribus* urbaines sont, d'après la légende, attribuées à *Servius Tullius*. C'est l'assemblée du peuple par *tribus* qui est l'assemblée électorale et l'assemblée législati-

ve du peuple romain sous la République.

Or, cette organisation ancienne en curies est en rapport indubitable et étroit avec les gentes. Ces curies ne comprenaient primitivement que les patriciens, le peuple des gentes. On ne sait même pas de façon sûre si jamais les plébéiens ont fait partie de curies.

Donc c'est la communauté patricienne des premiers temps que représente cette organisation. Dans les trentes curies, d'après la légende, le peuple est divisé par gentes. C'est un souci de symétrie qui fait dire aux historiens que chacune des trente curies était divisée en dix gentes. Mais cette indication est le témoignage de l'importance des gentes dans l'intérieur des curies.

Le fait que le culte de Tellus était un culte des curies établit donc un lien certain entre Tellus et l'organisation gentilice.

Quelles sont les conclusions que nous devons tirer de cette étude de Tellus ? D'abord par la date de l'inauguration de son temple, nous voyons que Tellus ne faisait pas partie originaiement des divinités d'Etat, des divinités de la religion officielle des Romains. C'est une déesse plus ancienne et plus anciennement honorée que la cité.

Par le caractère de son culte, sacra popularia, nous voyons qu'avec la plupart des autres divinités agraires dont le culte, lui aussi, fait partie des sacra popularia, ce culte agraire faisait partie d'un ensemble antérieur à la cité, établi chez les ancêtres des Romains à partir du moment où quittant le nomadisme des peuples pasteurs, ils ont été fixés sur le sol par l'agriculture, ils ont été transformés en population agricole.

Par le fait enfin que ce culte est en liaison avec les gentes, nous pouvons dire que la floraison des cultes agricoles correspond avec cette organisation gentilice dont, par hypothèse, nous avons indiqué le moment principal avant la fondation de la cité des Tarquins et pendant longtemps après, jusque vers l'époque des XII Tables.

C'est la raison pour laquelle nous avons intitulé ce paragraphe : rites nuptiaux gentilices, et nous avons donné à cette partie des rites nuptiaux qui viennent, d'une façon évidente, d'une époque où l'agriculture dominait, le nom de rites gentilices.

Caractère agraire de Cérès.

Le culte de Cérès, mêlant avec le culte de Demeter.

III° - Cérès. C'est elle aussi une divinité agraire. Cérès a été quelquefois indiquée comme intervenant dans les mariages. Son nom de Cérès vient de *creare, crescere*: celle qui fait croître. Cérès est la mère des grains et des fruits, c'est celle qui les fait germer et pousser dans le sein de la terre. Comme telle, Cérès est étroitement unie avec Tellus, la terre, qui reçoit ces grains. Elles ont un culte commun et elles sont souvent confondues. Ovide nous l'a dit : Cérès et Tellus ont un office commun, la première féconde les fruits, la seconde les reçoit dans son sein.

Cérès est incontestablement une très vieille divinité latine. Le rituel de sa fête, les *Cerealia*, conserve de très anciens rites qui restent inchangés, malgré que Cérès se soit hellénisée, comme nous allons le voir. Ce sont notamment les litanies que le flamine *Cerialis* récite à la fête de Cérès, là où il énumère les douze petits dieux certains de l'agriculture, qui font certainement partie d'un rituel très ancien et spécifiquement romain.

Mais la nature de Cérès a été modifiée au moment où on lui a élevé un temple à Rome. A ce moment, on l'a réunie avec la déesse agraire Demeter, qui est, comme Cérès à Rome, la déesse de la végétation. De même que Tellus, elle a eu assez tard un temple à Rome, et vers la même époque, en 258 de Rome fondée, dix ans avant le temple de Tellus, (268) à la suite d'une famine pendant la guerre des Latins, on interrogea les livres sybillins et ils donnèrent le conseil d'élever un temple à Demeter, à Dionysos et à Choré. Le dictateur Postumius leur dédia un temple et fonda un culte public. La fête de Cérès devint donc des *sacra publica*, faits pro populo avec un prêtre d'Etat, le *flamen Cerialis*.

Cette dédicace fut faite sous les noms latins de ces dieux : Cérès, Liber et Libera, mais c'est bien à la Demeter grecque qu'il fut élevé, car le culte fut établi suivant le rite grec et Cérès eut à Rome des prêtresses grecques. Néanmoins, le mélange avec l'ancienne déesse latine reste reconnaissable.

Ce culte de Demeter vient de la grande Grèce, de l'Italie du Sud et la dédicace de son temple est liée à des évènements politiques et avec le triomphe de la plèbe. C'est l'époque à laquelle la plèbe devient politiquement indépendante par la création des tribuns de la plèbe et le temple de Cérès devient le siège des tribuns; c'est là qu'ils conservèrent les archives de la plèbe, leur trésor est alimenté par

les confiscations prononcées contre ceux qui attentent à la majesté des magistrats de la plèbe. Tite Live, 3,55,7 : Ut qui, tribunus plēbis, aedilibus, judicibus decemviris nocuisset, ejus caput Jovi sacrum esset, familia ad aedem Cereris Liberi Liberaeque venum irēt.

Importance du culte de Cérès.

C'est pourquoi le culte de Cérès et la fête de Cérès devinrent en grande vénération auprès de la plèbe. Mais la Demeter grecque, l'importance nouvelle que Cérès acquit dans la cité sous ce vêtement, et spécialement auprès de la plèbe, ne doivent pas nous faire oublier la très vieille divinité agraire, authentiquement latine et compagne de Tellus. C'est une erreur qui a été commise, comme nous le verrons, par Girard, dans son œuvre sur l'organisation judiciaire des Romains.

Cette importance nouvelle explique, par contre comment à l'époque classique Tellus céda devant Cérès et est parfois confondue avec elle. En effet Cérès, en même temps que son temple, acquiert un culte public et un prêtre d'Etat. Tellus n'a pas été traitée de même.

Cérès devient donc une des grandes divinités de l'Etat; elle prend sa place dans le Panthéon romain, parmi les dii selecti. Un vers d'Ennius, bien connu, énumère les douze grands dieux qui sont les principaux du Panthéon romain:

Juno, Vesta, Minerva, Cérès, Diana, Venus, Mars, Mercurius, Jupiter, Neptunus, Vulcanus, Apollo.

Les Cerealia.

La fête de Cérès, les Cerealia, se célébrait à la même époque que la fête de Tellus ; du 12 au 19 Avril; la fête de Tellus était le 15 Avril; c'était une fête de l'agriculture, comportant des offrandes de lait, de gâteaux, de miel, d'encens, et de flambeaux allumés. Le prêtre de Cérès priait aussi Tellus. Nous savons, d'autre part, que le culte de Tellus est tombé dans l'oubli à l'époque classique, aussi Tellus disparaît derrière Cérès et derrière Demeter, on les confond souvent. Varro, De Re rustica, 3I,5: Nec si ne causa Terram eamdem appellabunt Matrem et Cererem. Ce n'est pas sans raison que l'on donnait à la terre cette même appellation de Mère et de Cérès.

Les auteurs grecs traduisent souvent Tellus par Demeter. Nous le savons de façon sûre par certains exemples. Lydus (de Mensibus, 3,6 et 4,49) dit que les Fordicidia sont la fête de Demeter; or nous savons de façon sûre que c'est la fête de Tellus. C'est donc par conséquent qu'il traduit Tellus par Demeter. Zozime, 2,5, traduit de la même façon par Demeter, en grec, la Terra Mater qui figure en latin

dans les actes séculaires d'Auguste. Horace lie ensemble ces deux divinités : Fertilis frugum pectorisque Tellus spicæa donet Cererem corona : Que Tellus, mère fertile des moissons et du bétail, décore Cérès d'une couronne d'épis.

Cette confusion permet de penser que toutes les fois que Cérès est nommée en relation avec le culte des morts, c'est Tellus qu'il faut lire, car Tellus est une divinité souterraine et, comme telle, elle est en relations étroites avec les morts qui habitent sous la terre. Au contraire, Cérès est une divinité céleste. C'est l'avis de Wissowa, dans la Realencyclopédie de Pauly Wissowa, au mot Cérès, Tome III, p. I972. Nous nous souviendrons de cette règle lorsque nous étudierons la loi de Romulus sur le divorce, dans Plutarque, Romulus, 22. C'est la même confusion qui a été faite lorsque les textes parlent du sacrifice de la truie offerte aux morts et à Cérès, alors qu'il s'agit de Tellus.

C'est très probablement par une confusion de cette sorte que Cérès est devenue une déesse matrimoniale. Nous remarquerons d'ailleurs qu'elle pouvait l'être sans invraisemblance, car elle est étroitement liée à Tellus. Elle présenterait le même caractère au point de vue matrimonial, mais en fait, ce n'est que de façon tout à fait isolée et incidente qu'elle est liée aux cérémonies matrimoniales. Festus, De verborum significatione, p. 87 : Facem in nuptiis in honorem Cereris præferebant : on portait une torche dans les noces en l'honneur de Cérès.

On a vu que l'on offrait des torches allumées aux sacrifices de Cérès. Peut-être est-ce cette coïncidence qui a amené la confusion. Quoi qu'il en soit, cette mention incidente et obscure est la seule qui, à propos d'une cérémonie nuptiale, rattache Cérès au mariage. Ce n'est pas suffisant pour qu'on puisse la considérer comme une déesse matrimoniale. Les traits de sa légende qui lui donneraient ce titre, sont empruntés à la Demeter grecque qui à Athènes, et peut-être là aussi par confusion avec Gaia, est devenue la déesse matrimoniale.

A Athènes, c'est Cérès qui a établi le mariage en l'élevant à la hauteur d'une loi sacrée et qui a transformé la simple union de fait, le concubinat, en un mariage saint. On l'appelle à cause de cela Demeter Thesmophoros, Virgile traduit exactement cette épithète par Ceres legifera : celle qui a fait la loi.

Mais à Rome, on ne sait pas trop, au contraire, si elle n'est pas hostile aux noces, car dans ses fêtes que célèbrent les matrones pendant huit nuits,

Cérès et le mariage.

l'élément masculin doit être soigneusement exclu, les femmes doivent s'abstenir, même dans les mots de tout ce qui pourrait rappeler les relations matrimoniales. Servius, ad Eneidem, 4,50 : Romae cum Cereris sacra fiunt, observatur ne quis aut patrem aut filium nomenet, quod fructus matrimonii per liberos constat : à Rome, lorsqu'on célébrait la fête de Cérès, on devait faire attention à ne nommer ni père ni fils, parce que les fruits du mariage existent dans les enfants.

Les prêtresses de Cérès étaient des femmes grecques, à qui était accordée la cité romaine, pour la durée de leur charge. Elles devaient s'écartier de leurs maris ; Tertullien, de Monogamia 11: Cereris Sacerdotes, viventibus etiam viris et consentientibus amica separatione viduuntur : les prêtresses de Cérès même du vivant de leur mari et avec leur consentement vivaient en veuves, par suite d'une séparation amiable.

C'est pourquoi même on a fait de Cérès la déesse du divorce : Servius, ad Eneidem, 39 ; Cereri divitiae.

IV-Junon. Les constatations que nous venons de faire prennent toute leur signification et leur importance si nous les opposons au rôle joué dans le mariage par les grands dieux du Panthéon romain, les dieux de l'Etat, et notamment par Jupiter et Junon.

Jupiter Optimus Maximus est le dieu protecteur de la cité, c'est le dieu de la grande Rome de la cité de Servius Tullius dont nous connaissons la constitution. Lorsque les rois étrusques fondèrent la ville, par le synécisme des villages disséminés sur les collines de Rome, ils établirent le centre religieux et politique de la ville sur le Capitole. C'est là qu'ils mirent la citadelle et le temple du dieu protecteur de la cité. Une tradition sûre attribue la fondation du temple de Jupiter Capitolin aux Tarquins.

Vous remarquerez bien que le dieu qui devient ainsi le protecteur de la cité n'est pas une création des Tarquins. Ce n'est pas un dieu nouveau. Le Jupiter italien est beaucoup plus ancien, il est connu et vénéré par tous les peuples de l'Italie. Comme le Jupiter étrusque, comme le Zeus des Grecs, c'est le dieu de la lumière, c'est celui qui dispense la lumière. Il est le maître du ciel et des phénomènes célestes, la pluie, les éclairs, le tonnerre, le vent, d'une façon générale, tout ce qui se passe dans l'atmosphère et au ciel dépend de lui. Il est maître de la pluie, du bon et du mauvais temps.

C'est donc, lui aussi, un dieu agricole, une divinité rustique, Varren au début de son livre

Jupiter son caractère de divinité rustique.

"De Re rustica", adresse une prière à douze divinités rustiques et il invoque d'abord Jupiter et Tellus : Je commencerai donc par invoquer Jupiter et Tellus dont la puissance embrasse le ciel, la terre et tout ce que produisent l'un et l'autre, parce que ce sont les générateurs de l'humanité et que nous leur donnons le nom de père et de mère.

Mais ce qui est nouveau, ce qui ne date que de la ville, c'est le choix du dieu du jour comme dieu protecteur de la cité, c'est la dédicace de son temple, c'est l'organisation de ses sacra, et c'est enfin la création de son prêtre, le flamen dialis, chargé pour le compte du peuple, pro populo, de la célébration de ses sacra. Il se peut qu'à l'origine, ce soit le roi lui-même qui ait assumé ce rôle de prêtre.

Le temple du Capitole devient ainsi le centre de l'Etat romain et se son culte. C'est avec le concours d'haruspices étrusques et suivant des rites étrusques que le temple de Jupiter a été établi à l'époque des Tarquins.

C'est un temple à trois nefS, car Jupiter n'y est pas seul. Il est entouré de Junon et de Minerve, la triade capitoline. Mais les deux autres déesses lui sont subordonnées.

Jupiter est le dieu de la confarreatio, c'est à lui qu'est offert, comme nous le verrons, ce sacrifice par lequel le mariage est accompli farreo, par l'épeautre. Cette sorte de mariage lui est consacré. Or Jupiter n'est pas un dieu matrimonial à Rome, ce n'est pas un des dieux protecteurs du mariage. Il n'y a pas longtemps relativement que nous savons que la confarreatio est un sacrifice à Jupiter. Nous le savons par un seul auteur, Gaius, dans ses Institutes, I,12 dit : Farreo in manum conveniunt per quodam genus sacrificii quod Jovi Farreo fit : On fait la convention in manum par le far, par une espèce de sacrifice qui est offert à Jupiter Farreus.

Ce passage est resté longtemps illisible. Dans le manuscrit de Vérone on ne l'avait pas lu; en 1853, lorsque Rossbach écrivit son livre fondamental sur le mariage romain. On ne l'avait pas lu non plus; en 1868, quand Karlowa écrivait son livre sur les formes du mariage romain et la manus. C'est seulement Studemund qui relut le manuscrit et en déchiffra certaines parties restées jusqu'alors illisibles. Il publia sa lecture de Gaius en 1874. L'édition qu'il en donna est connue sous le nom de l'Apocraphum (la copie) de Studemund.

Cette lecture introduisit un élément nouveau et important dans notre étude, car avant elle on ne savait

pas à qui était consacrée la confarreatio.

Dans son existence éclatante, et parce qu'il jouait le rôle du dieu le plus important dans la cité, Jupiter a rempli de multiples offices. Il a absorbé un grand nombre d'autres dieux plus modestes, dont la personnalité s'est évanouie dans la sienne. Or, parmi les trois cents noms de Jupiter que nous connaissons, il n'en est pas un seul qui se rapporte à un office quelconque touchant le mariage, sauf le nom de Jupiter Farreus de Gaius. Aucun auteur, parmi les auteurs innombrables qui ont parlé de lui, ne nous dit qu'à Rome le mariage était sous les auspices de Jupiter.

Cette constatation me paraît extrêmement importante. Elle nous servira, avec d'autres indices du même genre, à déterminer et à limiter le rôle et la signification de la confarreatio dans la cité. Nous retrouverons Jupiter en étudiant la confarreatio. Pour le moment disons que, malgré que le sacrifice du far soit offert à Jupiter, Jupiter n'est pas un dieu nuptial pour les Romains.

En revanche, Junon, son épouse, est, dans la période classique, la protectrice par excellence du mariage et des femmes mariées. Pas plus que Jupiter elle n'a été créée au moment où elle est devenue avec celui-ci la protectrice de l'Etat romain, au moment où elle a pris place à côté de lui dans le temple du Capitole. Elle est beaucoup plus ancienne et même son mariage avec Jupiter est beaucoup plus ancien.

Comme Hera est honorée chez les Grecs, le culte de Junon est répandu chez tous les peuples italiques, Sabins, Ombriens, Osques et Latins. Il est également connu des Etrusques et même la triade capitoline, Jupiter, Junon et Minerve est déjà une triade étrusque.

Junon, chez les Latins, représente le principe féminin de la lumière, comme Jupiter en représente le principe masculin. Parmi les étymologies fausses que donnaient les Anciens de son nom, il en est un cependant qui nous montre dans la déesse une personnification de la lune; le nom le plus ancien et le plus répandu sous lequel elle est invoquée est Lucina : Junon Lucina ; Varren, Lingua latina, 5,69, nous dit : Luna a lucendo nominata eadem est enim Lucina : La lune est nommée de ce qu'elle éclaire, c'est la même que Lucina.

Sous le nom de Lucina, Junon est la déesse de la fécondité. Comme toutes les divinités féminines de la lumière, comme Diane en particulier, elle préside à la naissance des enfants et aux phénomènes

Junon protectrice du mariage et des femmes mariées.

Junon, déesse lunaire, et de la fécondité comment elle

st devenue
éesse du
mariage et des
pouses.

qui, dans le corps de la femme, provoquent et préparent cette naissance. La lumière est en rapport étroit chez les Grecs et chez les Romains avec l'enfantement. C'est la lune qui, pour eux, règle non seulement la durée de la gestation, mais ses phases successives et sa conclusion, c'est-à-dire l'accouchement. Les divinités lunaires sont donc en même temps les divinités de l'enfantement et Junon c'est avant tout, pour les Romains, la sage-femme divine, celle qui est associée à toutes les préoccupations et à toutes les souffrances des femmes enceintes.

Mais c'est conclure beaucoup trop vite que de dire simplement, comme la plupart des auteurs modernes, que c'est parce qu'elle est une déesse lunaire, préposée aux accouchements, que Junon va être aussi la déesse protectrice du mariage. Cette conclusion est trop générale, elle est insuffisante, car toutes les déesses lunaires, par exemple Diane, ne sont pas à Rome également des déesses du mariage, et à l'inverse les déesses du mariage, comme Tellus, ne sont pas des divinités lunaires.

La littérature romaine nous fournit des motifs plus précis de la vocation matrimoniale de Junon. Si Junon est devenue à Rome la protectrice des mariages c'est parce qu'elle y est par excellence la femme mariée, la matrona. Son mariage avec Jupiter est l'idéal de toutes les noces. Plaute, *Amphytrion*, 5,8, 32 : *Juro per matremfamiliam Junonem* : Je le jure par la mère de famille Junon. Junon matrona est un des surnoms les plus employés de Junon.

Ovide, *Fastes* 6,33, fait dire à la Junon honorée dans le temple de Jupiter capitolin : *Si torus in pretio est, dicormatrona Tonantis, junctaque Tarpaeo sunt mea templa Jovi* : Si le lit conjugal donne quelque droit, en m'appelle la matrone du tonnant (l'épouse de Jupiter tonnant) mes temples sont les mêmes que ceux de Jupiter Tarpéen.

Voici quelle est l'inscription du temple de Junon d'Ardée : Pline, *Histoire naturelle*, 35, III5 : *Reginae Junonis, supremæ conjugis, templum*: Temple de la reine Junon, l'épouse par excellence.

Enfin Plaute, *Casina*, 2,3, fait dire à un homme marié qui rentre tard à la maison et qui a quelques frédaines à se faire pardonner par sa femme irritée contre lui : *Heia, mea Juno, non decet te tam tristem tue Jovi* : Hola ma Junon il ne faut pas être aussi maussade avec ton Jupiter.

Ce prototype du mariage sacré a un exemple vivant, une figure dans la cité, c'est le mariage du flamine de Jupiter et de la flaminica. Ce sont les images vi-

vantes des divinités qu'ils servent. Les prescriptions étroites qui règlent la vie du flamme de Jupiter et de sa femme sont principalement destinées à honorer, d'une manière spéciale, dans Jupiter et dans Junon, le caractère d'époux. Entre autres règles est celle d'après laquelle le flamme doit être marié et ne peut continuer son office si sa femme meurt. Ce flamme ne peut divorcer. Pour éviter tout soupçon d'infidélité, il ne doit passer aucune nuit hors de sa maison.

Ce trait dominant est manifesté par l'épithète qui est le plus communément donnée par les poètes à Junon comme protectrice du mariage : on l'appelle Junon pronuba. Elle prend donc le titre et les fonctions de la femme mariée, de la matrone qui conduit les époux dans les cérémonies nuptiales et qui joint leurs mains.

Qu'est-ce à dire ? Dans son rôle de déesse matrimoniale, il ne faut pas séparer Junon de Jupiter. C'est parce qu'elle est l'épouse du protecteur de la cité qu'elle est la protectrice des épouses des citoyens. Son rôle dépend du rôle public de son époux. Il n'est donc pas antérieur à celui-ci. Il date au tout au moins il a pris une importance égale pour tous les Romains dans la cité seulement de l'époque où est organisé le culte de Jupiter. Et ce qui confirme singulièrement cette hypothèse, c'est la façon dont les Romains ont qualifié l'intervention de Junon dans les mariages. Il semblerait qu'elle n'a pas sa place dans les rites du culte proprement dit, dans les sacrifices et même dans les auspices du mariage, elle n'est certainement ni la seule divinité invoquée, ni même la principale : Enéide, Livre 4,45 : Anna, la suivante de Didon, dit à la reine qui se désespère de la froideur d'Enée : *Diis equidem auspicibus, reor, et Junone secunda, hunc cursum iliacas vento tenuisse carinas* : Oui, je le crois, c'est sous les auspices des dieux et par la faveur de Junon que les vents ont ici poussé les navires troyens.

Et Servius commente ainsi ces paroles : *Diis auspicibus* : cela veut dire : les dieux qui sont les auspices du mariage et qui ont fait venir ici Enée. *Junone secunda* : *vel quae praesidet conjugiis, quae prenuba appellatur, quamvis et ipsa in libris augurum auspiciis praesesse dicatur, aut quia Carthaginem fovet*. *Junone secunda* : cela veut dire ou bien celle qui préside aux noces et qu'on appelle prenuba, quoique elle aussi, d'après les livres des augures, peut présider aux auspices, ou bien celle qui favorise Carthage.

Servius a donc remarqué que Virgile, qui est un

parfait connaisseur des choses religieuses, ne parle pas de la même façon des dieux auspices du mariage et de Junon, et il s'en étonne, puisque d'après le livre des augures, Junon peut, elle aussi, présider aux auspices. Il ne dit pas d'ailleurs si c'est aux auspices du mariage ou aux auspices en général.

Les auteurs se contentent, en général, de dire que le soin du mariage est remis à Junon: Servius, ad Eneidem 5,9 : Junoni ante omnia cui vincla jugalia cura : à Junon avant tout, à qui le soin des liens conjugaux est remis.

On dit qu'elle est pronuba; on lui attribue donc le rôle tout humain de la matrone qui conduit le mariage. On accole à son nom les épithètes des dii certi et, parmi ceux qui commandent les moments décisifs de l'union conjugale. Elle est Junon Juga, quam putabant matrimonia jugere : celle que l'on pense conclure les mariages, elle est Junon Domiduca et Iterduca, qui conduit l'épouse dans la maison du mari; elle est Junon Unxia, qui prépare les bons présages pour l'entrée de l'épouse dans la maison, elle est Junon Cinxia qui retire sa ceinture.

Voici la prière à Junon où l'on répète tous ces noms et dans la partie où ce sont ses noms nuptiaux qui sont invoqués : Martianus Capella, Chapitre 2, 149: les jeunes filles des hommes doivent convoquer Iterduca et Domiduca, Unxia, et Cinxia à leurs noces pour que tu protèges leur chemin et que tu les conduises à la maison qu'elles souhaitent, pour que lorsqu'elles oignent les montants de la porte tu leur donnes un heureux présage et lorsqu'elles délient leur ceinture pour que tu ne les abandonnes pas dans le lit conjugal.

En somme son rôle, de même qu'elle est la sage-femme dans l'accouchement, est un rôle en quelque sorte actif et presque humain, elle conduit, elle unit plutôt qu'on ne l'invoque et qu'elle protège.

Nous trouvons-là semble-t-il, une preuve non équivoque que l'intervention de Junon dans le mariage est relativement tardive; son intervention date d'une époque où les rites sont déjà fixés. Ils ont été fixés sous les dieux agraires. Son intervention ne modifie pas ces rites, on n'en crée pas de nouveaux pour elle, mais on lui donne simplement le rôle général de conductrice et de protectrice et elle prend simplement la place des dieux plus anciens.

V°- Les dieux grecs . A l'époque historique, c'est à-dire dans les derniers siècles de la République et sous l'Empire, le Panthéon romain est envahi par les dieux grecs. Leur personnalité est plus brillante

Intervention tardive de Junon dans le mariage.

"Les Cours de Droit"

3. PLACE DE LA SORBONNE. 3

W

Répétitions Écrites et Orales
Reproduction interdite

Invasion des
divinités
grecques dans
les cérémonies
du mariage.

et plus accusée, elle transforme et recouvre la personnalité abstraite des dieux romains. Ce sont les Grecs qui ont appris aux Romains à représenter leurs dieux sous la forme humaine de statues.

On reconnaît, à ce moment, les analogies certaines qui existent entre les dieux, les Grecs et les Romains, et on n'est pas embarrassé pour en créer d'autres. Cette invasion se fait sentir aussi dans les cérémonies matrimoniales. Plutarque, Questions romaines, 2, mentionne, à la place des divinités agraires, cinq divinités protectrices du mariage : Zeus-Jupiter, Hera-Junon, Aphrodite-Venus, Peitho-Fides et Artémise-Diane. On a déjà fait remarquer qu'il mélangait ici les divinités grecques et les divinités romaines.

Dans un poète de l'Empire, Claudio, 3128, c'est Venus qui sert de Pronuba, Venus s'est incorporée aussi un des petits dieux du mariage, elle est appelée Venus Perfica. Mais c'est surtout dans les bas-reliefs que ce remplacement est sensible. Ces bas-reliefs ont été spécialement étudiés par Rossbach Ehedenkmäler der Hochzeit, 1871.

Au moment du sacrifice et au moment de la dextrum junctio, qui sont les deux scènes principales du mariage, généralement figurées dans ces bas-reliefs, la pronuba est derrière les époux, elle est divinisée et porte les attributs de Junon, ou plutôt de la Junon grecque Hera. Aussi dans la scène préliminaire, qui est aussi le plus souvent figurée, c'est la scène où entre dans la maison du père de la femme le cortège du sacrifice, nous trouvons en tête les animaux destinés à être sacrifiés et à l'arrière plan entrent dans la maison les dieux qui viennent assister au mariage. Autant qu'on peut les identifier et suivant les sarcophages nous trouvons Venus Aphrodite, Peitho-Fides, Hyménée, les Grâces, les Heures, la Fortune, Nike la Victoire.

Les statuaires, sans désirer aucunement respecter la vraisemblance, copient les modèles grecs. L'art grec est considéré comme bien supérieur à l'art romain et il sert de modèle et, dans ces monuments qui sont plutôt de l'art industriel, le sculpteur reste esclave du modèle et transforme à peine les personnages qu'y figurent.

La composition de ces groupes de dieux ne peut pas nous être d'un grand secours pour l'étude des coutumes romaines, mais elle confirme l'impression que nous avons retirée de l'ensemble de ces études que les sacrifices nuptiaux n'étaient pas adressés à un dieu particulier et unique, pas plus à Junon qu'à

Jupiter, qu'ils devaient réunir, et d'une façon quelquefois obscure, même pour les personnes qui y participaient, l'ensemble des dieux nuptiaux que l'histoire avait accumulés autour des cérémonies nuptiales.

Complexité
des cérémo-
nies matrimo-
niales.

De cette étude, malgré le caractère hypothétique de beaucoup de ses parties, nous retirons l'impression sûre que les cérémonies matrimoniales sont complexes, qu'elles représentent des apports d'époques différentes et qu'elles sont, en tout cas, beaucoup plus largesque la confarreatio proprement dite. Cette étude nous servira à voir la place restreinte qui doit être donnée à cette confarreatio.

Chapitre IV.

LE MARIAGE CUM MANU : CONFARREATIO

COEMPTIO ET USUS.

Dans le chapitre précédent nous avons étudié les cérémonies religieuses du mariage et, à cette occasion, nous avons vu comment ces rites se sont constitués peu à peu, sous l'influence des croyances, d'abord des croyances dans les dii certi, et puis, ensuite, ces rites se sont développés sous forme de rites agraires, placés sous les auspices et l'invocation des dieux agraires. Nous en avons conclu que c'étaient des cérémonies très anciennes, antérieures à la fondation de la cité et au droit civil.

Ce sont des sacra privata, culte de famille et de gentes, et ils le sont toujours restés. Et c'est en cette qualité qu'ils sont étrangers au droit civil. Le droit civil a pu, comme nous le verrons, être influencé par les coutumes qui se sont dégagées dans ces cérémonies, mais si la loi de la cité a accepté et adopté ces coutumes dans la mesure où elles intéressaient le droit civil, les cérémonies elles-mêmes ce droit les a négligées et les a ignorées, en tant que lois de la cité.

C'est la raison pour laquelle les commentateurs du droit civil, les jurisconsultes les ont, eux aussi laissées de côté. Je vous ai dit que, en ce qui concerne les modernes auteurs du droit romain, cette négligence avait rendu leur conception du mariage incomplète et par suite inexacte et qu'en tout cas cette négligence devait être réparée par l'historien

du droit romain.

Le mariage en tant que produisant des effets de droit, notamment la manus.

Distinction entre les modes de contracter mariage et les modes d'acquisition de la manus.

Les trois modes d'acquisition de la manus opinion commune considérant la conferratio comme le modèle le plus ancien réservé aux patriciens la coemptio n'étant qu'un subterfuge imaginé plus tard pour les plébéiens.

Dans ce nouveau chapitre, nous abordons le droit civil. Le droit civil, sur un plan différent du droit religieux, envisage le mariage en sa qualité d'acte produisant des effets de droit et notamment l'effet civil le plus important du mariage, la manus, la puissance acquise sur la femme par le mari, ou plutôt par le père de famille dans la famille du mari.

Gaius, Institutes, I, II O : Olim tribus modis (feminae) in manum conveniebant : usu, farreo, coemptione. Autrefois la femme venait sous la manus (sous la puissance maritale) par trois modes : par l'usage, par la confarreatio et par la coemptio.

Remarquons, avant toute autre explication, la manière de parler du jurisconsulte. Il ne dit pas, comme nous le faisons quelquefois par abus de langage, que l'usus, la confarreatio et la coemptio sont des modes de contracter le mariage cum manu. Le mariage est un acte plus complexe, à la fois religieux, familial et civil. Mais parmi les diverses cérémonies qui coopèrent à sa conclusion, il en est qui sont reconnues par le droit comme créant les effets civils du mariage, notamment la manus, et c'est pourquoi les jurisconsultes nous disent tous que ces trois modes sont des modes d'acquisition de la manus dans le mariage, et non pas des modes de conclusion du mariage.

Cette conception, le chapitre précédent nous permet d'en reconnaître pleinement l'exactitude et la portée et nous pouvons voir en même temps l'inconvénient qu'il y a à isoler ces différentes notions.

De la façon dont Gaius énumère ces trois modes, les auteurs modernes ont conclu qu'ils devaient être tous les trois mis sur le même plan, qu'il s'agissait donc de trois modes de portée générale, à peu près égale, entre lesquels les Romains avaient, ou avaient eu le choix pour l'acquisition de la manus. Suivant leur volonté ou leur humeur ils auraient pu employer indifféremment l'un ou l'autre de ces modes pour arriver au même résultat.

Tout le problème serait donc de rechercher pourquoi il y avait ainsi dans le droit romain diversité de modes. Le problème serait aussi de rechercher parmi ces modes quels sont les plus anciens, quels sont les plus nouveaux et, accessoirement, quelles sont les circonstances historiques ou les besoins juridiques qui les ont fait créer.

Nous pouvons résumer ce que l'on peut encore appeler l'opinion commune, c'est-à-dire celle qui peu à peu a rallié la majorité des auteurs, au cours du XIX^e siècle. Cette opinion commune est encore soutenue

par la plupart des auteurs, bien qu'on puisse sentir actuellement qu'elle perd du terrain et qu'elle commence à être attaquée.

L'opinion commune pense que la confarreatio est le plus ancien des trois modes, parce que ce serait le mariage religieux par opposition à la coemptio et à l'usus, qui seraient le mariage purement civil, parce que, en outre, c'est le mariage réservé aux patriciens, c'est-à-dire aux plus anciens citoyens, aux premiers fondateurs de la cité.

Au contraire, la coemptio aurait été le mariage des plébéiens. Quand les plébéiens ont été admis à la cité, ils ne peuvent pas se servir de la confarreatio, parce qu'ils ne peuvent pas participer à la religion des patriciens, ils ne peuvent donc pas prendre les auspices comme eux. On est donc obligé d'inventer une forme de mariage purement civile, qui puisse leur être appliquée et on utilise pour eux, de façon artificielle et savante, le mode d'acquérir la propriété : la mancipiation. Cette utilisation c'est donc l'un de ces subterfuges du droit pontifical, d'après lequel on utilise une institution pour lui faire produire un résultat pour lequel elle n'était pas faite. Au lieu d'acquérir la propriété de la femme, par suite des paroles prononcées, qui sont différentes, le mari aurait acquis la manus.

Nous critiquerons cette hypothèse lorsque nous étudierons la coemptio. Il est inutile, je pense, d'insister longuement ici sur le caractère inexact de l'opposition que l'on prétend établir entre le mariage civil et le mariage religieux. Nous avons vu que pour les temps anciens tous les mariages sont religieux, quel que soit le mode civil d'acquisition de la manus puisqu'ils sont entourés de cérémonies religieuses, qu'il s'agisse de mariage cum ou sine manu. Qu'il s'agisse de mariage où l'on accomplit la confarreatio ou la coemptio, les cérémonies matrimoniales sont célébrées, donc le caractère religieux du mariage existe. Ce qui est curieux, c'est que tous les auteurs sont d'accord sur ce point et ne songent pas à nier que tous les mariages sont entourés de cérémonies religieuses. Ils se contentent seulement de l'oublier lorsqu'ils parlent de la coemptio.

Pourquoi la confarreatio est-elle apparue aux modernes comme le mariage religieux par excellence des Romains et comme la forme la plus ancienne de leur mariage ?

Cette opinion, à mon avis, repose essentiellement, et l'on peut dire uniquement sur les conceptions historiques de Denys d'Halicarnasse.

Inexactitude
de l'opposi-
tion entre
le mariage re-
ligieux et
le mariage ci-
vil.

La conception
historique
de Denys d'Ha-
licarnasse et
son influence
sur la con-
ception des
auteurs.

Denys d'Halicarnasse est un historien grec, contemporain d'Auguste, qui écrivit un grand ouvrage historique sur les antiquités romaines. Dans le Livre I de cette œuvre, il décrit la fondation de Rome par Romulus et le règne de ce premier roi Fondateur et, propos de l'histoire de ce règne, il étudie les institutions publiques et privées les plus anciennes de la cité, celles par conséquent qui, d'après ses conceptions historiques et celles de son temps, étaient l'œuvre du fondateur de la cité. Vous reconnaîtrez ici le souci tout romain de désigner, de nommer le fondateur.

Parmi ces lois de Romulus se trouvent, bien entendu, puisqu'elles sont parmi les plus anciennes, les lois du mariage et les lois de la famille. Il les décrit au Livre II, Chapitre 25. Denys envisage ces lois par opposition aux moeurs de son temps; il oppose en somme dans tout le cours de sa description, la sainteté du mariage primitif et son indissolubilité au caractère précaire et instable du mariage de son temps, ruiné par la fréquence des divorces. Tout son discours tend à montrer comment le mariage primitif était indissoluble et comment il tire ce caractère de la sainteté et de la nature religieuse du mariage.

Romulus, dit-il, n'avait accordé aucune action en divorce, ni au mari ni à la femme. Il retint les femmes dans la modestie et dans la pudeur en portant cette seule loi que les femmes qui s'unissent aux hommes par les noces sacrées aient, avec leur mari, la communauté de tous les biens et de toutes les cérémonies du culte. Les Anciens disaient que les noces étaient sacrées et légitimes, et ces noces étaient appelées confarreatio par suite de la communauté qui résulte entre le mari et la femme du far, de la farine d'épeautre, et comme nous, en grec, nous commençons la cérémonie des sacrifices en mettant sur la victime quelques grains d'orge, que nous appelons eules, parce que nous sommes persuadés que c'est le plus ancien de tous les grains, de même les Romains, qui croient que l'épeautre est le plus honorable et le plus ancien, commençaient par en mettre sur la victime qui devait être immolée par le feu.

C'était donc, continue Denys d'Halicarnasse, la cérémonie religieuse qui crée le mariage indissoluble et qui ne laissait à la femme qu'une ressource, c'était de conformer sa conduite à l'humeur de son mari, car elle ne pouvait se tourner d'un autre côté.

Il termine en disant; à la fin du texte, que nous étudierons plus longuement, que le mari était le juge des fautes de sa femme, il les jugeait avec le conseil

des proches, et que cette loi de Romulus fut si efficace que pendant plus de cinq cents ans il n'y eut pas un seul divorce à Rome, avant le divorce de Carvilius Ruga.

L'autorité de Denys d'Halicarnasse sur les institutions de l'époque de Romulus est faible. L'auteur a recueilli sans grande critique les légendes et les opinions de son temps, et l'on peut dire, sans aucune prétention de notre part, que nos conceptions historiques sont meilleures, bien que nous ayons moins de sources que lui peut-être.

Il est bien exact que c'est la loi religieuse qui a fondé la sainteté du mariage et que, sans être indissoluble au sens chrétien du mot, du moins le mariage primitif n'était pas ce mariage précaire que la volonté d'un seul époux pouvait à tout instant dissoudre, qui était le mariage de l'époque de Denys d'Halicarnasse, le mariage des temps classiques.

Mais pourquoi Denys concentre-t-il toute la sainteté du mariage dans la confarreatio ? Il est certain que, de son temps presque personne ne s'en sert. Non seulement elle est réservée aux patriciens et ils ne sont qu'une petite minorité à l'époque d'Auguste, mais elle est loin d'être employée par tous les patriciens qui existent encore. C'est un fait attesté qu'à cette époque elle ne sert plus qu'au mariage des flamines, des prêtres des cultes des grands dieux, que par conséquent elle est usitée dans un cercle infiniment restreint, le cercle où se recrutent les cinq ou six grands prêtres de la cité; elle n'est usitée que dans les familles sacerdotales; tandis qu'au contraire tous les mariages sont encore entourés, dans l'usage romain, de cérémonies religieuses.

Je crois apercevoir les causes de cette erreur dans le caractère différent de ces cérémonies au point de vue juridique. Le mariage, au point de vue de Denys, est une loi de Romulus. Ce serait donc une loi de la cité qu'il a fondée. Mais les cérémonies nuptiales en usage, sont des sacra privata, des cérémonies de la famille, qui jamais n'ont été reconnues en droit civil. Ce ne sont donc pas ces sacra privata qui peuvent fonder pour Denys le mariage ex lege, d'après la loi.

Au contraire, comme nous le verrons, la confarreatio est une cérémonie d'Etat et c'est pourquoi le droit civil, c'est-à-dire le droit d'Etat reconnaît, quelle que soit par ailleurs l'étendue de ses effets, qu'elle a un effet civil et que seule, dans les cérémonies religieuses, elle peut avoir le caractère d'une loi d'Etat. C'est pourquoi, malgré ce qu'il doit considérer comme sa décadence, c'est elle qui est la loi consti-

tutive de l'Etat.

Quant à nous, après avoir écarté cette autorité de Denys d'Halicarnasse, il nous reste à étudier chacune de ces trois formes et à déterminer ce que nous pouvons savoir de leur importance réciproque.

§ Ier - La confarreatio.

Nous connaissons assez mal la confarreatio, ce que nous en savons résulte de documents peu nombreux et qui ne sont pas très explicites. Elle a été étudiée dans tous les manuels généraux, il est donc inutile de citer une bibliographie qui serait innombrable. Je me contenterai de dire qu'une des dernières monographies, c'est l'article: Confarreatio, écrit par Léonhard, dans l'Encyclopédie de Pauly Wissowa.

Il est indispensable, au contraire, de citer des textes, car ce sont eux qui forment les pièces du dossier. Il y en a dix environ que nous allons énumérer.

1^e) Le texte principal est tiré de Gaius, Institutes I, 112: Farreo in manum convenientur per quodde genus sacrificii quod Jovi Farreo fit; in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur; conplura praeterea hujus juris ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis, praesentibus decem testibus, aguntur et fiunt. Quod jus etiam nostris temporibus in usu est; nam flamines majores, id est Diiles, Martiales, Quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nati non leguntur; ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt: Les femmes tombent sous la manus par la confarreatio au moyen d'un certain genre de sacrifice offert à Jupiter Farreus, au cours duquel on emploie un pain de pain de pain. C'est même de là que vient le mot de confarreatio. Mais pour accomplir cet acte juridique, il faut en plus procéder à de nombreuses autres formalités, prononcer des paroles certaines et solennelles, en présence de dix témoins. Cette institution juridique est encore en usage de nos jours, car les flamines majeurs, c'est-à-dire les flamines de Jupiter, de Mars et de Quirinus, comme aussi les rois des sacrifices ne peuvent être choisis s'ils ne sont nés du mariage par confarreatio et ne peuvent exercer le sacerdoce s'ils ne sont pas mariés par confarreatio.

2^e) Ulprien, Regulae, 9,1: Farreo convenitur in manum certis verbis et testibus decem presentibus et sollemni sacrificio facto, in quo panis quoque farreus adhibetur: La femme tombe sous la puissance maritale par la confarreatio, au moyen de paroles certaines, dix témoins étant présents et par un sacrifice solennel dans lequel il est aussi employé un pain d'épeautre.

Textes sur la matière.

tre.

3°) Pline, Histoire naturelle, 18,3: Quin et insacris nihil religiosus confarreatio vinculo; novaeque nuptiae farreum praeferabant: Dans les cérémonies religieuses, rien de plus sacré que le lien de la confarreatio et les nouvelles mariées de porter devant elles un pain d'épeautre.

4°) Servius, Géorgiques, I,31 : Tribus enim modis nuptiae fiebant. Usu.... farra ~~cum~~ (per pontificem maximum et dialem flaminem) per fruges et molam salsam conjungebantur unde confarreatio appellabatur... coemptione... Les noces étaient célébrées de trois manières : par l'usage... par l'épeautre, lorsque les époux étaient unis par le flamine de Jupiter et par le grand pontife, d'où venait le nom de la confarreatio... par la coemptio.

5°- Servius , ad Aeneidem, 4,103, Servius, ici décrit la coemptio et il nous dit que le rite de l'eau et du feu était employé et il ajoute : Quae res ad farreatas nuptias pertinet quibus flaminem et flaminicam jure pontificio in matrimonio necesse est convenire : Cette cérémonie (de l'eau et du feu) concerne les noces par confarreatio, par laquelle il est nécessaire, en vertu du droit pontifical, que le flamine et la flaminica soient unis en mariage.

6°- Servius ad Aeneidem, 5, 374 : Mos enim apud veteres fuit flamini ac flaminicæ, ~~cum~~ per confarreatio in nuptias convenerunt, sellas jugatas ovilla pelle super injecta poni, (ejus ovis quae hostia fuissest) ut ibi nutentes (velatis capitibus) in confarreatio flamen ac flaminica residerent : L'usage était chez les Anciens , que pour le flamine et la flaminica, quand ils se marisaient par la confarreatio, il y avait deux sièges unis par une peau de brebis jetée dessus, de cette brebis qui avait été la victime, pour que dans les mariages le flamine et la flaminica, la tête voilée s'asseoient pendant la confarreatio.

7°- Boèce sur Cicéron, Topiques, 3;I4 : Tribus enim modis uxor habebatur, usu, farreatio, coemptione sed farreatio solis pontificibus conveniebat : L'épouse était prise de trois manières par l'usage , par la confarreatio , par la coemptio, mais la confarreatio ne convenait qu'aux seuls pontifes.

8°- Tacite, 4, I6. Je donne seulement la traduction française du texte, mot à mot; A peu près dans ce temps, la nécessité d'élire un flamine de Jupiter à la place de Servius Maluginensis qui était mort, engagea Tibère à proposer une loi nouvelle. De tout temps, on ne pouvait choisir un flamine que parmi trois

patriciens nés de pères mariés par la confarreatio et l'on ne put pas en trouver un seul. Tibère en alléguait plusieurs raisons, dont la plus forte était l'indifférence des hommes et des femmes pour la religion, puis les difficultés mêmes de la cérémonie que l'on cherchait à éviter à dessein et l'inconvénient de voir échapper à l'autorité paternelle les enfants qui devaient flamines et les filles qui épousaient un de ces pontifes. Tibère fut d'avis qu'on y remédiait par un décret du Sénat ou par une loi, à l'exemple d'Auguste qui, sur quelques points, avait adouci l'austérité trop rigide des vieux temps. On examina les rites religieux; enfin on résolut de ne rien changer au statut des flamines, mais on vota une loi par laquelle la prêtresse de Jupiter serait sous la puissance de son mari en ce qui concerne les sacra, mais pour le reste elle rentrerait dans le droit commun des femmes et on substitua le fils de Maluginensis à son père.

9°- Enfin Gaius, I, 136, dont le texte est reconstitué dans sa première partie :

Praeterem mulieres quae in manum convenientunt, in patris potestate esse desinunt, sed in confarreatis nuptiis de flaminica Diali senatus consulto ex relatione. Maximi et Tuberonis cautum est ut haec quod ad sacra tantum videatur in manu esse, quod vero ad ceteras causas, proinde habeatur, atque si in manum non convenisset. - Au reste les femmes qui tombent sous la puissance maritale cessent d'être sous la puissance paternelle, mais dans les mariages par confarreatio il a été prévu au sujet de la prêtresse de Jupiter, par un sénatus consulte voté sur le rapport de Maximus et de Tuberon, que celle-ci serait soumise à la puissance maritale en ce qui concerne les sacra seulement mais que pour le reste elle serait comme si elle n'était pas tombée sous la manus.

C'est la partie où le texte est reconstitué qui parle de la prêtresse de Jupiter. Je crois que le sénatus consulte parlait du mariage par confarreatio, en général, sans prévoir ce cas particulier, car la loi a été faite pour rendre possible le recrutement des flamines de Jupiter, on concevrait à la rigueur qu'au moment où il est élu flamine, le citoyen déjà marié, et peut-être sine manu, fasse une convention in manum par confarreatio avec sa femme pour les sacra seulement. Il semble bien que César, au moment où il a été nommé flamine, a divorcé c'avec sa femme pour en épouser une autre et les historiens pensent que c'est pour épouser une patricienne par la confarreatio suivant la règle.

Mais il ne faut pas oublier que le flamine doit

être né lui-même d'un mariage farreo. S'il ne s'agissait donc dans le sénatus consulte, que de la prêtresse de Jupiter, il faudrait que le candidat au flamnat soit lui-même fils du flamine et même plus, né pendant que celui-ci était flamine. Cela équivaudrait à rendre le recrutement aussi impossible qu'auparavant.

Il nous resterait quelques autres textes, que j'énumère ici : Servius, ad Aeneidem, 4, 339, où il nous est dit que le tonnerre empêche la confarreatio: Apulée Métamorphoses, 5, 26; Arnobe, Adversus gentes, 4, 20, Lampride, Alexandre Sévère, 22; Saint Jérôme, Lettres 41, 4. Ces textes sont moins importants et n'ajoutent rien aux précédents.

Que pouvons-nous tirer de ces textes pour déterminer ce qu'est la confarreatio ? Quelle est la conception qui peut nous permettre de rendre le mieux compte des textes et qui ne s'en écarte pas ? Voilà ce qu'il nous faut maintenant rechercher.

La confarreatio est une cérémonie religieuse, c'est une espèce de sacrifice, dit Gaius, c'est un sacrifice solennel, dit Ulprien. En même temps qu'un sacrifice, c'est un acte formaliste : le sacrifice est en effet entouré d'un rituel compliqué, de formalités nombreuses, accompagné de certa verba, c'est-à-dire de formules fixées d'avance, qu'il faut réciter.

Ce rituel comporte donc des gestes et des paroles. Il ne nous a pas été conservé. Ces rituels du droit ancien, religieux ou civil, doivent être rigoureusement suivis, trait pour trait; le moindre manquement rend tout l'acte nul. C'est cette difficulté très réelle, car il n'est pas certain à mon avis qu'on puisse purement et simplement recommencer l'acte manqué, qui rend odieuses ces formes, comme ont été rendues odieuses par leur formalisme les actions de la loi. C'est l'horrida antiquitas, comme le dit Tacite, que l'on évite à dessein et qui a fait perdre l'usage de la confarreatio.

Parmi ces formes, il nous a été seulement conservé ce détail que pendant la cérémonie, les deux époux, le flamine et la flaminica, dit le texte, sont assis sur deux sièges réunis sous une peau de brebis, et ils ont la tête voilée, comme on l'a habituellement dans toutes les cérémonies sacrées.

La cérémonie a lieu en présence de 10 témoins. Nous ne nous appesantirons pas sur les conjectures faites sur ce chiffre de dix, parce que ces conjectures sont toutes arbitraires.

La partie principale de cette cérémonie, c'est l'offrande de l'épeautre, l'offrance du far. Cette offrande est bien certainement la partie principale

La confarreatio
cérémonie
religieuse
sorte de sa-
crifice solen-
nel.

Les 10 té-
moins.

L'offrande de
l'épeautre.

du sacrifice, car c'est elle qui donne son nom à l'acte tout entier et qui le fait appeler confarreatio. Y avait-il d'autres sacrifices autour de cette offrande, et notamment des sacrifices sanglants ? La façon dont parle Ulprien, qui nous dit qu'un pain d'épeautre est employé aussi, quoque, dans ce sacrifice, a fait croire à quelques auteurs qu'il y en avait d'autres. Mais ce quoque peut faire allusion aux paroles et aux autres formalités qui doivent être accomplies, qui s'ajoutent au sacrifice. Peut-être même, d'une façon plus précise, Ulprien faisait-il allusion aux fruits qui, d'après Servius, étaient ajoutés à l'offrande de l'épeautre.

Si nous voulons nous en tenir aux textes, nous voyons seulement que la confarreatio est un sacrifice par le pain et par les fruits, entouré de paroles et de solennités nombreuses et difficiles par leur antiquité. Nous ne sommes pas autorisés à aller plus loin et notamment à y ajouter un sacrifice sanglant.

L'épeautre c'est, à ce qu'il semble, le blé le plus anciennement connu des Romains, avant que l'on ait importé chez eux des blés d'Afrique de meilleur rendement. L'épeautre était préparé pour les usages sacrés. On faisait un pain c'est-à-dire de la farine cuite avec de l'eau et du sel; les jurisconsultes Gaius et Ulprien disent : un *panis farreus*. Servius parle de la *mola salsa* probablement d'une façon moins exacte. La *mola salsa* est un mélange d'épeautre broyé mélangé avec de l'eau et du sel et sans doute non cuit.

Sous une forme ou sous une autre, l'offrande du far est très répandue dans les cultes romains. C'est l'offrande habituelle aux lares et à Vesta. C'est une offrande des cultes agraires. Nous avons vu qu'aux cultes de Tellus et de Cérès on leur offrait de l'épeautre et les entrailles d'une truie pleine. Ovide Fastes 1,657.

La *mola salsa* est offerte soit seule, soit avec de l'encens. Lorsqu'elle n'est pas offerte seule, elle sert de début au sacrifice sanglant. On saupoudre avec elle le front de l'animal du sacrifice, l'autel et le couteau qui servira au sacrifice.

Sous forme de *farreum libum*, de gâteau d'épeautre dans lequel était ajouté du miel, nous retrouverons encore l'épeautre comme offrande à Janus, au début de janvier, et à de nombreuses fêtes à Jupiter lui-même.

On retrouve la *mola salsa* dans les mariages ordinaires. D'après Rossbach, dans les scènes du sacrifice, est figuré un jeune enfant, un camille; assistant au sacrifice, qui porte des fruits et la mo-

'la salsa , qui sans doute va être répandue sur la victime du sacrifice.

Denys d'Halicarnasse compare cette offrande à celle de l'orge chez les Grecs et l'on rencontre chez les autres peuples indo-Européens des traces de cette coutume, où l'offrande d'un pain est alliée aux cérémonies matrimoniales. Nous sommes donc en présence d'une forme de sacrifice très ancienne. C'est une des formes des cultes agraires plus anciennes que Rome et commune à la race indo-européenne.

Jupiter Farreus.

Les auteurs attachent d'ordinaire une très grande importance à cette ancienneté, et ils en concluent que la confarreatio est le plus ancien des modes par rapport aux autres modes du mariage. Je ne crois pas que cette conclusion s'impose. Sûrement l'offrande de l'épeautre n'a pas été inventée pour Jupiter, on a suivi une cérémonie beaucoup plus ancienne, et comme nous le voyons dans la confarreatio l'offrande est faite à Jupiter, mais Jupiter qui la reçoit porte, d'après Gaius, le nom de Jupiter Farreus.

Je pense que, d'après les usages romains, l'interprétation la plus vraisemblable de ce surnom est que Jupiter a remplacé dans cette cérémonie, quand elle lui a été consacrée, un dieu plus petit, deus Farreus, à qui l'offrande était primitivement dédiée. Nous avons vu que c'est ainsi que l'on doit interpréter habituellement les surnoms qui sont donnés à Junon lorsqu'elle s'occupe des cérémonies matrimoniales.

La confarreatio comporte-t-elle un repas en commun?

Quel était ce dieu Farreus? Nous n'en savons rien. Il est effacé complètement devant Jupiter. Néanmoins d'après son nom même, il me semble que c'est le dieu de l'épeautre. Farreus est un petit dieu agraire qui comme Pilumnus et Picumnus, était devenu un dieu matrimonial. Jupiter a pris plus entièrement sa place que Mars Picumnus n'a effacé Picumnus.

La thèse sociologique voyant dans la confarreatio un repas pris en commun. Le témoignage de Denys d'Halicarnasse.

Les auteurs modernes, surtout parmi les socio- logues non juristes, semblent de plus en plus enclins à voir dans la confarreatio un repas pris en commun. Voir par exemple Orth dans l'article sur l'épeautre (en allemand Spelt), Pauly Wissowa, Tome III de la 2ème série, 1929, p. 1609. "Le rituel des cérémonies des noces ordonne, d'après une loi attribuée à Romulus ou à Numa, aux jeunes mariés de manger ensemble un pain cuit au four de farine d'épeautre, de sel et d'eau, un panis farreus". Il semble bien que cette idée est en rapport avec les études si puissamment intéressantes de Sir James Frazer. "Le cycle du rameau d'or", dont la traduction française comporte douze volumes. Dans le volume intitulé "Esprit des bois et du blé" tome II, chap. X, il y a un chapitre intitulé "Manger

la nourriture la plus sacrée et la plus ancienne et qu'
l'union tirait son nom du far.

Denys ne paraît plus bien se rendre compte de ce qu'était la confarreatio. Cela n'a rien d'étonnant car il était Grec et loin des cercles étroits des familles sacerdotales de Rome où se pratiquait à son époque la confarreatio. Il confond les sacrifices, mais il ne parle nullement d'un repas quelconque, quoiqu'il insiste sur ce fait que la confarreatio est une nourriture.

On ne peut donc pas tirer de ce texte la preuve qu'il s'agisse d'un repas et d'autre part, dans nos autres sources, il n'est pas douteux que la confarreatio se présente davantage comme une offrande à Jupiter, offrande soit de la mola salsa qui, d'ailleurs n'était pas mangeable, soit plutôt d'un pain, le panis farreus. Gaius nous dit en effet que la confarreatio est une espèce de sacrifice qui est fait à Jupiter Farreus. Comme tout l'indique c'est l'offrande de ce pain qui est l'offrande principale et essentielle, qui donne son nom au sacrifice, mais c'est une offre pour le moins de frande à Jupiter.

La confarreatio mariage d'état. Intervention des représentants du culte public Date de cette création, son importance pour le moins de frande à Jupiter;

mariage de

l'époque gentilice.

Cette offrance est faite à Jupiter en présence du grand pontife et du flamine de Jupiter. Elle est donc faite par eux, à la différence du sacrifice nuptial ordinaire qui est offert par les époux. C'est ce qui résulte de Servius, sur les Georgiques, I, 31 : le dieu " qui montre l'étendue et la généralité de ces rites qui consistent à communier avec le dieu en mangeant du blé et de la farine. Ettore Pais, Histoire Romaine, I p. 69 voit dans la confarreatio un rite de théophagie : les époux mangent le dieu lui-même, Jupiter Farreus.

Dans les limites où cette opinion est appuyée, pour la confarreatio, sur les textes, il semble qu'il faille en voir l'origine dans Denys d'Halicarnasse. Denys d'Halicarnasse nous dit, vous vous le rappelez, que le mariage est fondé sur la communauté de l'épeautre, d'où le nom de confarreatio, parce que l'épeautre est le grain le plus ancien et le plus honoré par les Romains. Il décrit alors l'habitude des sacrifices sanglants de répandre sur la tête de la victime et sur l'autel la mola salsa, la pâte de farine d'épeautre et d'eau salée non cuite. Il semble ici confondre le rite des sacrifices sanglants, qui est très probablement, comme le montrent les bas reliefs, le rite du sacrifice nuptial en usage de son temps, avec la confarreatio. Il répète encore une fois que les femmes étaient unies à leur mari par la communauté de

Tribus modis nuptiae fiebant,.... farre cum per pontificem maximum et dialem flaminem per fruges et molam salsam conjungebantur, unde, confarreatio appellabatur. Les noces étaient faites de trois manières..... par le far lorsque les époux étaient unis par le pontifex maximus et par le flamine de Jupiter au moyen des fruits et de la mola salsa, d'où vient le nom de confarreatio.

Du moment que le grand pontife et le flamine intervenaient il faut supposer que la confarreatio est accomplie dans le temple de Jupiter, où le flamine exerçait son office, dans le temple de Jupiter Capitolin.

C'est cette intervention de Jupiter et de son flamine qui donne un caractère nouveau et une importance nouvelle à la confarreatio. Avant le rite d'offrande de l'épeautre était sans doute déjà pratiqué, mais l'offrande au petit dieu Farreus en faisait un rite agraire de même caractère que les autres, un rite privé, exclusivement familial. Désormais ce devient un rite public, un rite d'Etat. C'est une cérémonie officielle, où intervient l'autorité de l'Etat, sans aucun doute parce que cette cérémonie présentait un intérêt d'Etat.

Ce nouveau caractère porte sa date, il n'a pas pu exister avant l'organisation d'un culte public de Jupiter et avant la création de son prêtre d'Etat, c'est-à-dire avant la fondation du temple du Capitole et avant l'établissement de Jupiter comme dieu protecteur de la cité, la fondation par les Tarquins de la plus grande cité, suivant les rites étrusques.

Cette conclusion commence à entrer dans le domaine de la science et à menacer les positions traditionnelles de la confarreatio en sa qualité de forme primitive du mariage. M. Cuq (Manuel des institutions juridiques des Romains, 2ème édition, 1928, p. 156) dit que l'intervention des représentants du culte public suppose un mariage qui intéresse la cité, parce qu'il a lieu, ajoute-t-il, entre personnes de gentes ou de cités différentes, appartenant aux cités fédérées du Palatin et de l'Esquilin.

Mais Huvelin soutient déjà d'une manière plus complète l'opinion que nous défendons ici (Cours élémentaire de Droit romain, I, 1927). De ce manuel elle est passée dans celui de M. Monier (Manuel élémentaire I, p. 37) avec cependant quelques notables différences.

Nous conclurons que, de par sa date, ce mode de mariage ne peut pas être celui de l'époque gentilice, c'est-à-dire n'a pas pu être fait avant la cité. Le mode de cette époque sera donc la coemptio.

Cause de la création d'un mariage d'Etat. La relation avec les prescriptions destinées à isoler le flamine en le consacrant avec sa famille au service exclusif du dieu.

Quelles sont les causes pour lesquelles a été créé ce mariage d'Etat ? Vous avez vu l'explication qu'en donne Cuj. Il a été créé pour permettre le mariage entre gentes différentes, ou bien encore entre les membres de deux cités réunies par le syncrétisme étrusque.

Ces hypothèses ont le défaut d'être arbitraires et par conséquent totalement incontrôlables. N'y aurait-il pas une autre explication qui aurait, elle, cet avantage de s'appuyer sur nos textes et de ne pas les dépasser ? Que nous disent-ils, en effet, à peu près tous ? Ils nous disent que les noces par le far dévaien être les noces des prêtres, des flamines majeurs de la cité et aussi probablement du res sacrorum, et que même il devait être né de mariage par confarreatio.

Vous remarquerez qu'aucun texte ne nous dit expressément que la confarreatio est le mariage des patriciens, mais comme les flamines, jusqu'à la fin de l'empire romain, doivent être choisis parmi les patriciens, on en a conclu que le mariage par excellence des patriciens était le mariage par confarreatio.

Nous avons écarté une première confusion qui consiste à dire que toutes les cérémonies religieuses dérivaien de la confarreatio. Peut-être pourrait-on écarter une seconde confusion qui consisterait à dire que la confarreatio est le mode général, pratiqué par tous les patriciens. A l'époque gentilice, ce n'est certainement pas le cas, elle n'existe pas encore. Après, il n'y a aucun souvenir qu'à sa création elle ait été imposée à toute la cité. Il n'est pas douteux et d'ailleurs personne ne le met en doute que les patriciens peuvent employer la coemptio et même le mariage sine manu.

X Il y a une preuve décisive, à mon avis, que la confarreatio n'a jamais été le mode général de contracter mariage de tous les patriciens, c'est-à-dire de toute la cité primitive, de toute la communauté, c'est que Jupiter, à qui elle a été consacrée, malgré ses multiples offices, malgré ses trois cents noms n'a jamais été à Rome le dieu du mariage. Il ne me paraît pas douteux qu'il le fût devenu si la confarreatio avait été la forme normale du mariage de la communauté tout entière.

Quelle est donc l'importance dans la cité de ce mariage d'Etat, de ce mariage d'ordre public, qui est proposé et non pas imposé par le droit religieux ? Comme le dit excellentement M. Huvelin, c'est une forme qui s'applique à certaines unions qui mettaient en jeu l'intérêt du culte public.

Dès lors, nos textes nous donnent la solution: c'est le mariage non pas seulement des flamines, mais plus largement des familles sacerdotales, des familles dans lesquelles se recrutaient les prêtres des cultes publics de Rome. C'est ce que nous dit Boëce, ou à peu près exactement : Sed farreatio solis pontificibus conveniebat : La confarreatio convenait aux seuls pontifes. Boëce est un auteur de très basse époque, qui se trompe très souvent mais pour une fois il se peut qu'il ait à peu près raison.

En tout cas, cette spécialisation de la confarreatio est très certainement la physionomie des temps historiques. A ce moment, la confarreatio est cantonnée dans les familles sacerdotales. A l'époque de Tibère, comme nous le dit Tacite, soit que ces familles s'éteignent, soit que, la foi disparaissant, elles ne veulent même plus s'astreindre aux inconvenients résultant pour elles de la confarreatio, on ne trouve plus les trois candidats nécessaires pour élire le flamine de Jupiter. Alors on adoucit la confarreatio, on la cantonne exclusivement dans les sacra et on lui enlève tout effet civil .

Cet évènement s'est passé sous Tibère, ce qui n'empêche pas Gaius, deux siècles après, de dire que la manus s'acquiert par trois modes; usu, farreo, coemptione.

Cet état, qui a été certainement celui de la confarreatio après la réforme de Tibère, pourquoi n'aurait-il pas été l'état depuis le début de la confarreatio ? En somme, cette confarreatio nous apparaît comme une prescription du droit pontifical, destinée à donner aux flamines un caractère plus sacré, plus dévoué aux dieux de la cité, et en cela cette prescription est conforme à tout ce que nous savons du statut juridique des flamines, spécialement du flamine de Jupiter. Par une suite d'innombrables prescriptions, le flamine est séparé du reste des hommes et il est consacré entièrement au dieu, lui, sa femme et ses enfants. Vous pouvez voir énumérées toutes ces prescriptions dans Marquardt, Le culte chez les Romains Tome II, p. 11, au Tome XIII des Antiquités romaines de Mommsen et Marquardt.

Parmi ces prescriptions, beaucoup sont devenues incompréhensibles aux Romains, beaucoup sont ridicules et toutes sont gênantes. La vie du flamine en est rendue exceptionnelle et même insupportable.

Ces prescriptions sont extrêmement précieuses pour connaître les croyances religieuses des Anciens Romains, mais ce serait une erreur de dire que la vie du flamine a conservé les règles de vie qui étaient

celles de tous les anciens Romains. Au contraire, ces règles apparaissent comme des tabous rigoureux, destinés à isoler le flamine et à le rendre un personnage exceptionnel au milieu des autres. De cette façon son prestige est augmenté, son autorité personnelle et celle de son dieu en sont accrues. Ces tabous sont analogues à ceux qui entourent encore actuellement les sorciers des peuplades africaines.

La confarreatio fait partie de ces prescriptions. Elle aussi, elle a pour but d'isoler le flamine en le consacrant avec sa famille au service exclusif du dieu.

§ 2 - La coemptio.

Nous avons essayé de montrer, dans le précédent chapitre que la confarreatio avait été une création de l'Etat, au moment où a été créé et organisé le culte public et qu'elle a joué un rôle restreint dans la cité. Elle est un des éléments destinés à distinguer les prêtres du culte public du reste du peuple. C'est certainement son rôle à l'époque classique, elle sert qu'à cela au moment où les jurisconsultes la définissent comme un des modes d'acquisition de la manus. Nous pensons qu'avec vraisemblance elle a toujours rempli ce rôle restreint, et même qu'elle a été créée dans ce but.

En lui attribuant un rôle restreint, nous éclaircissons le problème de la coemptio, car la coemptio est ainsi libérée de cette union forcée avec la confarreatio. Nous ne sommes plus contraints d'envisager ce problème irritant, parce qu'il est sans solution, et de nous demander pourquoi les Romains connaissaient simultanément des modes divers et concurrents d'acquérir la manus, et en même temps nous ne sommes plus obligés de rechercher les rapports réciproques qui doivent être établis entre ces différents modes. La confarreatio désormais cantonnée dans son rôle restreint, la voie est libre pour examiner la coemptio en elle-même et pour préciser son importance. Mais comme, ce que nous avons appelé l'opinion commune, est encore très répandue et très vivante, il nous faut commencer cette étude par un exposé de cette opinion commune et par sa critique directe.

I^e.- Conception traditionnelle de la coemptio, historique de cette conception.

Nous avons vu que la conception traditionnelle reposait uniquement sur cette idée que la confarreatio était le mode primitif des Romains et qu'elle était le mariage des patriciens, tandis que la coemptio était le mode des plébéiens. Cette idée est née des

Hypothèse de
la coemptio,
mariage des plébéiens.

premières recherches de Niebuhr, "Romische Geschichts", 1^{re} édition, parue en 1811, Rome I, p. 181 et suivantes, p. 380, p. 381. Cette histoire est une grande date dans la science moderne des antiquités romaines. Elle marque le début de cette école historique allemande du XIX^e siècle qui a fondé la gloire et l'influence de la science allemande. Cette histoire quoique dépassée depuis longtemps, n'en reste pas moins un des plus beaux monuments de la science allemande.

Niebuhr a mis en relief la diversité des peuples qui ont coopéré à la fondation de Rome, les Etrusques, les Latins et les Sabins. Il pensait à ce moment que les patriciens étaient des Etrusques, tandis que les plébéiens étaient des Sabins. La littérature juridique utilise ces données, et de là des systèmes souvent soutenus, que la confarreatio est étrusque et patricienne et la coemptio plébéienne et latine. Mais les éléments de cette synthèse étaient par trop incertains. Chacune des formes du mariage fut attribuée, suivant l'humeur des auteurs, successivement à l'une de ces trois races. Ces variations font la preuve de l'inconsistance de ces hypothèses, de leur manque d'appui réel dans les textes. Niebuhr lui-même varia dans son système. Dans la 3^e édition de son histoire, Tome I, p. 317, il abandonne sa première hypothèse et pense, ce qui d'ailleurs paraît plus exact, que les Latins et les Sabins sont les plus anciens habitants des collines de Rome et que l'influence étrusque se fit sentir plus tard.

Rossbach "Romische Ehe", I, p. 185, en 1853 attaqua victorieusement cette première systématisation. Après lui elle a été abandonnée. Elle fut remplacée par une seconde, fondée toujours sur la distinction des patriciens et des plébéiens, mais dans sa phase historique, sans la compliquer désormais de la diversité des races. Cette hypothèse d'ailleurs de la diversité des races tend toujours à réapparaître, mais on ne la rattache plus à la distinction des peuples latins, sabins et étrusques (Voir à ce sujet le livre de Piganiol : les origines de Rome, Paris 1917).

La systématisation nouvelle emprunte le schéma suivant : lorsque les plébéiens furent admis dans la cité, quelle que soit par ailleurs leur origine, ils purent contracter le mariage romain cum manu, ils participèrent au droit civil de la cité. Suivant les uns ils le purent dès Servius Tullius, suivant les autres, c'est seulement depuis la loi Canuleia, en 309 de Rome fondée qu'ils purent se marier dans un mariage cum manu lorsqu'ils furent admis au conubium avec les Romains.

Mais, d'après les auteurs, ils ne purent pas employer la forme religieuse de la confarreatio, car plus particulièrement ils n'avaient pas le droit de prendre les auspices. La confarreatio est une institution du droit religieux de la cité et pendant longtemps les institutions religieuses de la cité leur furent interdites, furent réservées aux seuls patriciens, et en fait même comme nous l'avons vu, la confarreatio leur fut toujours réservée.

On inventa alors pour eux des formes exclusivement civiles du mariage : l'usus et la coemptio. Les systèmes présentent quelques divergences, les uns cherchent à expliquer toutes les formes du mariage. Ils admettent que les plébéiens vivaient auparavant sous le régime matriarcal, ou tout au moins sous le régime du mariage libre, du mariage sine manu. C'est par exemple le système adopté par Marquardt, Vie privée des Romains, I, P. 42, par Binder, Die Plebs, 1909, p. 241 et suivantes, p. 403.

La coutume leur aurait peut-être permis de transformer ce mariage en mariage romain, en acquérant la manus sur la femme, la patria potestas sur les enfants par une usucaption d'un an. L'usus aurait donc été le premier mode pour eux, la coemptio serait venue ensuite pour éviter cette attente.

Dans l'autre système, la coemptio aurait été la première invention. Au lieu d'avoir été l'œuvre insensible de la coutume, le mariage des plébéiens aurait été l'œuvre volontaire des praticiens, probablement des pontifes, au moment où on leur a donné le conubium avec les praticiens, pour fournir un moyen juridique de cette union, on a créé cette utilisation juridique et savante de la mancipiation qu'est la coemptio. La mancipiation c'est le mode d'acquérir la propriété sur les choses, le mode de transfert sur les biens et la coemptio c'est l'utilisation de ce mode par l'acquisition de la femme, ou de la manus sur la femme par le changement de parents. L'usus n'aurait été créé que par la suite, pour confirmer la coemptio ou la confarreatio insuffisante. C'est notamment le système soutenu par Karlova, Formen der "romische Ehe" 1868, p. 43, et Römische Rechtsgeschichte I, p. 121, II, p. 164 et suivantes.

La marque de ce système se trouve dans ce fait qu'on attribue aux deux modes de mariage un caractère nettement secondaire : l'usus et la coemptio ne seraient que l'utilisation savante et artificielle de l'usucaption et de la mancipiation, les modes d'acquisition des biens auraient été détournés de leur but original et utilisés de façon adventice pour être appliqués au mariage et à l'acquisition de la manus.

Réduite à ces données, et avec des variantes qui dépendent de l'humeur de chaque auteur, l'explication patricio-plébéienne a eu un grand succès et une large diffusion. Elle est invoquée dans un grand nombre de manuels généraux et c'est cette explication qui triomphe notamment dans les manuels français : Guq Manuel, 2ème éd. p. 156; Girard, Manuel; 8ème éd. P. 165; Giffard, Précis, 2ème éd. p. 214 et p. 228; c'est même en général cette opinion qui se trouve dans Monier, Manuel, Tome I, p. 337.

Quand le système est ainsi passé de mains en mains qu'il a été accepté et répété par des générations d'auteurs, on perd de vue son caractère de simple hypothèse, il acquiert une autorité par le fait de la répétition et par le nom des auteurs qui l'ont soutenu. Ce système s'enracine profondément dans l'opinion juridique et même faux, lorsqu'il est ainsi consacré, il est extrêmement difficile à déraciner.

Cependant, si nous faisons abstraction de cette autorité de la tradition, on doit reconnaître que cette hypothèse patricio-plébéienne est complètement arbitraire. On ne peut même pas l'envisager comme une hypothèse scientifique, car on ne peut pas même invoquer pour elle l'autorité ou l'erreur d'un historien ancien, comme on peut invoquer pour le système général de la confarreatio l'autorité de Denys d'Halicarnasse, et il n'y a pas un seul texte ancien qui vienne à l'appui de cette conjecture.

Les auteurs qui nous rapportent la lutte des plébéiens pour le conubium, les résistances des patriciens, ne font aucune allusion, même lointaine à des difficultés de cette nature. Tite Live, Livre IV, I, 6, qui est la principale autorité pour cette histoire de conubium et de la loi Canuleia, nous dit simplement que les patriciens prétendaient que les mariages mixtes souilleraient la pureté de leur sang, qu'ils perturberaient les auspices publics et privés et que personne ne pourrait reconnaître ni soi ni les siens, qu'on verrait s'accoupler au hasard comme des bêtes patriciens et plébéiens. Celui qui naîtrait de cette union ne saurait à quel sang il appartientet quels sont ses sacra.

Canuleius répond pour les plébéiens qu'ils sont citoyens et qu'on permet bien le mariage à des étrangers à la cité. Il fait ainsi allusion aux Latins qui ont le conubium.

En somme, les patriciens repoussent les plébéiens parce qu'ils ne sont pas de même race, parce qu'ils n'ont pas de gentes, et qu'ils n'ont pas les mêmes sacra. Mais il ne dit pas que les plébéiens n'ont pas

Absence de
texte à la
base de cet-
te hypothèse.

Inexactitude
du point de dé-
part de cette
hypothèse; ex-

clusion des plébéiens des

de sacra, ils peuvent avoir les leurs mais ce ne sont pas ceux des patriciens.

cérémonies religieuses du mariage dérivant toutes de la confarreatio. Preuves de cérémonies religieuses accompagnant la coemptio.

Ainsi donc nous faisons une première constatation. L'hypothèse patricio-plébéienne ne trouve aucun appui dans les textes. Il n'est pas besoin d'insister longtemps pour montrer maintenant qu'elle part d'une idée fausse. Cette nécessité de remplacer les cérémonies religieuses parce que la confarreatio est inacessible aux plébéiens, cette nécessité de créer un mode civil de contracter mariage, toutes ces idées reposent sur une confusion que nous avons déjà indiquée. Nous avons vu que si la confarreatio est réservée aux seuls patriciens elle n'englobe pas toutes les cérémonies du mariage. Ces cérémonies étaient, nous l'avons établi, des rites privés, dédiés aux dieux agraires, à des dieux étrangers à la cité, qui n'étaient donc, par conséquent pas le monopole des patriciens.

La coemptio, avons-nous fait remarquer, n'est pas un mariage, c'est le mode d'acquérir la manus. Elle est accompagnée, elle aussi, dans l'usage romain, de cérémonies religieuses. Nous avons des indices, peu nombreux, il est vrai, mais suffisants pour que la chose apparaisse comme indubitable à tous les auteurs et elle n'est même pas contestée par ceux qui sont obligés de croire, d'après leur hypothèse, que primitivement la coemptio est un mariage purement civil.

Nous avons d'abord le témoignage de Servius qui pose la règle générale pour tous les mariages, Servius ad Aeneidem, III, 136 nous dit : *Apud veteres neque uxor duci neque ager arari sine sacrificiis peractis poterat* : Chez les Anciens on ne pouvait prendre femme ni cultiver un champ sans accomplir de sacrifices.

Une inscription nous apporte la preuve que la coemptio ne se faisait pas sans que l'on prit les auspices: *Publius Claudius Tulliam virginem volentem auspicato e parentibus coemit* : Publius Claudius a acquis par la coemptio de ses parents la vierge Tullia avec son consentement après avoir pris les auspices.

Cicéron qui d'ailleurs ne nomme que la coemptio et l'usus en même temps que le mariage sine manu, et ne nomme pas la confarreatio pour le mariage de son temps, nous dit, nous l'avons vu que dans tous les mariages il y avait des auspices et qu'il en résultait que le nom était resté quand on avait perdu l'habitude de prendre les auspices. D'où l'usage conservé de parler des auspices du mariage.

Enfin la cérémonie religieuse de l'eau et du feu est employée d'après Servius, ad Aeneidem, IV, 103, lorsqu'on fait la coemptio.

Comme par ailleurs, nous savons que même le mariage sine manu était entouré de cérémonies religieuses,

ces indications nous suffisent pour croire que les mariages qui comportaient une coemptio étaient, eux aussi, célébrés religieusement. Si toutes ces cérémonies dérivaient exclusivement de la confarreatio, on ne comprend pas comment elles auraient pu être employées dans le mariage des plébéiens, puisque justement ils sont exclus de la confarreatio et que, par hypothèse, on dit qu'on a été obligé d'inventer ces modes civils parce qu'ils ne peuvent pas faire la confarreatio.

Argument fondé sur la préten-
due exclusion des plébéiens
des auspices
Distinction des auspices
publics et pri-
vés. Preuve de l'usage des aus-
pices privés chez les plébéiens.

Mais on donne encore un autre argument tiré du droit religieux : les plébéiens, dit-on, ne peuvent pas prendre les auspices. C'est la raison pour laquelle ils ne pouvaient pas participer aux cérémonies religieuses du mariage qui précisément commençaient par les auspices. C'est pourquoi on a dû créer pour eux une forme civile du mariage.

Cela nous entraînerait trop loin de discuter ici la difficile question des auspices chez les plébéiens. Je me contenterai de dire que l'opinion courante repose sur une conjecture de Mommsen, Droit Public, I, p. 101, qui a entraîné les auteurs. Son système est éminemment conjectural et s'appuyer sur lui c'est faire conjecture sur conjecture, et il me semble que le système de Mommsen a amené une confusion.

Il faut, en effet, toujours distinguer les auspices publics des auspices privés.

Les auspices publics sont demandés aux dieux de la cité et spécialement à Jupiter Optimus Maximus. Toutes les fois qu'un magistrat veut faire un acte public en temps de paix ou en temps de guerre les auspices sont pris et il n'est pas douteux que les patriciens veulent s'en réserver le monopole. Et c'est sur les auspices qu'ils s'appuient pour écarter des magistratures les plébéiens. Ils prétendent qu'ils tiennent le droit de prendre les auspices publics de leur race, de leurs gentes, de ce qu'ils sont les descendants des plus anciens citoyens, des seuls citoyens primitifs. C'est à cause de leur race qu'ils ont le droit d'auspices, ils l'ont privatim, en privé, ce sont leurs auspices privés, c'est-à-dire leurs usages de famille qui leur donnent le droit de prendre les auspices publics.

Ainsi ce n'est pas parce qu'ils sont magistrats, mais parce qu'ils sont patriciens qu'ils ont le droit de prendre les auspices publics et c'est pour défendre ce monopole qu'ils ne veulent pas que le conubium soit accordé aux plébéiens.

Tite Live, IV, 6, 2 : à l'intervention du tribun demandant pourquoi ils ne voulaient pas faire les

plébéiens consuls, on répondit : Quod nemo plebeius auspicia haberet : ideoque decemviro conubium diremisse, ne incerta prole auspicia turbarentur, parce qu'aucun plébéien n'avait les auspices, c'est pourquoi les décemvirs avaient refusé le conubium pour que les auspices ne fussent pas troublés par des gens de naissance équivoque.

Dans ce texte, il s'agit des auspices publics. On conçoit que les patriciens aient voulu écarter le plus longtemps possible les plébéiens des auspices publics, parce que de cette façon on les écartait des magistratures et ils disent donc que les auspices publics leur appartiennent parce que primitivement ils sont les seuls citoyens. En disant qu'ils les tiennent de leur race, de leurs auspices privés, ils prétendent les garder.

Mais s'ils ont ce monopole de fait pour les auspices publics de Rome, l'usage général de prendre les auspices n'est pas un usage exclusivement romain. C'est une coutume qui est familière à tous les peuples du Latium et de l'Italie centrale et c'est une coutume plus ancienne que celle des Romains. La tradition exprime ce fait en disant que Rome a été fondée par un roi augure, avec des auspices. Cette compétence particulière pour les auspices, ce caractère d'augure, le roi, c'est-à-dire Romulus, l'avait tiré de l'éducation spéciale qu'il avait été recevoir à Gabies.

C'est donc marquer que si le roi des Romains a une compétence spéciale en matière d'auspices, et par conséquent si les auspices sont une chose importante dans la fondation et dans l'administration de la ville, ce n'est pas une invention strictement romaine, c'est une coutume qui est partagée avec les peuples de même race.

Or les plébéiens, quelle que soit leur origine, n'étaient pas d'une race différente des autres peuples du Latium. Ils ne savaient pas d'autres usages que les usages des peuples italiques, puisque c'était une coutume générale ils devaient, eux aussi, la suivre. Mais ils ne demandaient pas leurs auspices privés à Jupiter, en ce qui concerne leurs noces, ils devaient les demander comme les Romains, aux divinités agraires.

Ces auspices privés ne leur permettaient pas de prendre les auspices publics, mais si on leur refusait c'est pour des motifs politiques, et non pas en invoquant des usages différents. La preuve en est, comme le dit Mommsen lui-même (Droit public des Romains, p. 104) que du moment que l'on admettait les plébéiens aux magistratures et dans la limite où on les admettait, on ne fit pas de distinction entre les auspices

des magistrats appartenant à l'une ou à l'autre de ces classes, et en réalité on n'en a jamais fait.

Mais, même si l'on persistait à considérer comme plus vraisemblable l'exclusion primitive des plébériens des auspices privés, la conjecture qui voit dans la coemptio une forme civile du mariage, inventée pour suppléer à cette impossibilité, n'en resterait pas moins complètement arbitraire, car s'il est un fait certain c'est que, au moins après l'égalisation des conditions, il a été pris des auspices privés dans les maisons des plébériens. L'usage des auspices privés s'est répandu dans les deux classes. Lorsque les auteurs, en particulier Cicéron disent que les Romains ne faisaient rien, ni chez eux ni dans l'Etat sans prendre d'auspices, ils ne distinguent pas entre patriciens et plébériens et nous savons par Caton que dans les maisons plébériennes il était pris des auspices. Caton est plébérien, il nous raconte comment il faisait pour prendre les auspices dans sa maison, Festus, p. 234 : Cato in ea oratione quae scribit de sacrificio commisso : domi cum auspicamus.

Accession des plébériens aux rites religieux du mariage en même temps qu'aux droits publics.

Il est de beaucoup plus vraisemblable qu'il en a été pour le droit privé comme pour le droit public. Du moment qu'on a reconnu aux plébériens l'égalité des droits civils, on n'a pas fait de distinction et il a été de soi qu'ils pouvaient se marier comme les citoyens pleno jure qu'ils étaient devenus. Par conséquent ils ont pu suivre les rites nuptiaux des Romains et en particulier prendre les auspices comme eux, et cela d'autant plus que ces auspices étaient demandés aux dieux agraires et non pas aux dieux de la cité patricienne.

Cette hypothèse est beaucoup plus simple et rend beaucoup mieux compte des faits connus que celle qui suppose arbitrairement que la coemptio a d'abord été un mariage exclusivement civil, puis, à une époque et pour des raisons inconnues est devenue un mariage religieux par emprunt des rites de la confarreatio, et cette hypothèse paraît d'autant plus invraisemblable que l'on admet en même temps que la confarreatio elle-même est restée complètement interdite aux plébériens.

II- Formes de la coemptio.

Après avoir pour ainsi dire libéré la coemptio de l'hypothèque que faisait peser sur elle la confarreatio, nous allons l'étudier en elle-même, essayer de déterminer ses formes.

Ses formes ne nous sont pas connues complètement, les textes qui nous permettent d'en faire l'étude ne sont pas très nombreux et aucun ne nous donne sa physionomie complète. Il ne faut pas oublier qu'à l'épo-

Renseignements incomplets fournis par les textes.

que des jurisconsultes classiques la coemptio est en décadence et presque entièrement hors d'usage. A l'époque de Justinien elle est totalement disparue et si même les jurisconsultes classiques en avaient traité plus largement, Justinien aurait supprimé tous ces textes.

Nous ne citerons pas cependant les textes comme nous l'avons fait pour la confarreatio, car ils sont un peu trop nombreux. Nous nommerons seulement les auteurs qui en ont parlé : Gaius Institutes, I,II3 et suivants. C'est le texte essentiel pour la coemptio. Cicéron, de Oratoribus, I,56,237, pro Murena 12; pro Flacco 34,- Nonius Marcellus XII,50; -Aulu Gelle, I8, 6,9 - Servius , Géorgiques, I,31, Eneide, IV,103, IV,214, VII,424; - Arnobe Adversus gentes, IV,20;- Boece, sur Cicéron, Topiques II, 3,16; - Isidore, Origines 5,24,26; - Priscianus VI,96,p.726;- et une inscription La Laudatio Turiae, Girard, Textes , 5ème éd. p. 818. Quelques-uns de ces textes sont communs avec la confarreatio.

Emploi de la
mancipatio pour
réaliser la
coemptio.

La coemptio se fait au moyen de l'acte per aes et libram. C'est une mancipation, c'est ce que nous apprend Gaius, I,II3 : Coemptione vero in manum convenient per mancipacionem, id est per quamdam imaginariam venditionem; nam adhibitis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit vir mulierem cuius in manum convenit : Les femmes tombent sous la manus par la mancipation, c'est-à-dire par une espèce de vente fictive, car cinq témoins au moins étant présents et de plus le libripens, le mari acquiert celle qui tombe sous sa manus.

Nous avons fait remarquer comment Gaius traite dans son Livre Ier de la mancipation en général, bien que dans ce Livre Ier il étudie le droit des personnes, il introduit l'étude de la mancipation, par la mancipation des personnes libres, d'abord celles qui tombent sous la manus, c'est-à-dire la coemptio, puis la mancipation des liberae personae qui tombent dans le mancipium, c'est-à-dire les fils de famille vendus puis la mancipation des esclaves , et enfin, en troisième lieu, seulement, la mancipation des objets de propriété, la mancipation des res mancipia.

Dans tous ces cas, c'est le même acte qui est employé. La différence se manifestera dans les paroles qui ne sont pas les mêmes dans les autres mancipation et dans la coemptio. Ce sont ces paroles qui montreront qu'il ne s'agit pas d'acquérir un objet de propriété, une res, qu'il ne s'agit pas non plus de mettre un homme loco servi, comme dans la mancipation du fils de famille, qu'il s'agit de faire une

Réalisation de cette mancipatio entre le mari et la femme.

mancipation matrimonii causa, par laquelle la femme sera placée loco filiae dans la famille de son mari.

I^e - Rôle des époux dans la coemptio.

Quelles sont les personnes qui font la mancipation ? C'est la première question qui doit être posée : entre quelles personnes l'acte juridique est-il conclu ? Nos textes sont clairs et formels à ce sujet : la coemptio est faite par le mari et par la femme ; ce sont eux qui sont les parties à l'acte.

Par conséquent la mancipation n'est pas faite, comme on pourrait s'y attendre, par les parents, ce n'est pas le père de la fiancée qui donne sa fille au mari, ou au père du mari, c'est la femme elle-même qui se donne au mari dans la coemptio. Il y a de nombreux auteurs qui, après avoir examiné ces textes, les rejettent et reviennent à cette idée obstinément fixée que c'est le père qui fait la mancipation. Il y en a d'autres, plus nombreux et en réalité ce sont tous ceux qui ne suivent pas la première méthode qui, après avoir matériellement reconnu le fait, ne l'utilisent pas, et ne savent pas en reconnaître l'importance.

On peut vraiment dire que chez tous ces auteurs, l'esprit de système étouffe l'esprit scientifique et que, pour des constructions et des hypothèses peu sûres, ils négligent des textes certains.

Pour le mari, Gaius, dans un texte fondamental de ses Institutes, I.II3, dit : Emit vir mulierem cuius in manum convenit : le mari a acquis par la coemptio la femme qui tombe sous sa manus.

Dans la Laudatio Turiae qui est un panégyrique de sa femme fait par un mari après la mort de celle-ci, il est dit à propos de leur mariage : Coemptione facta cum uxore : la coemptio ayant été faite avec l'épouse.

En ce qui concerne la femme, nous trouvons des expressions analogues. Cicéron en donne deux témoignages, qui viennent corroborer le langage constant de Gaius quand il parle de la femme. Cicéron Pro Murena, I2 : Omnes mulieres quae coemptionem facerent : Toutes les femmes qui ont fait la coemptio. - De Oratore, I, 56 : Ejus mulieris quae coemptionem faceret : De cette femme qui a fait la coemptio. Gaius I,II4, fournit un témoignage très net : Il dit dans ce texte : Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito.. La femme peut en effet faire la coemptio non seulement avec son mari... Il répète jusqu'à neuf fois la même formule dans la série de ses paragraphes : II4 à II5 et I23. - Enfin Servius, sur l'Eneide : 4;I03 : Coemptio enim est ubi libra atque aes adhibetur et mulier atque vir inter se quasi emptionem faciunt : La coem-.

tio existe là où la balance et l'æs sont employés et le mari et la femme font entre eux une espèce d'achat.

Tous ces textes nous disent donc, de la façon la plus sûre que la coemptio est faite par le mari et par la femme. A ces témoignages positifs vient s'ajouter, si l'on peut dire, un témoignage négatif, qui dans notre cas n'est pas moins probant : il n'y a pas un seul texte, où il est dit que c'est le père qui fait la coemptio. Nous n'avons donc pas un seul exemple, pour toute la littérature juridique, d'une coemptio faite par le père de famille.

Ces témoignages viennent rejoindre de façon parfaite le témoignage que nous avons tiré des auspices et des sacrifices. Nous avons vu que les auspices sont pris par la nova nupta et le novus maritus, que les sacrifices nuptiaux sont offerts par le novus maritus et la nova nupta et ici encore, à ces témoignages positifs s'oppose le silence des textes : nous n'en avons aucun qui parle d'un sacrifice fait par le père de famille.

C'est pourtant ce sacrifice que l'on attendrait, car le mariage fait partie des cultes de la famille, des *sacra familiae* et, en principe, dans ces *sacra familiae* c'est le père qui est le prêtre du culte.

C'est donc du droit religieux le plus ancien que vient cette règle qui fait dépendre le mariage, en premier lieu, de la volonté des époux et cette règle le droit civil le plus ancien la recueille, puisque nous voyons qu'elle est passée dans la coemptio.

Nous allons maintenant montrer combien cette notion fondamentale concorde de façon absolue avec tout ce que nous pouvons savoir des cérémonies de la coemptio.

2°- Le témoignage de Boëce sur l'interrogation réciproque des futurs de se prendre comme mater et paterfamilias. Différence avec la mancipatio.

2°- Interrogations réciproques des époux. Si nous en croyons Boëce, sur Cicéron, Topiques, 2,3,16, la coemptio comportait une double interrogation. Cette interrogation est une formalité spéciale à la coemptio. C'est une de ces diversités de paroles qui différencient la coemptio d'une mancipiation ordinaire. La coemptio ordinaire ne comporte normalement que la déclaration de l'acquéreur affirmant son droit. Au contraire, ici, la coemptio comporte en outre une interrogation : *Coemptio vero certis solemnitatibus peragebatur et sese in coemendo invicem interrogabant vir ita : an sibi mulier materfamilias esse vellet?* Illa respondebat velle. Item mulier interrogabat an vir sibi paterfamilias esse vellet. Ille respondebat velle. Itaque mulier viri conveniebat in manum et vocabantur haec nuptiae per coemptionem et erat mulier materfamilias viro, loco filiae. *Quam solemnitatem insit institutis, Ulpianus exponit : La coemptio était*

accomplie à l'aide de solennités déterminées et en s'achetant l'un l'autre, les époux s'interrogeaient mutuellement. Le mari demandait à la femme si elle voulait être sa *materfamilias*, celle-ci répondait qu'elle le voulait. De même la femme demandait au mari s'il voulait être son *paterfamilias*, celui-ci répondait qu'il le voulait. Et ainsi la femme tombait sous la puissance maritale et ces noces étaient dites faites par *coemptio* et la femme était la *materfamilias* de son mari et tenait la place d'une fille. Ulprien nous expose cette solennité dans ses Institutes.

Le témoignage de Boëce est d'assez basse époque. Il est bien entendu qu'il a fait une erreur, que nous corrigerons, en disant que les époux s'achètent l'un l'autre. Néanmoins, malgré cette erreur il mérite créance lorsqu'il rapporte le fait positif de la double interrogation, et il mérite créance lorsqu'il donne le sens général de cette interrogation, car s'il n'est pas lui-même une autorité suffisante, il le devient ici, parce qu'il cite sa source. Cette solennité qu'il décrit, il l'a trouvée dans les Institutes d'Ulprien et si ce n'est pas lui, c'est certainement Ulprien qui mérite créance.

Boëce nous rapporte le fait de la double interrogation et son sens général, mais il ne nous donne pas la formule. On peut conjecturer avec vraisemblance qu'à cette partie de la *coemptio* se rattache la fameuse formule qui nous est donnée par Plutarque (en grec seulement) dans les Questions romaines, 3, :*Ubi (ou quando) tu Gaius ego Gaia: Là où tu seras Gaius, moi je serai Gaia.*

Plutarque donne plusieurs explications de cette formule. En laissant de côté les explications légendaires, nous trouvons celle-ci : la formule veut dire, d'après Plutarque : *Là où tu seras le seigneur et le maître de la maison, je serai la dame et la maîtresse de maison.*

Cette formule, nous le savons par un autre témoignage, était prononcée par la femme dans la *coemptio*. Cicéron, Pro Murens 12,27 : *Omnes mulieres quae coemptionem facerent Gaias vocari* : Toutes les femmes qui ont fait la *coemptio* étaient appelées Gaia.

Si nous en croyons une autre source, on lui donnait encore ce nom une fois de plus, quand elle arrivait à la porte de la maison conjugale, dans la *deductio uxoris*. C'est ce que nous rapporte un anonyme, que l'on appelle Auctor de *praenominibus*, 7 : *Ideo institutum ut novae nuptiae, ante januam mariti interrogatae quaenam vocarentur, Gaias esse dicerunt*: C'est pourquoi il a été admis que les nouvelles épouses, in-

formule ubi
Gaius ego
ia,

terrogées devant la porte du mari sur la façon dont on les appelait, disaient qu'elles étaient Gaia. Cette énonciation montre, en tout cas, qu'il y a une étroite liaison entre toutes les cérémonies nuptiales et la coemptio.

Mommsen, Romische Forschungen, Tome I, page II, a obscurci pour longtemps la signification de cette formule par la conjecture qu'il a lancée, d'après laquelle ce nom symboliserait la déclaration par laquelle la femme prenait le nom gentilice de son mari. C'est une conjecture qui est basée sur cette autre conjecture que Gaius n'était pas, comme il l'est devenu par la suite, un prénom, mais un vieux nom gentilice qui serait tombé hors d'usage.

L'inconvénient de cette conjecture, est que, précisément, la femme mariée par la coemptio ne prend pas le nom gentilice de son mari. C'est pourquoi Mommsen considère, malgré Cicéron, que ce nom ne s'appliquait pas à la coemptio mais à la confarreatio et cette erreur est basée sur la méconnaissance du rôle de la confarreatio et de la coemptio.

Le titre de materfamilias réservé à la femme mariée par coemptio.

Nous voyons aussi que c'est très probablement cette interrogation et ce terme qui expliquent et qui justifient l'opinion de certains auteurs sur la distinction que l'on faisait autrefois entre la materfamilias et l'uxor. Pour les auteurs, l'uxor c'est la femme mariée en général, et dans tous les mariages. La materfamilias, d'après certains d'entre eux, c'est seulement celle qui est mariée par la coemptio, c'est la femme qui, d'après une formule, qui nous le verrons paraît également provenir du formulaire de la coemptio, était in manu mancipioque mariti : qui était sous la manus et sous le mancipium du mari.

Cette signification du mot de materfamilias est très probablement l'avis de Cicéron, Topiques, 2,3, 16. En tout cas, ce sens est confirmé par le commentateur de Boece : Quae autem in manum per coemptionem covenerant, haec autem matres familias vocabantur; quae usu vel farreations minime : Les femmes qui tombaient sous la manus par la coemptio, c'étaient celles-là qui étaient appelées mères de famille, au contraire, celles qui l'étaient par l'usus ou par la confarreatio n'étaient pas du tout appelées ainsi.

C'est aussi l'avis de Nonius Marcellus, 12,50; d'Aulu Gelle 18,1,9 de Servius sur l'Eneide II,476, qui disent : Matrem familias vero esse eam quae in manu mancipioque mariti esset : La mère de famille c'est celle qui était sous la manus et le mancipium du mari. Servius ajoute : Alii matronas virgines nobiles dicunt, matres familias illas quae in matrimonium

per coemptionem convenerant : D'autres disent que les matrones ce sont les vierges nobles, et les mères de famille ce sont celles qui sont placées dans le mariage par la coemptio.

Les auteurs modernes tiennent pour évident, sans plus ample informé, que tous ces auteurs font une confusion et que c'est par erreur qu'ils restreignent ce nom de *materfamilias* à la femme mariée par la coemptio, car il leur est impossible d'admettre un instant que l'on puisse omettre celle qui, pour eux, est la *materfamilias* par excellence, la femme mariée par confarreatio.

Nous trouvons une difficulté de même sorte dans un texte de Cicéron, qui est bien souvent cité en notre matière, et que nous retrouverons encore à deux reprises au moins : Cicéron, Pro Flaceo 34. Dans ce discours en faveur de Flaccus, Cicéron défend Flaccus, qui était tuteur légitime d'une femme nommée Valeria, contre l'accusation d'avoir frauduleusement enlevé la fortune de la femme au mari de celle-ci, Sextilius. Pour le défendre il nous dit : On objecte que Flaccus n'avait pas droit à la fortune. Et quelle preuve peut-on en donner ? Vous dites que la femme était tombée sous la manus de son mari. Mais de quelle façon ? Par l'usus ? Elle ne l'a pas pu, car ce n'est pas possible contre la tutelle légitime. Par la coemptio ? Il lui fallait alors l'auctoritas de tous les tuteurs, or elle n'a certainement pas eu l'auctoritas de Flaccus.

Il semble donc que Sextilius prétendait avoir droit à toute la fortune de la femme parce qu'il était marié avec elle dans un mariage cum manu. Ce mariage a pour effet, de faire passer tous les biens de la femme dans le patrimoine du mari, à titre de dot, par suite de la manus.

Cicéron recherche les hypothèses d'après lesquelles la femme aurait pu tomber sous la manus de son mari et il montre comment aucune hypothèse de manus n'est possible, ni l'usus, ni la coemptio. Mais alors il semble faire un oubli singulier, car il oublie le troisième mode par lequel la manus aurait pu être acquise : la confarreatio qui, pour les auteurs, est le mode par excellence de la manus.

Ici, pas plus qu'ailleurs, Cicéron ne nomme la confarreatio à côté de l'usus et de la coemptio. C'est donc, et ici encore les auteurs n'hésitent pas à le dire, une erreur, un oubli de Cicéron.

Ces difficultés s'évanouissent et les auteurs peuvent être justifiés du reproche d'oubli ou d'erreur qui est toujours délicat à faire à un auteur ancien, dans le système que nous admettons. Nous avons vu que

la conferratio est un mode trop particulier pour entrer en ligne de compte, parce qu'il est réservé à un très petit nombre de familles sacerdotales. Il reste donc pour l'ensemble des citoyens deux modes généraux : l'usus et la coemptio.

3^e - Elément commun à la mancipatio et à la coemptio. Déclaration du mari plaçant la femme in manu mancipioque.

3^e - Déclaration du mari. La double interrogatoire que nous venons d'étudier est une particularité qui est spéciale à la coemptio. Elle la distingue de la mancipiation ordinaire, qui, normalement, ne comporte pas cette formalité. Au contraire, ce qui est commun à toutes les formes de la mancipiation, c'est la déclaration du mancipio accipiens, par laquelle il crée son droit. Ici c'est la déclaration du mari.

Cette déclaration, les termes ne nous en ont pas été conservés, car Gaius donne la formule de la mancipiation pour la mancipiation du fils de famille pour la mancipiation de l'esclave, et non pas la forme de la coemptio. Vous vous rappelez cette formule : Gaius, I, II 9 : *Hunc ego hominem ex jure quiritium esse aio; isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra: Moi j'affirme que cet homme est mien d'après le droit des Quirites et qu'il a été acheté par moi par cet airain et par cette balance de cuivre.*

Quelle était donc la différence qui, d'après Gaius, produisait l'effet différent de la coemptio ? D'après ces paroles, la femme était mancipiée matrimonii causa, elle tombait sous la manus du mari. Si nous ne connaissons plus directement ces paroles, néanmoins nous avons quelques raisons de penser que la désignation technique de l'effet de la coemptio était que la femme se trouve désormais in manu mancipioque mariti, sous la manus et sous le mancipium du mari.

Nous retrouverons à plusieurs reprises cette expression dans les auteurs. Nous la trouvons deux fois dans Aulu Gelle, d'abord 4,3, où Aulu Gelle nous dit : On appelle *pellax* et l'on regarde comme infame la personne qui vit en concubinat avec un homme sous la manus et le mancipium de qui se trouve une autre femme pour cause de mariage : *Cum eo in cuius manu mancipioque alia matrimonii causa foret.*

Aulu Gelle, 18,6,9. : *Matrem autem familias appellatam esse eam solam quae in mariti manu mancipioque.*

Servius 11,476 répète exactement ce que dit Aulus Gelle et a dû user de la même source. De même Nonius Marcellus, page 422, dont le texte est assez gâté, mais qui répète la même information.

Il y a donc là une formule qui paraît technique et la forme complète de la puissance du mari sur

la femme qui lui a été donnée par la coemptio paraît avoir été désignée techniquelement et très exactement à l'aide de ce doublet manus mancipiumque.

On peut donc supposer que ce terme technique provient de la déclaration du mari dans la mancipation, car dans cette déclaration il a dû dire quel était le droit que la coemptio créait et c'était donc une formule de ce genre qui était prononcée par lui: *J'affirme que cette femme, ou cette materfamilias, est dans ma manus et dans mon mancipium: Hanc ego matrem familias in manu mancipioque mihi esse aio: J'affirme, moi, que cette mère de famille est sous ma manus et mon mancipium.*

Après l'interrogation où la femme avait affirmé qu'elle voulait être la materfamilias de son mari, une déclaration de ce genre faite par le mari n'aurait rien que de naturel et semble s'imposer avec une certaine nécessité.

Erreur des auteurs de basse époque sur le sens du mot coemptio et comment ils en sont arrivés à dire que le mari et la femme s'achètent réciproquement.

La formule de la coemptio a subi une modification pour exprimer le droit qui est né, analogue à celle que les paroles de la mancipation subissent dans la mancipatio familias du testament per aes et libram: *Familiam pecuniamque mandatela tua custodela mea esse aio.* A cette première déclaration, le mari ajoutait: *eaque mihi empta esto hoc aere aeneaque libra: et celle-ci a été acquise par moi par cet agravain et par cette balance.* C'est la formule ordinaire qui termine toutes les mancipations.

C'est cette fin de la déclaration qui explique le langage de Gaius: *Vir emit mulierem*, ce qui veut dire purement et simplement que le mari a fait la coemptio avec sa femme, qu'il acquiert la femme par la coemptio et qu'il n'est pas nécessaire de voir ici le sens technique d'acheter dans une vente.

Des auteurs assez nombreux, mais de basse époque, pensent pouvoir dire que, dans la coemptio, les époux s'achetaient réciproquement l'un l'autre. C'est ce que nous dit Isidore de Séville, Origines, p. 524, et Servius sur les Georgiques, l, 31; *Maritus et uxor invicem se coemebant: le mari et la femme s'achetaient réciproquement l'un l'autre.*

C'est aussi la confusion que nous avons relevée dans Boëce lorsqu'il dit que le mari et la femme: *sese in coemendo invicem interrogabant: le mari et la femme en s'achetant eux-mêmes s'interrogeaient mutuellement.*

C'est sûrement une confusion d'interprétation, qui ne peut être faite que par des auteurs non juridi-

ques. Aucun jurisconsulte n'a pensé, et encore moins dit, que la femme achetait son mari. Mais on voit facilement la marche qu'a suivie l'erreur et la façon dont les auteurs littéraires ont été amenés à cette confusion. Nous savons, d'une part, que les jurisconsultes se plaisent à dire que la mancipation est une *imaginaria venditio*, une vente imaginaire et il est une expression qu'un bon jurisconsulte a pu employer très exactement: *vir et uxor inter se coemptionem faciunt*: Le mari et la femme font entre eux la coemption. De cette expression exacte peut se produire un glissement vers une erreur facile et l'exemple intermédiaire de cette déviation nous est donné par *Servius*, 4.103 dans le texte que j'ai déjà cité, où il dit: *Coemptio est ubi libra atque est adhibetur et mulier atque vir inter se quasi emptionem faciunt*: La coemption est faite là où sont employés la balance et l'airain et la femme et le mari font entre eux comme une espèce d'achat.

On voit très bien que, pour définir la coemption, l'auteur ne peut pas répéter le mot lui-même, il dira donc là encore avec une certaine exactitude: Ils font entre eux, comme un achat. Si vous supprimez le quasi et si vous remplacez le substantif par le verbe vous avez l'erreur facile qui est commise par d'autres auteurs: *sese coemunt*: ils s'achètent l'un l'autre.

L'explication de ce mot de coemption est toujours obscure. Pourquoi a-t-il servi à désigner la mancipation en cas de mariage ? C'est ce que nous ne pouvons guère savoir. Sans vouloir trancher la difficulté définitivement, nous pouvons cependant trouver dans Gaius un éclaircissement précieux. Le mot de coemption est employé sûrement à cause des dernières paroles de la déclaration du mari: *eaque empta esto, etc, etc, ...*

Je crois, en outre, que le mot coemption veut spécialement désigner ce fait que l'emptio est accomplie *inter se*, entre le mari et la femme.

Par ce redoublement, on veut désigner cet acte, malgré tout un peu anormal, en tout cas frappant, dans lequel la femme fait elle-même la coemption dont elle est l'objet. Cette idée permet d'éclaircir les passages qui restent obscurs, où Gaius parle après la coemption faite *matrimonii causa*, de la mancipatio fiduciaire.

Gaius, I, 114 et suivants, pose d'abord le principe que la femme peut faire la coemption non seulement avec son mari, mais encore *fiduciae causa* avec un tiers, que l'on appelle le *coemptionator*. La mancipation faite *fiduciae causa*, c'est l'emploi de la

La mancipatio
faite par la
femme fidu-
ciae causa
avec un

tiers. Son double but. Sa désignation par le terme coemptio comme pour la mancipatio avec le mari.

mancipation de la femme avec un pacte adjoint de fiducie pour obtenir un certain résultat.

La femme fait ainsi cette mancipation fiduciaire, nous dit Gaius, pour changer de tuteur, pour pouvoir faire un testament; c'est évidemment la femme sui juris et qui a un patrimoine qui peut employer cet expédient pour la gestion et pour la disposition de ses biens. Elle se mancipe elle-même, coemptionem facit, avec l'autorisation de son tuteur.

Par cette mancipation, elle sort de sa famille primitive, par conséquent, elle sortira aussi de la tutelle de ses tuteurs légitimes, elle tombe dans le mancipium de son acquéreur, mais elle a eu soin de faire avec lui un pacte de fiducie, par lequel il lui a promis de la libérer immédiatement. Il la libère de son mancipium et elle est alors vis-à-vis de lui qui l'a émancipée, dans une situation analogue à la situation d'une affranchie. De cette façon, elle a perdu ses tuteurs légitimes, parce qu'elle n'est plus dans leur famille, et elle prendra alors un autre tuteur. C'est un procédé qui a été utilisé pour changer les tuteurs.

On a considéré aussi que cette transformation de sa condition de famille lui donnait le droit de faire son testament. En principe, nous le savons, une femme, dans une famille, n'a pas le droit de faire un testament. Faire un testament, c'est accomplir un acte de puissance et seuls peuvent faire ces actes de puissance, dans les familles, ceux qui l'ont, c'est-à-dire le paterfamilias. La femme, n'ayant pas de puissance, est, au contraire, toujours soumise à une puissance familiale, que ce soit la potestas, que ce soit la manus, que ce soit la tutelle. C'est parce qu'elle est soumise à cette puissance familiale qu'elle ne peut pas faire de testament.

On a considéré, dans le droit classique, que le fait de l'affranchir de ces puissances familiales lui donnait le droit de faire un testament. C'est que, en somme, une fois affranchie, elle est la première de sa famille et elle n'a pas au-dessus d'elle une puissance strictement familiale, quoiqu'elle ait un patron.

Voilà donc les deux buts de ces mancipations fiduciaires et Gaius nous explique que la mancipation faite par la femme avec le mari, comme la mancipation faite par la femme avec un tiers fiduciaire, que l'on appelle le coemptionator, ces deux mancipations s'appellent toutes les deux coemptio.

La coemptio normale faite avec le mari matronii causa, met la femme loco filiae, à la place d'une fille. Faite avec un tiers fiduciaire, elle est

placée par la coemptio, loco servi. Dans ce dernier cas, bien entendu, ce n'est qu'une situation temporaire, puisque le pacte de fiducie, d'affranchissement doit être réalisé par le coemptionator.

Coemptio fiduciae causa
faite avec son mari par une jeune mariée sine manu.

Mais Gaius ajoute que la femme peut faire avec son mari une coemptio fiduciae causa. C'est le cas d'une femme qui est mariée sine manu et qui, pour obtenir les deux résultats recherchés, veut faire une coemptio fiduciaire. Elle peut faire cette coemptio fiduciaire avec le mari. Mais alors, dit Gaius, quoique cette coemptio ne soit pas faite matrimonii causa, puisqu'elle est déjà mariée, elle la place quand même loco filiae de son mari et non pas loco servi. Temporairement elle est placée sous la manus du mari, puisque c'est avec lui qu'elle a fait la coemptio.

Nature de la coemptio fiduciaire.

De ces explications, on peut tirer assez clairement plusieurs conséquences. La première est que la coemptio fiduciaire n'est pas un simulacre de mariage avec un tiers complice qui joue le rôle fictif du mari, c'est une mancipiation pure et simple d'une personne libre, faite par la personne elle-même, par la femme, car, comme nous l'avons vu, elle est placée loco servi, dans la situation d'un esclave comme le fils de famille lui-même qui est donné en mancipium.

Acquisition de la manus par la coemptio faite avec son mari par une femme.

Nous voyons ensuite que la coemptio fiduciaire faite avec le mari, même lorsqu'elle n'a pas été accomplie matrimonii causa, puisque le mariage existe déjà, a pour conséquence l'acquisition de la manus et non pas seulement du mancipium. Elle est bien, pour une période temporaire, in manu mancipioque du mari.

On voit là très clairement, semble-t-il, que la coemptio n'est pas une utilisation exceptionnelle de la mancipiation, n'est pas une forme anormale: c'est la mancipiation elle-même.

On voit aussi, de façon typique, la distinction qui est faite par les Romains entre la conclusion du mariage proprement dit et l'acquisition de la manus. Ces deux actes sont distincts. Le mariage peut avoir lieu d'abord et la coemptio se produisant ensuite servira à acquérir la manus et non pas à conclure le mariage.

D'où vient alors que cette mancipiation peut s'appeler coemptio, qu'elle soit faite avec le mari ou avec un tiers, avec un coemptionator? L'explication la plus simple, à mon avis, est que l'on veut exprimer par ce nom que c'est la femme elle-même qui fait la mancipatio avec le mancipio accipiens. Cela revient à dire: inter se quasi emptionem faciunt. Faite par le père de la femme avec le mancipio accipiens, ce serait une mancipiation et non pas une coemptio.

Distinction entre l'acquisition de la manus et la conclusion du mariage.

Explication du terme coemptio pour désigner la mancipatio.

Telles sont les conclusions que nous pouvons tirer des explications de Gaius, conclusions qui viennent renforcer, s'il était nécessaire, les autres indications données par les textes, qui concordent toutes à montrer que la coemptio, de par son caractère même est un acte conclu par les époux et non pas par le père de famille.

4°) Rôle du père de famille dans la coemptio.

Nous venons de déterminer le rôle des époux dans la coemptio: ce sont eux qui font l'acte, ce sont eux qui jouent le rôle principal; les époux s'interrogent et le mari fait la déclaration qu'il accomplit la coemptio. Le nom même de l'acte indique que cette activité des époux est l'essentiel et que la coemptio est faite "inter se".

Mais il est évident que si les époux sont sous la puissance des parents, les parents doivent intervenir dans l'acte. Sans cette intervention, la coemptio serait impossible. A vrai dire, les textes indiquent, aussi clairement que pour les enfants, le rôle des parents. Le père de famille, ou plutôt les pères de famille donnant leur auctoritas. C'est grâce à cette auctoritas que la coemptio est possible.

Cette auctoritas du père, deux textes l'affirment, de façon incidente il est vrai, mais ils représentent l'opinion de Paul et de Papinien. Nous les trouvons à la Collatio legum Mosaïcarum et Romanarum, que l'on peut lire, dans les textes de Girard, 8ème éd. p. 574 et suivantes: Collatio legum, 4,2,3: Paulus libro singulari de adulteris: Secundo vero capite permittit patri, si in filia sua, quam in potestate habet, aut in ea, quae eo auctore, cum in potestate est, viro in manum convenerit, adulterum domi suae generive sui deprehenderit, isve in eam rem socerum adhibuerit, ut is pater eum adulterum sine fraude occidat, ita ut filiam in continent occidat: Dans le second chapitre, la loi Julia permet au père, s'il surprend dans sa maison, ou dans la maison de son gendre, la fille qu'il a sous sa puissance en adultère, ou celle qui est tombée sous la manus du mari avec son auctoritas lorsqu'il l'avait sous sa puissance, et s'il associe son gendre à cet acte (la loi Julia permet) que le père tue, sans être dans son tort, le complice de l'adultère et aussi qu'il tue sur le champ sa fille.

Nous savons que la loi Julia enlève, d'une façon générale, au mari et au père de la femme adultère le droit de la tuer. Ce droit il l'avait jusqu'alors. Mais dans certains cas, la loi continue à leur laisser ce droit. Voici un cas. Ce qui nous intéresse ici, c'est la phrase qui nous dit que la conventio

Nécessité de
l'auctoritas
du paterfami-
lias pour la
coemptio (ar-
gument tiré
de la répres-
sion de l'a-
dultère par la
loi Julia).

in manum ou la coemptio est faite, le père étant auctore eo auctore.

Nous trouvons la même énonciation dans Papinien et pour une situation voisine. La loi Julia "de adulteriis" d'Auguste a créé une action publique pour poursuivre la femme adultère devant les tribunaux civils pour crime d'adultère. Cette action publique est accordée d'abord au mari et au père. Ils ont le droit exclusif de l'intenter pendant les 60 jours qui suivent la répudiation, mais s'ils ne le font pas, après ces 60 jours, comme nous sommes en face d'une action publique, le droit d'intenter l'action est accordé à tout citoyen.

Lorsqu'il exerce cette action pendant les 60 jours, le père l'exerce en vertu de son droit de père, jure patris, et si elle est exercée par le mari, celui-ci l'exerce en vertu de son droit de mari, jure mariti: Collatio, 4,7,1: Papinianus libro singulari de adulteris: Quaerebatur, an pater emancipatam filiam jure patris accusare possit. Respondi: occidendi quidem facultatem lex tribuit eam filiam, quam habet in potestate aut quae eo auctore in manum convenit, sed accusare jure patris ne quidem emancipatam filiam pater prohibetur: Papinien au livre unique sur l'adultère: On se demandait si le père peut intenter l'accusation au nom de son droit de père contre la fille qui venait d'être émancipée. J'ai répondu qu'à la vérité la loi a attribué au père le droit de tuer sa fille qu'il a sous sa puissance ou qui tombe sous la manus du mari par l'auctoritas du père, mais que d'ailleurs il n'a pas été défendu au père d'intenter l'accusation contre sa fille émancipée, en vertu de son droit de père.

Vous voyez quel est le raisonnement: après avoir aboli le droit de tuer, la loi l'a conservé dans certains cas au père sur la fille qu'il a sous sa puissance, c'est-à-dire celle qui est mariée sine manu et sur la fille qui est tombée sous la manus du mari avec l'auctoritas du père, c'est-à-dire celle qui est mariée cum manu. Mais la loi n'a pas formellement élevé au père le droit d'intenter l'action contre la fille émancipée. Donc, conclusion du jurisconsulte: il l'a toujours.

J'ajouterais que d'ailleurs, l'ayant émancipée, il a toujours sur elle un droit de puissance, le droit de patronat.

Ce qui nous intéresse ici, c'est que la convention in manum est faite eo auctore, le père ayant donné son auctoritas. Ainsi nous voyons que la coemptio par laquelle la femme tombe sous la manus du mari est accomplie par les époux eux-mêmes, comme nous l'avons

Les applica-
tions de
l'auctoritas
en matière
de coemptio
(auctoritas
du père, du
tuteur, du
patron).

dit, avec l'auctoritas du père.

C'est au moyen de cette auctoritas que le père rend valable la coemptio accomplie par les époux. Qu'est-ce que cette auctoritas ? Comment produit-elle son effet ? La question est fort grave et mérite d'être étudiée. Pour le moment, contentons-nous de poser le fait. Le mode d'agir du père, dans la coemptio, c'est de donner son auctoritas. C'est la même façon d'agir qui est celle du tuteur lorsqu'une femme sui juris veut contracter un mariage cum manu et veut, par conséquent, faire la conventio in manum. On sait que les femmes sont en tutelle perpétuelle. Une femme qui a perdu son père et qui devient sui juris a un patrimoine, mais toute sa vie elle est en tutelle, alors même qu'elle est devenue majeure. La tutelle est une puissance familiale, plus faible, mais de même nature que la puissance paternelle: Digeste, 26.1.1.: Tutela est (ut Servius definit) vis ac potestas in capite libero..... Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent: La tutelle, comme la définit Servius, c'est le droit et la puissance qui portent sur un homme libre.... Les tuteurs donc sont ceux qui ont cette force et cette puissance.

Pour se marier cum manu, la femme sui juris a besoin de l'auctoritas de son tuteur, de l'auctoritas de ses tuteurs. Cicéron, pro Flacco, 34: In manum, inquit, convenerat ? nunc audio. Sed quaero, usu, an coemptione ? Usu non potuit. Nihil enim potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui. Coemptione ? omnibus ergo auctoribus. In quibus certe Flaccum fuisse non dices. On dit qu'elle était tombée sous la manus de son mari? J'entends bien. Mais je demande: est-ce par l'usus ou par la coemptio ? Elle n'a pas pu le faire par l'usus, la tutelle légitime ne peut être diminuée en rien sans l'auctoritas de tous les tuteurs. Par la coemptio il fallait donc que tous les tuteurs soient auctores. Parmi eux certainement vous ne direz pas qu'il y a eu Flaccus.

Nous retrouverons encore une fois ce texte en parlant de l'usus, il énonce une règle singulière, dont on n'a pas tiré tout le parti qu'elle comporte, à savoir que même dans le mariage par usus, il faut l'auctoritas des tuteurs. Mais ici nous ne constatons que la forme prise par le consentement: le tuteur donne son auctoritas à la coemptio faite par la femme.

Nous trouvons enfin une troisième application de cette auctoritas dans la coemptio: c'est l'auctoritas du patron, pour le mariage de ses affranchis. Le patron qui a affranchi son esclave conserve avec l'affranchi un lien de droit; il a sur l'esclave devenu libre une puissance domestique de même nature que

la patria potestas, plus affaiblie sans doute, plus affaiblie même que la tutelle, mais de même nature. Le caractère de puissance du droit de patronat a été mis en relief dans une excellente thèse soutenue à Paris par Jacques Lambert, en 1934, intitulée: *Les opere liberti*.

Le droit de patronat donnait, tout au moins au début du droit romain, au patron, un pouvoir général de donner des ordres, de commander à l'affranchi. La femme affranchie n'a pas le droit de contracter mariage cum manu sans avoir le consentement de son patron et ce consentement, prenait la forme de l'auctoritas, nous dit le début d'un texte de Gaius, 1,195: *Item si a masculo manumissa fuerit et auctore eo coemptionem fecerit: De même, si elle a été affranchie par un homme et avec son auctoritas, elle fait la coemptio.*

L'auctoritas
du paterfami-
lias et autres
ascendants in-
termédiaires du
mari à la co-
emptio.

Dans les textes que nous venons de citer, il s'agit exclusivement du père de la fiancée et non pas du père du mari. Mais ce n'est qu'un hasard de la transmission. Il nous paraît en réalité certain que pour le père du mari lui-même, le consentement qu'il doit donner au mariage prend aussi la forme de l'auctoritas.

Pour le mari, comme on sait, ce n'est pas seulement celui qui a la patria potestas qui doit donner son consentement. Ce sont tous les descendants: le grand père qui a la patria potestas, et aussi le père, bien qu'il ne soit lui-même que fils de famille. Tous les degrés intermédiaires doivent être consultés et doivent consentir.

Les jurisconsultes expriment, suivant leur habitude, cette règle du droit familial en fonction de son effet dans le droit civil proprement dit et ils disent alors qu'on doit leur demander leur consentement parce qu'on ne peut pas leur imposer des hérétions malgré eux.

Nous dirons d'une façon générale, qu'il s'agit ici d'une règle très ancienne de solidarité familiale: on demande aux représentants principaux de la famille, aux principaux intéressés, leur consentement pour qu'ils garantissent que la nouvelle venue sera reçue dans la famille, sera acceptée et bien accueillie et qu'elle y sera désormais traitée comme un membre du groupe.

En droit classique, à une époque où le mariage sine manu s'est répandu, où le mariage par la coemptio n'est plus usité et n'est plus la forme générale du mariage, les jurisconsultes conservent l'habitude de langage que la coemptio avait établie. Ils con-

tinuent à appeler le consentement du père de famille l'auctoritas, dans un sens plus large et moins technique que l'auctoritas de la coemptio. Ils parlent de l'auctoritas du grand père de l'époux, ils parlent aussi de l'auctoritas du père, celui-ci étant fils de famille du vivant du grand père. Paul, Digeste, 23.

2.16 : Nepote uxorem ducente et filius consentire debet : neptis vero si nubat voluntas et auctoritas avi sufficiet: Lorsque le petit-fils prend femme, le fils doit lui aussi consentir. Pour la petite-fille, si elle se marie, la volonté et l'auctoritas du grand père suffirai ent.

Ulprien, D. 23.2.9: Si nepos uxorem velit ducere avo furente omnimodo patris auctoritas erit necessaria: sed si pater furit avus sapiat sufficit avi voluntas: Si le petit-fils veut prendre une épouse, le grand père étant fou, de toute façon l'auctoritas du père est nécessaire, mais si le père est fou et le grand père sain d'esprit, la volonté du grand père suffit.

Comment était donnée cette auctoritas patris? C'est ce que les textes ne nous disent plus. Nous pouvons seulement essayer par hypothèse de reconstituer quelques-uns de ses traits, en raisonnant par analogie avec d'autres situations semblables.

Il est certain tout d'abord que les parents dont l'auctoritas était requise devaient être présents à la coemptio; car la coemptio est un acte formel qui exige la présence de toutes les personnes qui y coopèrent, et cette présence et son caractère essentiel nous sont affirmés pour l'auctoritas du tuteur Institutes I,21,2: Tutor autem statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri, Post tempus vero aut per epis- tulam interposita, auctoritas nihil agit: Le tuteur doit être fait auctor sur le champ et présent à l'acte lui-même. L'auctoritas donnée après, ou encore par lettre, n'a aucune valeur.

Il est probable que cette auctoritas était donnée préalablement, avant que la coemptio soit faite. Nous pouvons tirer cette règle de la remarque qui est faite par Justinien pour le mariage en général, et par conséquent à son époque pour le mariage sine manu (Institutes I,10). Justinien nous dit que le consentement des parents est indispensable pour le mariage des enfants in potestate et il ajoute: Nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet id tantum, ut jussum parentis praecedere debeat: Car le droit civil et la raison naturelle sont d'accord sur ce que cela doit être fait et de façon que l'adhésion du père précède.

Nous verrons comment dans le droit non formalisé l'auctoritas a été remplacée par une notion analogue, la notion de jussum. Ce qui est dit pour le jussum devait être valable pour l'auctoritas.

Cette auctoritas préalable devait très vraisemblablement être demandée sous forme d'interrogation à père de famille; de chaque côté, il était demandé aux différents pères de famille s'ils voulaient donner l'auctoritas à l'acte qui allait s'accomplir, s'ils le prenaient sous leur responsabilité.

Nous pouvons raisonner ainsi par analogie avec l'auctoritas du tuteur. Pour le tuteur il est probable en effet, que cette auctoritas était donnée par une interrogation faite par l'autre partie, suivie de la réponse du tuteur. Cette interrogation pouvait être faite de cette façon, ou d'une autre analogue; Autome fis? Auctor fio? ; Es-tu Auctor? Je suis auctor

Mais il faut immédiatement faire une remarque essentielle: s'il est vraisemblable que le formalisme primitif exigeait cette interrogation formelle par de certa verba, par des paroles, déterminées préalablement cette exigence du formalisme s'est atténuée, l'interrogation n'est plus nécessaire et il suffit que le tuteur manifeste qu'il approuve ce qui est fait.

L'exigence de l'interrogation et son atténuation nous sont indiquées en même temps dans un fragment de Paul, au Digeste, 26, 8, 3 : Etiamsi, non interrogatus tutor, auctor fiat, valet auctoritas ejus cum se probare dicit id quod agitur; hoc est enim auctorem fieri: Même si le tuteur est fait auctor sans avoir été interrogé, son auctoritas est valable, lorsqu'il dit qu'il approuve ce qui est fait, car c'est ainsi qu'il est fait auctor.

En somme, l'essentiel de l'auctoritas, c'est la présence de l'auctor à l'acte formel. Par sa présence il manifeste son approbation et par cette approbation il valide l'acte qui est accompli. C'est ainsi que le vendeur, dans la mancipatio valide, par sa présence, la déclaration d'acquisition de l'acquéreur et le vendeur donne lui aussi son auctoritas à la vente.

Nous sommes ainsi parvenus à une conception de coemptio distribuant à chacune des parties en cause le rôle qui lui convient dans l'acte juridique formel. Le rôle essentiel est joué par les époux eux-mêmes, par le mari et par la femme. Ce sont eux qui accomplissent l'acte, qui sont les parties dans le negotium. Puis viennent les parents; ils entourent les enfants dans l'accomplissement de l'acte. Par leur présence, par l'auctoritas que donne cette présence ils rendent l'acte valable. Leur rôle n'est pas moins important que celui des enfants, sans eux l'acte serait nul, mais

Rôle respectif des époux parties à la coemptio et des parents donnant l'auctoritas.

ils ne sont pas les parties proprement dites de l'acte et leur rôle, au moins dans la forme, est accessoire, comme l'est le rôle des cautions dans une stipulation.

* Cette conception de la coemptio a l'avantage d'être en relation parfaite avec les enseignements du droit religieux que nous avons dégagés. Nous avons vu déjà que ce sont les époux qui jouent le rôle principal dans les cérémonies religieuses, en prenant les auspices et en faisant les sacrifices, et nous avons dit que cette règle caractéristique du mariage romain vient du droit religieux, qu'elle était donc extrêmement ancienne, puisqu'elle est plus ancienne que le droit civil; c'est une règle du fas, le droit civil l'a acceptée et ne l'a pas créée.

Mais de cette conception nous tirons encore une autre conséquence, c'est qu'elle se relève parfaitement avec les règles de conclusion du mariage qui sont celles du droit classique. Nous parlons non plus du mariage cum manu, mais du mariage sans forme, du mariage sine manu; nous verrons quelles sont les règles constitutives de ce mariage et nous pourrons constater combien elles représentent exactement la même conception que le droit formel dans les rôles qui sont distribués aux parents et aux enfants. C'est parce que ce sont les mêmes règles qui ont été transmises du fas au droit civil formel et qui ont servi de base au régime du mariage. En se dépouillant seulement de leur caractère de règles formalistes, elles sont devenues des règles de fond.

III^e explication des formes de la coemptio, rapports avec la mancipation en général.

Nous venons d'exposer ce que, à notre avis, nous pouvons savoir par les textes des formes de la coemptio. Il nous faut maintenant expliquer ces formes et les replacer dans le cadre général de la mancipation.

Nous pourrons alors préciser quelles sont leurs véritables significations dans le droit romain et quelle est l'importance de la coemptio dans l'économie générale de la mancipation.

Pour les tenants de l'opinion traditionnelle, le fait que c'est la femme qui accomplit elle-même la mancipation les plonge dans une telle perplexité qu'ils préfèrent finalement éliminer cette notion. Ils la tiennent pour non avenue, malgré les textes les plus formels.

En effet, nous savons que dans l'opinion traditionnelle, dans l'hypothèse patricio-plébéienne, la coemptio est considérée comme une utilisation secondaire et artificielle de la mancipation et la mancipation

III^e - Embarras
des romanistes
à adopter les
règles de la
coemptio à la
nature de la
mancipatio dans
la conception
traditionnelle
de la mancipa-
tio. La fail-
lité des sys-
tèmes.

elle-même apparaît comme étant avant tout le mode de transfert des res mancipi.

Dans cette conception, les auteurs partent de cette notion de la vente imaginaire, qui a si vivement frappé les jurisconsultes classiques. Dans sa nature originale, pensait-on, la mancipation est une vente comptant, par échange immédiat d'un objet contre son prix, c'est-à-dire un certain poids de métal pesé. Quand le prix est devenu fictif, la mancipation n'est plus qu'une figure de vente, mais c'est la vente, c'est-à-dire le transfert d'un objet d'un propriétaire à une autre personne qui devient à son tour propriétaire.

Les auteurs cherchent en vain à ajuster à la nature propre de cette vente les règles spéciales de la coemptio. Ils n'y réussissent pas. La vente a nécessairement un objet et un sujet. L'objet de la vente c'est la res et le sujet c'est celui qui vend, l'auteur de la vente.

Si c'est la femme elle-même qui est vendeur, quel peut bien être l'objet de la vente ? Pour les uns ce serait la dot, mais cette opinion a paru légitimement insoutenable. Pour les autres, c'est la manus elle-même qui est vendue. Mais il est difficile d'admettre cette notion. Comment la manus, qui est une res incorporalis, peut-elle être objet de vente, et en outre, et surtout comment la femme pourrait-elle vendre ce qui ne lui appartient pas, car elle est soumise à l'autorité paternelle ? La coemptio la fait se soumettre à la manus, mais dans aucun des deux cas il ne s'agit d'un droit qui lui appartient et qu'elle peut légitimement transmettre.

D'autres auteurs alors ont pensé que c'était la femme elle-même qui était l'objet de la vente. Cette notion est plus simple et plus claire, au moins en apparence. Mais alors quel est le vendeur ? Comment peut-on concevoir cette femme qui est à la fois objet de la vente et vendeur ? D'autant plus, comme je l'ai dit, qu'elle ne s'appartient pas elle-même, qu'elle est in potestate, c'est-à-dire incapable de céder qu'que ce soit d'un droit qui ne lui appartient pas.

X La conclusion générale de ces incertitudes et de ces difficultés est que, malgré la clarté des textes que nous avons cités, les auteurs continuent, en général, à soutenir que c'est le père de famille qui fait la coemptio. C'est lui qui est le vendeur, c'est lui qui vend fictivement, matrimonii causa, la fille qu'il a sous sa puissance.

C'est la conception qui paraît la seule vraisemblable et naturelle. C'est pourquoi vous trouvez dans

les manuels, exposé plus ou moins rapidement et sans explication, un système si différent de celui que nous avons essayé de dégager à l'aide des textes. Pour ne citer que les manuels qui se trouvent à votre disposition: Manuels de Cuq, de Girard, de MM. Giffard et Monier, nous constatons d'abord qu'aucun ne dit un mot de l'*auctoritas* du père. Cette notion, qui paraît pourtant essentielle dans la *coemptio*, est passée entièrement sous silence, et la plupart ne disent pas que la *coemptio* est faite par la femme.

Cuq, Manuel, 2^e éd. p. 158: "Le père de la femme la mancipe au mari pour un prix fictif". - Girard, 8^e éd. p. 165: "La future épouse y est acquise par le mode d'acquérir les choses précieuses, par la mancipa-tion". - M. Giffard, Précis 2^e éd. p. 228, dit plus exactement: "La femme se mancipe à son mari". Et M. Monier, Manuel, p. 337: "On discute d'ailleurs s'il y avait mancipation réciproque des deux époux l'un à l'autre (*coemere*) ou s'il y avait simplement mancipation de la femme au mari, ce qui nous paraît le plus vraisemblable".

Pour en terminer avec la littérature, je citerai une des dernières monographies sur la *coemptio*, écrite par Leonhard, dans la Real-Encyclopédie de Pauly-Wissowa, Tome III, p. 199, au mot de *coemptio*: "En revanche, il y a doute sur la question de savoir si la fille était vendue comme épouse par le père, ou si elle se vend elle-même avec l'agrément du père. La première hypothèse paraît être la plus vraisemblable, de ce fait que le père, dans cette affaire, abandonne sa puissance".

Vous pouvez voir ici quelle est la force d'un système, même lorsqu'il est conçu *a priori*; lorsque ce système est gêné dans son existence par des faits, par des textes, la première réaction des auteurs est de torturer les textes, de dénaturer les faits pour leur faire dire ce qu'ils veulent, pour le ranger de force sur le lit de Procuste du système. Mais si le fait résiste, si le fait ne peut être réduit, le système feint de l'ignorer et il le traite comme si le texte n'existant pas. Et suivant un mot prêté à un célèbre doctrinaire du début du XIX^e siècle, Royer-Collard, homme politique et philosophe, le système dirait volontiers: "Il n'y a rien de plus méprisable qu'un fait".

Mais les systèmes, si dure que soit leur existence, ne sont jamais éternels. Il arrive un moment où on ne leur reconnaît plus l'infailibilité qu'on leur a si longtemps prêtée. Ou bien ils sont minés par les objections qui ont été patiemment accumulées contre

eux par les chercheurs indépendants, ou bien même ils tombent d'eux-mêmes, sans être directement contredits, parce que de nouveaux systèmes s'élèvent à la place des anciens et pour un temps, apparaissent meilleurs parce qu'ils ont rendu plus clairs les faits connus.

Les faits ont subsisté, les textes sont toujours là à la disposition des chercheurs et il est une situation inexpugnable, au point de vue scientifique, pour le véritable savant: lorsqu'il pense avoir établi définitivement un fait, lorsqu'il pense être assuré du sens du texte, il peut en toute tranquillité opposer ce résultat à tous les systèmes et si le système se trouve en contradiction avec le fait, on peut être certain que c'est le système qui a tort. Tôt ou tard il croulera. Le fait c'est le grain de sable qui fait sauter toute la machine.

Il semble bien que l'opinion classique sur la mancipation est arrivée à un moment décisif de son histoire, où elle va sortir complètement modifiée d'un examen nouveau de cette institution.

Les études nouvelles sur la mancipatio.

L'étude de la mancipation est à l'ordre du jour chez les romaniistes modernes. Il a paru deux travaux particulièrement brillants sur ce sujet; nous avons déjà parlé de ces travaux. En 1933, dans la Revue Historique de Droit français et étranger, M. de Visscher a fait paraître un article intitulé: "Le rôle de l'auctoritas dans la mancipation". En 1936, dans la Revue italienne: Studia et Documenta historiae juris, il a fait paraître un second article, intitulé: "Mancipium et res mancipi".

Ce ne sont pas les seuls qui ont paru sur la question, dans ces derniers temps. Il en est un autre qui a paru en 1936, dans la revue allemande, la Zeitschrift der Savigny Stiftung, 1936, p. 136 et ss. publié par Franz Leifer: "Mancipium und auctoritas".

De ces études, et de quelques autres du même genre, se dégage une notion nouvelle de la mancipation, une conception nouvelle du caractère et des effets de la mancipation. Ces travaux n'étaient pas encore parus lorsque j'ai commencé les recherches que je vous expose sur le mariage. Je ne connaissais pas les conclusions de M. de Visscher sur le mancipium et il ne connaissait pas les miennes sur la coemptio. Il est arrivé que, loin de s'opposer, elles se complètent l'une l'autre et les conclusions générales de M. de Visscher sur le mancipium peuvent servir de justification et d'explication à mes conclusions particulières sur la coemptio. Il ne peut s'agir ici de reprendre ces belles études et de les exposer complètement. Nous dégagerons seulement l'essentiel et ce qui peut nous servir dans notre étude particulière.

Nouvelle conception de la mancipatio, acte créateur d'une potestas portant sur les personnes et sur les choses susceptibles d'être soumises à une puissance de commandement.

Tout d'abord, et déjà avant ces dernières années, l'école italienne avait appelé l'attention sur ce fait que le caractère origininaire de la mancipatio n'était pas de constituer un acte de transfert. Ihering avait déjà soutenu ce point de vue ; il a été développé par de Francisci : *Il trasferimento della proprieta*, Padoue, 1924. La mancipatio n'est pas un acte originairement créé pour qu'un propriétaire transfère à un autre propriétaire, la propriété qu'il a sur une chose. Par sa forme, la mancipatio n est essentiellement un acte de création de droit. C'est une affirmation de puissance sur un objet, affirmation faite par celui qui crée cette puissance.

Ce trait caractéristique est marqué par le rôle principal qui est donné dans l'acte formel à l'acquéreur. C'est l'acquéreur qui fait la déclaration, c'est l'acquéreur qui affirme son droit, l'autre, l'aliénateur, essentiellement, acquiesce à la déclaration par sa présence. Et il semble même qu'en principe, en ce qui concerne l'effet principal de l'acte, c'est-à-dire la création du droit en lui-même, c'est par son silence et par sa présence qu'il acquiesce. Il ne parle pas, ou il ne parle, semble-t-il que lorsqu'il s'agit de déterminer des modalités, des conditions particulières du droit, lorsqu'il s'agit d'imposer des leges mancipii et non pas de créer le droit lui-même.

On a dit (M. Lévy-Bruhl, *La formule vindicatoire*, Revue historique du Droit français et étranger, 1932, p. 203), que cette déclaration, cette acquisition de droit par le mancipium accipiens était précédée d'un abandon, d'une derelictio de l'ancien propriétaire. Je ne crois pas qu'il faille aller jusque là. L'ancien propriétaire ne se désintéresse pas de son droit, il ne l'abandonne pas. Nous verrons que la notion d'auctoritas s'oppose à cette idée d'abandon. Néanmoins, en fait, il renonce à son droit sur la chose mancipiée, il s'interdit désormais de prétendre à quelque chose sur l'objet qu'il vient de céder.

Grâce à cette manière plus exacte de voir les choses, non seulement les formes sont mieux expliquées, mais encore on justifie un trait caractéristique de la mancipatio n. Dans cette création de droit, en effet, ce n'est pas toujours l'ancien droit qui est transmis tel qu'il était, c'est un droit nouveau qui est créé à la place d'un autre droit différent. Par exemple, c'est le mancipium sur le fils de famille qui succède à la patria potestas, c'est la manus sur la femme qui succède à la Patria potestas ou à la tutelle. Voilà la première conclusion.

Mais il est une autre conclusion, plus importante encore pour nous, et qui est, celle-là, l'œuvre de M. de Visscher: c'est que la mancipiation n'est pas dans sa notion originale un mode de transfert de propriété. Ce n'est pas non plus seulement un mode de création de propriété. Le domaine de la mancipiation n'est pas originellement le même que le domaine du dominium ex jure quiritium, du droit sur les choses. L'effet de la mancipiation, se produit dans un domaine plus large et plus primitif. La mancipiation est un mode par lequel on crée une puissance, une potestas d'une même nature que la puissance paternelle et pouvant porter aussi bien sur des personnes que sur des objets, du moins parmi les objets sur ceux qui sont susceptibles d'être soumis à une puissance de commandement.

Je ne referai pas la démonstration par laquelle M. de Visscher arrive à cette conception après avoir critiqué les explications traditionnelles de cette catégorie de choses que l'on appelle les res mancipi. Après avoir montré comment ces explications ne sont aucune, satisfaisantes, il étudie le mancipium.

Le mancipium,
antériorité
de ce terme
à celui de
mancipatio.
Les 5 sens
du terme man-
cipium.

Il faut savoir que mancipium est le seul mot ancien. C'est le mot que l'on trouve dans les XII^e Tables, tandis que le terme mancipatio apparaît pour la première fois dans Sénèque, au I^e siècle de l'ère chrétienne, et il n'a été employé que par les juris consultes classiques. C'est un mot abstrait, de formation relativement récente, qui a servi à désigner l'acte fait par l'airain et par la balance. Ce mot ne se trouvè pas encore dans Cicéron.

Sur le sens du mot ancien, du mot mancipium, les opinions ont beaucoup varié. Les auteurs reconnaissent à ce moment, en général, quatre sens, et même cinq sens différents.

Pour Bonfante, Corso, I, p. 88, mancipium désigne: 1° la propriété. Pour Bonfante, c'est le sens original, et ce sens se retrouve dans le mot res mancipi qu'il traduit: choses de propriété.

2° - Ce mot désigne une puissance, mais dans un sens vague et indéterminé. C'est ainsi qu'il interprète l'expression technique mancipio accipere: accepter à titre de mancipium.

3° - Mancipium est le synonyme de mancipatio; c'est le sens que nous trouvons dans les expressions leges mancipii, ou encore dans la formule des XII^e Tables: cum nexum mancipiumque faciet, qu'on traduit: loi de la mancipiation, lorsqu'on fait un contrat de nexum et une mancipatio.

4° - Mancipium désigne la puissance sur les personnes libres; Et il y a encore un 5° sens: mancipi-

désigne l'esclave.

4° - Mancipium désigne la puissance sur les personnes libres.

M. de Visscher marque, dans chacun de ces cas, le caractère contestable de cette interprétation, d'après laquelle le même mot a des sens si variés, tandis qu'au contraire tous ces termes peuvent être expliqués dans une interprétation unique et donnant tous les même sens, le sens de puissance.

Le sens origininaire de mancipium d'après M. de Visscher puissance sur homme libre.

Pour M. de Visscher, le sens origininaire, le sens primitif du mot, c'est le mancipium sur les hommes libres, sur le fils de famille livré par mancipation. Ici incontestablement et clairement mancipium signifie puissance et une puissance qui vient se ranger à côté de la patria potestas et des autres puissances familiales.

J'ajouterais qu'il faut encore ranger dans cette catégorie la puissance maritale, dont la formule technique, nous avons essayé de la déterminer, était manus mancipiumque.

C'est le même sens de puissance qui se retrouve dans les termes : in mancipio esse, mancipio accipere, mancipio tradere : être dans le mancipium. C'est la manière dont on s'exprime lorsqu'il s'agit d'un fils de famille mancipié. Les autres expressions peuvent être traduites : accepter à titre de mancipium, livré à titre de mancipium, et déterminent la situation de l'acquéreur et de l'aliénateur.

Les leges mancipii. Sens de cette expression, sa relation avec le sens de mancipium puissance.

Puis viennent les leges mancipii. Dans les XII Tables : cum nexum mancipiumque faciet uti lingua nuncupassit ita jus esto, ce texte ne se traduit pas d'une façon nécessaire, comme on le fait habituellement : lorsque quelqu'un fait le nexum et la mancipation, ce qu'a énoncé la langue sera le droit. Une traduction plus vraisemblable peut être ainsi donnée : "Lorsqu'on crée un mancipium ou un nexum, ce qu'a énoncé la langue sera le droit".

De même leges mancipii n'a pas qu'une seule traduction en "loi de la mancipation", mais il en est une autre plus vraisemblable en "loi du mancipium", c'est-à-dire de la puissance qui s'appelle le mancipium.

M. de Visscher montre très ingénieusement comment c'est la première traduction, qui interprète mancipium en mancipation, qui a conduit à cette interprétation reconnue actuellement fausse par tout le monde, d'après laquelle la loi des XII Tables dirait que lorsqu'on fait une mancipation, toute clause, tout ce que l'on peut dire est rendu valable par la mancipation, car les clauses générales que l'on exprimait

devenaient les lois de la mancipiation qui était faite.

Contre cette interprétation abusive, vous savez comment Girard a réagi de façon trop rigoureuse. Il considère que la loi des XII Tables avait consacré la transformation qui s'était produite quand la monnaie avait été frappée, quand la pesée était devenue fictive; à partir de ce moment, l'essentiel de l'acte per aes et libram, qui cesse d'être une opération matérielle, était passé dans les formules de la mancipiation, dans les paroles prononcées et la règle des XII Tables désignerait non pas ce que l'on peut ajouter à une mancipiation, mais la formule elle-même, les certa verba de la mancipiation. C'est pour consacrer cette transformation de l'acte, de réel devenu fictif que la loi des XII Tables a exprimé la règle.

Cette interprétation trop restrictive n'a pas pu être maintenue, les études de M. Appleton ont montré que ce n'est pas à l'époque des XII Tables que la monnaie a été frappée, mais sensiblement plus tard, que longtemps après la monnaie frappée on a continué la pesée et il y a une interprétation moyenne qui s'impose de plus en plus actuellement: Ce que la langue peut dire ce sont les leges mancipii. Ce sont certaines clauses, certaines conditions que l'on peut ajouter à la mancipiation qui a été faite, mais quelles sont ces clauses? Comment pourra-t-on faire la discrimination de ce qui est permis et de ce qui ne l'est pas?

Si l'on interprète mancipium en puissance du mancipium, on dira que les leges mancipii ce sont les règles constitutives de cette puissance, ce sont les clauses et les conditions que l'on peut ajouter et qui sont compatibles avec cette puissance elle-même.

Il en est de même enfin de l'expression res mancipi. Il n'est pas nécessaire de la traduire, comme on le fait généralement, en choses de propriété, car cette interprétation semblerait impliquer que les res nec mancipi ne sont pas des objets de propriété et c'est bien la conclusion qui a été donnée par certains auteurs, parmi lesquels Bonfante, qui dit qu'originai-rement les res nec mancipi ne pouvaient pas entrer dans cette notion de dominium, de propriété.

On s'est élevé avec juste raison contre ce système, car aussi loin que l'on peut remonter par des témoignages historiques, nous constatons que le droit civil admet que la tradition fait acquérir la propriété quiritaire des res nec mancipi. Dès que la notion de propriété sur les choses a été dégagée par le droit civil, nous n'avons aucune raison de penser qu'elle n'a pas porté sur toutes les choses susceptibles d'a-

Res mancipi:
chooses de mancipium -Expli-
cation par
cette interpré-
tation de la
composition de
cette catégorie
de choses.

voir une valeur pécuniaire, susceptibles par conséquent d'être considérées comme un élément de richesse, comme un objet de propriété.

Mais si nous traduisons res mancipi par choses de mancipium, choses qui peuvent être soumises à ce pouvoir de commandement, à cette puissance, nous avons là, non seulement une notion acceptable qui permet de reconnaître le sens général et unique du mot, mais encore nous avons une notion qui est susceptible de nous fournir l'explication, jusqu'ici impossible de cette catégorie. Les res mancipi, ce sont, parmi les choses, celles qui peuvent être spécialement soumises à ce pouvoir de commander, à ce pourvoi du chef.

Nous y trouvons d'abord les esclaves et, parmi les animaux, suivant la définition même des jurisconsultes classiques, ceux qui peuvent être domptés par le dos ou par la cou. C'est ainsi que le jurisconsulte définit les res mancipi, et c'est ce qui marque avant toute chose leur caractère d'objets soumis au pouvoir de commandement. Ce n'est qu'après avoir donné cette définition générale que le jurisconsulte donne la liste limitative des animaux qui entrent dans cette catégorie : le bœuf, le mulet et l'âne.

Ce qui montre bien à quel point ce caractère de pouvoir être dompté est le caractère essentiel des res mancipi. C'est la discussion qui nous est rapportée par Gaius, 2, 15. Il y avait discussion entre les jurisconsultes sur le point de savoir quand ces animaux devenaient res mancipi. Pour les uns, ils l'étaient depuis leur naissance, mais pour les autres qui représentaient sans doute l'ancienne opinion, ils ne devenaient res mancipi que lorsqu'ils avaient été domptés, tout au moins pour les chevaux, les ânes, et les mullets. A partir de ce moment et à partir de ce moment seulement, ils faisaient partie de la familia, ils avaient droit au repos des feriae, c'est-à-dire des fêtes religieuses dans lequel il était interdit de travailler. Ils étaient placés dans cette situation, comme les hommes à qui ils étaient associés, sous la puissance du père de famille.

Cette notion de pouvoir de commander et de faculté d'obéir créant les res mancipi serait parfaitement complète et satisfaisante si M. de Visscher avait voulu accepter l'opinion, encore très répandue, qui voit dans la mancipation primitive un mode de création de droit sur les choses mobilières seulement. Cette notion voit dans le fundus, qui est à l'époque classique la res mancipi par excellence, une addition postérieure à la notion primitive, à partir du moment où le fundus, cessant d'être la propriété collective de

la gens devient la propriété individuelle du père de famille.

Mais M. de Visscher n'est pas convaincu de l'exactitude de cette théorie et il admet que même les fonds de terre et les servitudes prédiales devaient être rangés dès le début de l'institution parmi les res mancipi. Les fonds de terre ne peuvent pas obéir, mais ils sont, par excellence, soumis à la domination exclusive du père de famille. Le père de famille a sur les champs qui lui permettent de nourrir sa famille un pouvoir souverain; c'est sur ces champs que se trouve le domaine exclusif de sa puissance. Bonfante a mis en valeur ce caractère souverain de la propriété primitive, caractère que la propriété primitive tire de cette notion antérieure de puissance.

Caractère primitif de la notion de puissance. Son antériorité à la notion de droit.

C'est que, en effet, cette notion de puissance est véritablement la notion primitive. Elle est née avec la force du chef et lorsque la discipline familiale a accru la force de ce chef, de la force de tous ceux qui lui sont soumis et qui sont commandés par lui. Cette idée de puissance est antérieure à toute notion de droit. Elle a pu naître avec les premiers hommes et elle est née dans les premiers embryons de société humaine, et en particulier elle était pleinement développée à l'époque gentilice, avant toute organisation du droit de la cité.

Au contraire, la propriété est une notion juridique, elle a besoin, pour être déterminée, d'un pouvoir social supérieur au père de famille, pouvoir qui protège et qui garantit ce droit. La propriété ne peut naître qu'avec le droit de revendication. Le droit de revendication est essentiellement lié à cette notion, mais ce droit de revendication n'a pu se développer qu'en face de l'autorité judiciaire.

La reconnaissance de la propriété et la dissociation des sujets primitifs ou mancipium.

Lorsque cette notion relativement nouvelle de propriété a été créée, elle a entraîné dans son domaine une partie des anciens sujets du mancipium. Cette partie ce sont les res qui viennent désormais s'opposer aux personnes libres, parce qu'entre les mains du père de famille elles font dorénavant partie de cette catégorie qui a une valeur pécuniaire susceptible d'être échangée, elles font partie du patrimoine.

Leur nom manifeste la dualité de leur condition ce sont des res, par conséquent elles viennent se ranger à côté des autres res de valeur pécuniaires sous la notion commune de propriété. Mais ce sont des res mancipi, elles conservent de leur ancienne condition un trait commun avec les personnes qui sont in mancipio: le mode de créer le droit que l'on a sur elles reste la mancipation.

Confirmation par cette conception nouvelle des explications précédentes sur la confarreatio et la coemptio.

Vous pouvez voir combien cette conception nouvelle de la mancipation vient à point pour coordonner et expliquer les résultats que nous avons obtenus par les études indépendantes d'elle que nous avons faites de la confarreatio et de la coemptio. Nous nous sommes élevés contre la théorie patricio-plébéienne qui voyait dans la confarreatio le mariage des anciens Romains et qui voyait dans la coemptio une utilisation secondaire et artificielle de la mancipation détournée de son caractère primitif, utilisation inventée pour les plébéiens. J'ai essayé de montrer, par des arguments indépendants, le caractère arbitraire de cette conjecture son peu d'appui sur les textes, et même son inexactitude en ce qui concerne la confarreatio. En confrontant ces résultats avec la conception de M. de Visscher, nous voyons combien ils sont affermis et expliqués par elle.

La coemptio n'est pas cette application secondaire de la mancipation, c'est son application normale et originale, c'est la mancipation qui crée la puissance du père de famille sur les hommes libres, le mancipium; mais c'est aussi la mancipation qui crée la puissance du mari sur la fille de famille qui lui est donnée à titre d'épouse, et cette puissance s'appelle manus mancipiumque. C'est le mode général, c'est le mode normal de créer cette puissance, la confarreatio étant, comme nous l'avons vu, un acte exceptionnel et réservé seulement à quelques familles. La coemptio c'est le mode le plus ancien, aussi ancien que la mancipation elle-même, plus ancien que le droit de la cité.

D'autre part, cette conception fait s'évanouir toutes les objections qui avaient détourné les auteurs d'ajouter foi aux témoignages les plus certains des textes sur le rôle de la femme dans la coemptio. Ils étaient hypnotisés par cette idée de l'utilisation secondaire de la mancipation considérée comme un mode de transfert du droit de propriété, ils étaient hypnotisés aussi par cette expression des jurisconsultes classiques qui, frappés par le caractère fictif du prix, qualifient la mancipation d'*imaginaria venditio*.

Vue sous cet angle, qui n'est pas, comme nous l'avons vu son caractère primitif, les auteurs ne pouvaient pas reconnaître dans la coemptio la vente, dont elle n'aurait été qu'une imitation. Ils ne pouvaient y discerner le vendeur et l'objet de la vente. Ils ne pouvaient concevoir comment la femme pouvait être à la fois celle qui joue le rôle actif de vendeur car elle n'a aucun droit sur l'objet qu'apparemment elle cède, et ce rôle de vendeur est incompatible avec

le rôle entièrement différent que la femme paraît jouer si on veut rapprocher la mancipation de la vente, car l'assimilation la plus facile est de dire que la femme est l'objet de la vente, que c'est elle qui paraît être vendue. Mais alors il faut qu'elle soit vendue par celui qui a le droit sur elle, par le père de famille.

Cette assimilation de la femme à un objet de vente n'est une assimilation facile qu'en apparence, car précisément ce sont les mêmes auteurs qui sont, pour la plupart, d'avis que la coemptio n'a jamais été à Rome une véritable vente et ils n'admettent pas que la femme ait été, à un moment quelconque, assimilée réellement à une véritable res, susceptible d'être achetée et d'être vendue comme une res.

C'est pourquoi les auteurs se perdent dans la recherche de l'objet de la vérité. Si ce n'est pas la femme elle-même, est-ce la manus sur elle ? Est-ce sa dot qui est l'objet de la coemptio ? Tout cela a été soutenu et à l'aide de faibles arguments.

Toutes ces difficultés s'évanouissent, toutes ces objections rentrent dans le néant si l'on admet que le but primitif de la mancipation c'est la création d'une puissance familiale. On voit alors combien simplement la coemptio rentre dans cette notion primitive : c'est la femme qui vient se soumettre à la puissance du mari. Elle s'y soumet volontairement, c'est une personne libre, et le droit religieux a fait entrer dans les moeurs depuis longtemps cette règle que sa volonté doit intervenir dans la conclusion du mariage.

C'est donc elle-même qui fait cette soumission, c'est elle qui accomplit la coemptio. Mais si elle est libre, si elle n'est pas esclave, elle est cependant sous une puissance familiale, que ce soit la patria potestas ou la tutelle. Elle ne peut donc pas à elle seule, se ranger sous la puissance du mari, il faut que le titulaire de l'autre puissance, en renonçant à son droit, l'autorise à se soumettre au droit nouveau qui va être créé. C'est le rôle de l'auctoritas.

Ici encore les notions nouvelles tentent de jeter la lumière sur le sens, jusqu'ici très obscur, de ce mot d'auctoritas. Le travail de M. de Visscher, de 1933, a montré une voie nouvelle. Seulement, s'il a fait faire un grand progrès à la question vers la voie de la solution, peut-être n'est-il pas arrivé à une notion claire et définitive de l'auctoritas. Lorsqu'il écrivait son article, il n'était pas encore arrivé à son idée du mancipium et de ce côté-là son

les différentes sortes d'aucto-
ritas.

L'action auc-
toritatis
en garantie
en cas d'évi-
ction d'une res
mancipi trans-
férée par man-
cipatio.

Insuffisance
de l'excep-
tion tradition-
nelle donnant

premier article se ressent de son incertitude.

Disons, pour clarifier les données du problème que nous rencontrons dans la langue juridique plusieurs emplois du mot auctoritas. Nous rencontrons ce mot d'abord dans la mancipation, dans cette expression : action auctoritatis, nous le rencontrons ensuite dans la tutelle, dans l'institution de l'auctoritas tutoris, nous ajoutons que nous rencontrons aussi l'auctoritas du père ou du tuteur dans le mariage par coemptio, cette application a été jusqu'ici négligée par les auteurs, nous avons vu, en effet, qu'ils laissaient dans l'ombre l'auctoritas patris dans la coemptio, préférant voir dans le père de celui-là même qui faisait la coemptio, l'aliénateur. Et nous trouvons enfin, dans la langue du droit public, l'auctoritas senatus.

Personne, à ma connaissance n'a essayé jusqu'ici de rapprocher ces quatre espèces d'auctoritas et de rechercher si elles ne pouvaient pas être réunies sous une notion commune. La seule qui ait été étudiée véritablement par les romanistes c'est l'auctoritas de l'action auctoritatis.

Vous savez en quoi consiste cette action auctoritatis, c'est l'action qui est donnée à l'acquéreur par mancipation d'une res mancipi contre son vendeur lorsqu'il a été évincé de la res qu'il a acquise. L'éviction d'une res mancipi est une notion très précise: c'est le fait d'avoir été dépossédé de la chose ou d'un droit essentiel sur la chose, en vertu d'une action en justice par laquelle un revendiquant a fait valoir un droit supérieur à celui de l'acquéreur et a triomphé dans sa revendication. L'acquéreur a été dépossédé de son droit, il se retourne alors contre son vendeur et il lui réclame non seulement la restitution du prix qu'il a payé, mais le double de ce prix.

Vous voyez donc quelle était la situation : l'acquéreur, n'ayant pas été rendu propriétaire par l'aliénateur, qui ne l'était pas, a été évincé par la revendication du véritable propriétaire et il s'est retourné alors contre l'acquéreur pour se faire indemniser de son préjudice. De sorte que, dans le langage des jurisconsultes classiques, action auctoritatis veut dire action en garantie. En prenant le mot dans le sens le plus étroit et le plus apparent, l'auctoritas c'est donc, pour l'opinion traditionnelle, l'obligation de garantie qui incombe à l'acquéreur.

Pourquoi cette action en garantie accompagne-t-elle la mancipation ? L'explication qui est fournie par l'opinion traditionnelle, reste superficielle et extérieure. Voyez par exemple : Girard (Auctoritas et

à cette action un fondement délictuel.

action auctoritatis, *Mélanges de Droit romain*, II, 1923, p. 153-305, Manuel, 8ème éd. p. 311). Girard part de ce fait que l'action auctoritatis est une action au double du prix. Les actions à un multiple sont en général des actions pénales, parce qu'elles ajoutent à la réparation du préjudice le multiple à titre de peine. Donc pour lui l'action auctoritatis est une action pénale, c'est-à-dire qu'elle sanctionne une obligation née d'un délit. Quel serait le délit qui serait ainsi à l'origine de l'action auctoritatis? Pour Girard c'est le fait que le vendeur a touché le prix sans avoir rendu son acquéreur propriétaire. C'est parce qu'il a vendu un objet qui ne lui appartient pas, et par conséquent il n'a pas pu défendre l'acquéreur contre l'éviction.

Cette analyse est toute superficielle. Elle ne nous rend pas compte du rapport plus étroit qui doit exister entre la mancipiation et l'auctoritas. Elle fait intervenir l'idée de délit dans une situation qui ne présente pas les caractéristiques du délit. Pour qu'il y ait délit, il faut avant toute chose qu'il y ait une intention frauduleuse de la part de l'auteur du délit, c'est l'intention frauduleuse qui sert de base à l'idée de délit. Or, ici, que le vendeur soit de bonne ou de mauvaise foi, et d'ordinaire il faut supposer qu'il est de bonne foi, c'est-à-dire qu'il croyait être propriétaire de l'objet vendu, il n'en est pas moins soumis à l'action auctoritatis.

D'autre part cette explication, si sommaire qu'elle soit, a le défaut de trop prouver. Elle ne montre pas la raison pour laquelle l'action auctoritatis ne naît que de la mancipiation. En effet celui qui a livré par tradition une res nec mancipi, ou même une res mancipi, n'est pas tenu de l'action auctoritatis, et cependant en livrant un objet qui ne lui appartient pas il aurait commis exactement le même délit que celui qui le transfère par la mancipiation.

Cette explication, enfin, fait de l'auctoritas dans la mancipiation une notion très différente de l'auctoritas tutoris, de l'auctoritas patris et de l'auctoritas senatus. C'est le mérite de M. de Visscher d'avoir montré le rapport plus étroit qui existe entre l'auctoritas et la mancipiation. Au lieu d'y voir une notion extérieure, dont les rapports avec la mancipiation sont purement arbitraires, puisque la garantie naîtrait d'un délit et non pas de l'acte per aes et libram lui-même, M. de Visscher voit dans l'auctoritas le fondement même de la mancipiation. C'est sur l'auctoritas qu'est fondée la validité, la force de la mancipiation.

Opinion de
M. de Visscher
analysant l'auctoritas en une
garantie don-
née par la
renonciation
du vendeur au
droit créé au
profit de l'ac-
quéreur.

Quelle serait donc la nature de l'auctoritas ? Pour M. de Visscher, ce serait l'acte de renonciation à son droit que fait le vendeur en livrant l'objet et cet acte serait accompagné d'un acte d'adhésion au droit qui aurait été créé par l'acquéreur dans sa déclaration. Par cette renonciation suivie d'une adhésion, le vendeur confirme et garantit le droit qui vient d'être créé et il le confirme non seulement contre les tiers, il doit contre les tiers défendre l'acquéreur, mais il le confirme même contre lui-même. Il s'interdit, il interdit à ses ayants-cause de rien tenter contre le droit qu'il a promis de créer.

Cette analyse est parfaitement exacte, mais elle me paraît insuffisante. En disant que l'auctoritas est un acte soit d'adhésion, soit de renonciation, on ne fait pas ressortir suffisamment le sens entier du mot auctoritas. Cette analyse est trop liée à la notion de propriété et nous avons vu que ce n'est pas dans ce domaine que la mancipiation a été créée. Elle laisse l'auctoritas de la vente être une notion différente de l'auctoritas patris, ou de l'auctoritas tutoris ou senatus, qui précisément ne sont obligés à aucune garantie.

Elle rend enfin assez malaisée l'interprétation des textes les plus anciens sur l'auctoritas, les textes des XII Tables et de Cicéron.

Je tenterai, à mon tour, d'élargir le problème et de donner une définition qui réunirait en elle les diverses applications que nous trouvons de ce mot dans la langue juridique. Cette tentative sera conforme aux conclusions qui terminent l'article de M. de Visscher : *Mancipium et res mancipi*.

Dans toutes les applications du mot, nous nous trouvons dans le domaine de la puissance, et non pas dans le domaine de la propriété et, originairement tout au moins, nous nous trouvons dans ce domaine dans la mancipiation elle-même. Nous dirons alors que l'auctoritas est une puissance, *vis ac potestas*. La puissance, c'est cette notion essentiellement primitive de force physique et de force morale qui sont de fondement, qui sert de titre à des droits. La *patria potestas*, la tutelle, le patronat, le mancipium, ce sont différents aspects de la puissance miliale. L'auctoritas est un autre aspect de cette puissance familiale, c'est cette puissance agissant dans un cas spécial, lorsque la puissance du père de famille a coopéré à la création d'un droit, lorsqu'il a fait ou fait faire un acte juridique qui a pour effet de créer une situation de droit. Le titulaire

I. Noailles:
essai d'une
explication
générale des
différentes
applications
de l'aucto-
ritas.

L'auctoritas
force d'une
personne sur
laquelle se
fonde le droit
d'une autre.

de ce nouveau droit trouvera dans la puissance de son auteur le titre , le fondement de sa propre puissance, de son propre droit. C'est l'auctoritas de son auteur qui rendra le droit valable dans la personne du titulaire du droit. C'est sur cette puissance que son droit est fondé, c'est cette puissance qui a permis qu'on le crée et c'est à cette force qu'il demandera de le protéger s'il y a lieu.

Cette conception permet de réunir en une notion commune les différentes auctoritates dont parle la langue juridique. En droit public, la validité des actes législatifs et des élections faites par le vote d'une assemblée du peuple dépend de la puissance du Sénat et cette puissance se manifeste par l'adhésion à l'acte législatif : c'est l'auctoritas senatus.

La validité du mancipium, puissance née de la mancipation, devenue plus tard la propriété, dépend de la puissance de l'aliénateur, dépend de son auctoritas. C'est la protection de cette auctoritas que requerra le titulaire du droit créé par la mancipation, s'il est nécessaire que ce droit soit protégé.

C'est la puissance du tuteur, son auctoritas, qui rend valable l'acte accompli par le pupille.

C'est enfin la puissance du père de famille , aussi bien du père de famille de la femme que du père de famille du mari, qui rend valable la manus acquise par le mari. La manus acquise par le mari a son titre, son fondement dans la puissance paternelle des parents. C'est cette puissance paternelle qui lui sert d'auctoritas, c'est-à-dire de titre.

Et vous voyez ainsi comment l'auctoritas patris, dans la coemptio, vient prendre sa place au milieu des autres auctoritates, dans le même sens et avec la même portée.

Cette notion d'un droit appartenant à une personne, appuyé, fondé sur la puissance, sur la force d'une autre personne, est une notion extrêmement primitive, je veux dire une notion qui est éminemment perceptible par la cervelle d'un primitif, avant même qu'il soit arrivé à toute notion de droit, et c'est une notion extrêmement générale dans le droit romain le plus ancien.

C'est sur cette notion que sont fondées les situations du droit le plus ancien. Par exemple le vindex, dans la manus injectio c'est la puissance du vindex qui délivre celui sur qui on a fait manus injectio. C'est la même situation qui est celle des vades dans le vadimonium : si la partie appelée en justice est libre jusqu'au moment où elle viendra volontairement devant le juge, cette liberté repose sur l'enga-

gement des vades. Il en est de même pour les praedes litis et vindicarum dans le sacramentum. Il en est de même pour les spensores dans la stipulation.

Dans tous ces cas, des états de droit ont été créés, qui reposent sur la puissance d'autres personnes. Cette notion, ai-je dit, est si primitive qu'elle a toute chance d'être antérieure à toute espèce de droit civil, comme la mancipiation elle-même. C'est une institution de très vieille coutume gentilice, avant que la fondation de la cité et de son droit civil ait créé cette notion d'un droit protégé par la cité elle-même et par ses magistrats, d'un droit protégé par l'autorité judiciaire, et le droit qui, dans la cité, trouvait son fondement dans la puissance de la loi et les anciens diront dans l'auctoritas legis trouve ici son fondement dans la puissance d'une autre personne.

La fondation de la cité va modifier sinon la nature, du moins la notion de ce fondement ancien du droit gentilice. Le droit de la cité prend à sa charge la protection et la sauvegarde des droits, en créant l'autorité judiciaire. C'est sans doute dans cette transformation qu'il faut voir la véritable nature des rapports entre la mancipiation et l'usucapion.

Liaison entre l'auctoritas et l'usucapio.
L'auctoritas legis subs-
titue au bout du délai à l'auctoritas de l'aliénateur.

L'usucapion, c'est la confirmation en vertu de la loi du droit parce qu'il a été possédé pendant un certain délai, un délai d'un an ou de deux ans. Au bout de l'année, ou de deux ans de possession de fait, c'est la loi qui déclare que le droit est confirmé par elle. Par suite l'auctoritas, la confirmation d'un droit par la puissance privée d'un père de famille ne durera qu'un an ou deux ans, le temps nécessaire pour qu'à l'auctoritas privée de l'homme se substitue l'auctoritas publique de la loi.

Il y a une liaison de fait entre l'usus, le pouvoir de fait qui permet d'atteindre la protection de la loi et l'auctoritas qui fonctionne à défaut de cette protection légale. C'est cette liaison qu'expriment à mon avis, les textes des XII Tables qui parlent de l'auctoritas. Ces textes ne permettent pas de trouver en eux-mêmes, par eux seuls, un sens sûr et indubitable, ils restent douteux si on veut les expliquer en eux-mêmes, mais ils s'éclairent de façon assez satisfaisante dans la version que nous avons donnée de l'auctoritas et qui résulte d'institutions plus nouvelles.

Cicéron, Topiques, 4,23 : Ceus auctoritas fundi biennum est, pro Caecina, 54 : Lex usum et auctorita- tem fundi jubet esse biennum. Je traduis littéralement ces deux textes en disant pour le premier :

L'usus et l'auctoritas d'un fonds sont de deux ans. Et pour le second : La loi ordonne que l'usus et l'auctoritas d'un fonds soient de deux ans.

On voit quelle est la situation qui est ici indiquée : un bien a été aliéné par le propriétaire à un tiers. Le nouveau propriétaire a l'usus, le pouvoir de fait sur le bien, la possession qui, au bout d'un an ou de deux ans, confirmara légalement sa propriété. C'est le résultat de l'usucaption : à partir de ce moment-là il aura pour lui l'auctoritas legis. Mais pendant cette période de l'usus, comme il n'est pas encore arrivé à l'auctoritas legis, le fondement de son droit sera l'auctoritas de son aliénaire, il aura pour lui cette puissance appartenant à son aliénaire, qui l'oblige à garantir son droit. Au bout de l'année, elle sera remplacée par l'auctoritas legis. Et c'est dans ce sens que la loi des XII Tables peut dire que l'usus et l'auctoritas durent deux ans.

Quand l'usucaption, pour une raison quelconque, ne peut fonctionner pour remplacer l'auctoritas du vendeur, celle-ci durera alors plus longtemps. elle durera autant que l'usus n'aura pas fait confirmer le droit par la loi, et c'est cette situation qui se trouve indiquée dans le texte de Cicéron, de Officiis I, 12, 37 : *Adversus hostem aeterna auctoritas*. Cicéron explique que *hostis* veut dire ici périgrin. Or le périgrin ne peut pas usucaper, l'usucaption ne joue pas pour lui.

Si ce texte était isolé, il serait difficile de le comprendre et de l'interpréter dans le sens spécial que nous lui donnons. Mais si nous le rapprochons du précédent, ce sens s'éclaire et devient acceptable. Il faut alors supposer que celui à qui le bien a été transmis par mancipation a été dépossédé par un périgrin, avant l'accomplissement du délai de deux ans. On peut même supposer qu'il n'a jamais été mis en possession de ce bien parce que le bien était entre les mains d'un ennemi. C'est une situation à laquelle fait allusion un texte de Tite Live, qui déclare, à propos des champs occupés par l'ennemi, par les voisins, que les Romains étaient si pénétrés de la persistance du droit de propriété du propriétaire dépossédé, qu'ils en permettaient l'aliénation.

Par conséquent le périgrin qui est en possession d'un bien romain ne peut pas l'acquérir par l'usucaption. L'usucaption est un mode de droit civil qui ne fonctionne pas pour lui. Ce texte veut dire que tant que l'acquéreur romain n'aura pas l'auctoritas de la loi, tant qu'il n'aura pas pu accomplir l'usucaption, il aura l'auctoritas de son vendeur contre le

périgrin. Cette auctoritas sera perpétuelle.

C'est le même sens relatif que nous pouvons trouver dans un fragment de texte émanant de la loi Atinia sur l'usucaption : Aulu Gelle, I⁷, 7, I : Quod subruptum erit ejus rei aeterna auctoritas esto : Parce qu'une chose aura été enlevée par ruse, l'auctoritas qui porte sur elle sera éternelle.

Isolé, ce texte, de même que le précédent, serait traduit plus simplement, si l'on supposait, comme le font les philologues du Thesaurus linguae latinae, V^e auctoritas, qu'auctoritas veut dire ici purement et simplement propriété. Et l'on pourrait dire ici, comme dans le précédent, que cette loi exprime la règle que la propriété ne peut pas être usucapée par le voleur, de même qu'elle ne peut pas être usucapée par le périgrin : elle restera donc perpétuellement au voleur dépossédé.

Mais le mot auctoritas a nécessairement le même sens dans les quatre textes anciens que je viens de citer. Or dans les deux premiers, où se trouvent réunis usus et auctoritas, il est impossible de donner à auctoritas le sens de propriété, car s'il s'agissait de la propriété d'une façon générale, il est impossible de penser qu'il y ait une propriété dont la durée soit réduite à deux ans.

Il faut donc supposer que dans le texte de la loi Atinia, dont nous n'avons qu'un fragment incomplet, il s'agissait d'une situation spéciale où auctoritas était en relation avec une acquisition restée défectueuse faute de possession réelle de la part de l'acquéreur et lorsque l'auctoritas de l'homme ne peut pas être remplacée par l'auctoritas de la loi, cette auctoritas dure plus longtemps que deux ans, elle dure perpétuellement.

Il y a encore deux textes de Cicéron qui emploient le mot auctoritas dans son sens juridique. L'interprétation la plus vraisemblable de ces textes est toujours la même à notre point de vue : l'auctoritas a ici le sens de fondement de droit, de titré.

Cicéron, Pro Caecina, 74 : Aquaeductus, haustus, iter, actus a patre sed rata auctoritas harum rerum ab iure civile sumitur : Les servitudes d'aqueduc, de prise d'eau, de chemin, de passage, ont été constituées par le père, mais l'auctoritas valable de ces choses est assumée par le droit civil.

On voit le sens assez clair de ce texte si l'on prend auctoritas dans l'acception que nous indiquons : c'est bien le père qui a constitué toutes ces servitudes, mais c'est l'auctoritas du droit civil, c'est la puissance du droit civil qui leur sert de fondement.

Enfin, le dernier texte de Cicéron offre plus de difficultés ; De Har., I4 : Multae sunt domus in hac urbe atque haud scio an paene cunctae jure optimo sed tamen jure privato : jure hereditario, jure auctoritatis, jure mancipi, jure nexi : Il y a beaucoup de maisons dans cette ville, mais je crois que le droit qu'on a sur presque toutes est fondé non pas sur le droit le meilleur, mais seulement sur le droit privé, sur le droit héréditaire, sur le droit de l'auctoritas, sur le droit du mancipium, sur le droit du nexum.

Cicéron oppose ici la maison qu'il dit tenir du droit le meilleur, c'est-à-dire du droit public, à celles qui ont pour fondement seulement le droit privé. Cicéron avait été chassé de Rome par une sédition fomentée par son ennemi Milon. A son départ en exil volontaire, Milon avait détruit et incendié sa maison et, pour que Cicéron ne puisse plus jamais la reprendre, il y avait élevé sur l'emplacement un temple. A son retour d'exil Cicéron, à titre de réparation, reçoit une maison qui lui est donnée par le Sénat. C'est cette situation qu'il explique ici.

Le texte en lui-même est difficile, car il y a un problème sur lequel les Romanistes se disputent plus encore que sur l'auctoritas, c'est sur le sens du mot *nexum*. Néanmoins, sans vouloir étudier à fond ce texte, il est difficile de voir dans l'auctoritas autre chose que le fondement du droit que d'habitude les citoyens ont sur les maisons jure privato, d'après le droit privé. Car le droit que l'on peut avoir sur les maisons, dit le texte, au point de vue du droit civil, peut être fondé soit sur l'hérédité soit sur l'auctoritas, soit sur le mancipium, soit sur le *nexum*. Dans tous ces cas, il s'agit donc de fondement d'un droit.

Quel est le sens de *nexum* ? Nous ne chercherons pas à entrer dans la forêt obscure des controverses. Néanmoins on peut dire que le *nexum*, quel qu'il soit, résulte de la mancipation. C'est donc que le droit que l'on peut avoir sur les maisons, d'après le droit privé, est fondé soit sur l'héritage, soit sur l'acquisition par mancipation. De cette acquisition par mancipation il résulte trois fondements généraux de droit l'auctoritas du vendeur qui sert de fondement au droit de l'acquéreur, le mancipium de l'acquéreur, qui est sa puissance sur le fonds, et le *nexum*, quel que soit le sens véritable de ce mot.

Nous avons ainsi vu, avec ces six textes, les textes les plus anciens et les plus discutés où se trouve le mot auctoritas.

Sens du mot
auctoritas.

En définitive je pense que dans la langue juridique le mot auctoritas n'a pas un sens très différent de son sens dans la langue générale et la meilleure traduction que l'on puisse en donner c'est purement et simplement le mot autorité. Autorité, dit le Dictionnaire de l'Académie, veut dire pouvoir, droit de commander, droit d'obliger à quelque chose. Il signifie en outre crédit, considération, influence. L'autorité c'est un pouvoir qui est invoqué par quelqu'un, c'est un pouvoir sous lequel on se range et où l'on trouve la source de son droit.

Telle est la notion juridique d'auctoritas, et cette notion primitive est restée la notion moderne.

§ 3 -L'usus.

Avec l'usus, nous allons étudier le troisième et dernier mode d'acquisition de la manus dans le mariage. Les développements que je donnerai à cette étude seront moins importants que ceux que nous avons consacrés à la confarreatio et à la coemptio et les résultats que je cherche à vous exposer ici seront aussi moins définitifs. Je veux dire que, en ce qui concerne la confarreatio et la coemptio, je crois être arrivé à l'expression complète et définitive de ma pensée, autant qu'il est possible dans une matière historique d'arriver à une expression complète et définitive. Mais enfin le système que je vous ai exposé sur ces deux institutions résultait de longues recherches et de réflexions au bout desquelles j'ai cru trouver une explication nouvelle et satisfaisante des problèmes que posent nos sources lorsqu'elles sont examinées entièrement et avec soin.

Je ne suis pas encore arrivé ce résultat dans mes études sur l'usus. Je n'ai pas encore assez complètement examiné ce problème pour qu'il me paraisse comme élucidé. Les quelques indications que je vais vous donner seront donc, en quelque sorte, préviscires et susceptibles d'être modifiées par un examen plus approfondi.

Le caractère et le but exact de l'usus a été très discuté, comme le caractère et le but de la confarreatio et de la coemptio et les systèmes ont évolué. Je note pour mémoire l'hypothèse patricio-plébéienne, que je crois avoir suffisamment réfutée. De même que la coemptio aurait été l'utilisation secondaire du mode de transfert de propriété appliqué de façon artificielle, à la conclusion du mariage, l'usus aurait été l'application secondaire de l'usucaption au mariage des

plébéiens. Ces deux modes de droit civil auraient été inventés pour donner aux plébéiens la possibilité d'acquérir la manus, le mariage religieux, la confarreatio leur étant interdits.

Nous avons vu le caractère arbitraire de cette hypothèse qui ne repose sur aucun texte.

Si nous laissons de côté cette interprétation faussement historique de l'origine de l'institution, il y aurait deux autres explications principales que j'appellerais l'une juridique l'autre sociologique.

La première est celle des manuels classiques, tels que les manuels de Cuq, Girard, MM. Giffard et Monier, qui constate les faits plutôt qu'elle ne les explique et qui se borne à les examiner sous leur caractère extérieur le plus apparent.

Pour ces auteurs, l'usus ferait acquérir par l'usucaption d'un an, analogue à l'usucaption de la propriété, la femme qui aurait été prise sans coemptio ou sans confarreatio, ou bien encore l'usus servirait à confirmer et à valider une coemptio et une confarreatio irrégulières. L'usus jouerait donc purement et simplement le rôle que l'on prétend être le rôle classique de l'usucaption dans le régime de la propriété.

L'autre explication, que j'appellerais sociologique, est donnée par Huvelin dans son Cours élémentaire de droit romain, I. p. 245 : Dans les civilisations patriarciales primitives, on trouve, de façon à peu près générale, deux formes de mariage : le mariage par achat, où la femme est vendue par son père au mari - on trouverait un souvenir modifié de cette vente dans la coemptio -, puis le mariage par rapt, forme encore plus primitive, où le mari doit conquérir sa femme par la violence, la conquérir et l'emporter.

Les Romains ont gardé quelques souvenirs de cet usage et il y a des traces dans leur histoire qu'ils l'ont connu. La trace la plus célèbre est la légende de l'enlèvement des Sabines. On sait que, d'après une légende, les premiers Romains conduits par Romulus sur les collines de Rome, au bord du Tibre, étaient des brigands, des proscrits, des hors la loi, par conséquent des hommes sans famille. Lorsqu'ils se furent assemblés en un établissement régulier et définitif, ils désirèrent compléter cet établissement en fondant des familles. Ils demandèrent donc des épouses aux peuples voisins, notamment aux Sabins, qui les leur refusèrent avec mépris. Ils eurent alors recours à la ruse : ils invitèrent leurs voisins, avec leurs femmes et leurs filles, à des fêtes religieuses et ils profitèrent par surprise de ces fêtes pour chasser leurs invités, tout en gardant les femmes, dont ils

L'hypothèse
juridique : ana-
logie du rôle
de l'usus et
l'usucaption.

L'hypothèse
sociologique
le mariage par
rapt.

firent de force leurs épouses. Quand les Sabines se plaignirent à Romulus de cette offense, celui-ci leur répondit que le rapt était une forme de mariage légal et honorable. Il faut croire qu'elles furent aisément convaincues, car quand leurs pères, leurs frères sabins revinrent en force, après la première surprise, pour les reprendre aux Romains, ce furent elles qui se jetèrent à leurs pieds et les supplièrent de ne pas ajouter à leur infortune cette nouvelle injure qui consisterait à les enlever de force à leurs nouveaux époux. Un traité d'alliance fut conclu ensuite entre Romains et Sabins.

Les cérémonies matrimoniales conservent le souvenir d'un mariage par rapt, à deux endroits de leur célébration, lorsque la jeune fille est arrachée du sein de sa mère, au début de la deductio uxoris in domum mariti, cette violence simulée est considérée par les historiens comme un souvenir du rapt, et lorsque, à la fin de la deductio uxoris, l'épouse se trouve devant le seuil de la maison, elle ne doit pas le franchir seule et volontairement, il faut qu'elle soit enlevée dans les bras des assistants qui la portent à l'intérieur de la maison. Les auteurs ajoutent encore ici que c'est un souvenir du rapt primitif.

On prétend alors reconnaître dans l'usus la forme de mariage qui découlerait de ce rapt, car comme on l'a dit, le viol qui est la forme la plus brutale de la violence, ne constitue pas le mariage, il faut qu'il soit suivi et confirmé par la cohabitation prolongée. C'est cette cohabitation qui transforme le fait brutal et qui fonde la famille. Bien entendu l'existence du rapt, réel ou simulé, tomba en désuétude. Il en reste à l'époque historique que seule subsiste la nécessité de l'usus.

Toutes ces explications se rejoignent, en ce qu'elles supposent le mariage établi par un état de fait, sans forme, et que la cohabitation régularise son titre par la possession prolongée pendant un certain délai. Le délai est d'un an comme pour les choses mobilières. Pendant le cours de l'année, il y aurait donc une situation de fait irrégulière, une cohabitation physique pure et simple. Certains auteurs parlent même de concubinat : la concubine, la pellex se transformerait en uxor, ou même en mater familias au bout de l'année de cohabitation. (Cf Westrup : Quelques observations sur les origines du mariage par usus, Paris 1926, qui réunit les textes et qui s'efforce de rassembler les différentes hypothèses).

Critique de ces hypothèses.

Dans tous ces systèmes, il y a certainement une part de vérité, mais je leur adresserai trois critiques, qui me paraissent affaiblir singulièrement leur portée :

1°- Les auteurs ne distinguent pas suffisamment à mon avis entre la conclusion du mariage et l'acquisition de la manus. Ils paraissent même souvent confondre et considérer que l'usus, en faisant acquérir la manus établit le mariage.

2°- Ils ne tiennent pas un compte suffisant des énonciations formelles des textes qui disent que, avant l'achèvement de l'année, la femme est nupta; quelques auteurs même passent complètement sous silence cette importante considération.

3°- L'origine de ces confusions et de ces incertitudes vient de ce que, suivant l'habitude des auteurs purement juridiques, ils ne tiennent aucun compte des cérémonies religieuses qui entourent le mariage et qui font qu'il y a mariage.

A la lumière de ces trois considérations, nous allons reprendre cette étude et peut-être arriverons-nous à quelques clarté.

Nous avons déjà relevé, à propos de la coemptio cette confusion fâcheuse entre la conclusion du mariage et l'acquisition de la manus. Nous avons vu comment les textes juridiques distinguent soigneusement et comment à propos de la coemptio et de l'usus Gaius, Institut. I, III, et suivants ne parle très correctement que de conventio in manum.

La confusion commence à se produire dans les auteurs de basse époque, tels que Servius et Boëce.

Nous avons vu par la mancipatio fiduciaire combien les deux notions étaient séparées. Lorsque la mancipatio fiduciaire est faite avec un tiers, avec un coemptionator, c'est une mancipatio ordinaria, qui met la femme loco servi. Lorsqu'elle est faite avec le mari, c'est une coemptio, c'est une conventio in manum qui, bien que faite fiduciae causa et longtemps après le mariage réalisé, met la femme temporairement loco filiae.

La même distinction doit être faite pour l'usus. L'usus fait acquérir la manus, et comme disent les auteurs, c'est une conventio in manum. Mais elle fait acquérir la manus, au bout de l'année sur la femme, qui est déjà une femme mariée depuis le début de l'usus.

Cette conclusion résulte formellement des textes : Gaius, I, III : Usu in manum conveniebat quae anno continuo nupta perseverabat, quia enim veluti annua possessione usu capiebatur, in familiam viri

Etude de l'usus.

Distinction entre la conclusion du mariage et l'acquisition de la manus.

Etat d'uxor de la femme pendant le délai d'un an.

transibat filiaeque locum obtinebat : Par l'usus la femme se plaçait sous la manus de son mari lorsqu'elle était restée pendant une année continue, elle était en quelque sorte usucapée par la possession d'un an, elle passait dans la famille de son mari et y prenait la place d'une fille.

Vous voyez par ce texte que cette femme a été nupta pendant cette année continue, sans être sous l'autorité maritale. Ce n'est qu'au bout de l'année, si elle a persévéré à vouloir être nupta qu'elle va être placée sous la manus, que par conséquent elle va entrer dans la famille du mari, *loco filiae*.

Nous trouvons la même énonciation dans un texte d'Aulu Gelle, 3,2,12 dont je ne vous cite, pour le moment, que la première partie : *Quintum quoque Mucium jurisconsultum solitum dicere legi non esse usurpatam mulierem quae kalendis Januariis apud virum causa matrimonii esse coepisset et ante diem quartum kalendas Januarias sequentis usurpatum isset* : J'ai lu que le jurisconsulte Quintus Mucius avait l'habitude de dire que n'était pas usurpée la femme qui avait commencé à vivre avec un homme en mariage aux calendes de Janvier et qui était partie pour être usurpée avant le quatrième jour des calendes de Janvier. Le quatrième jour des calendes de janvier veut dire trois jours avant les calendes, car les Romains comptent le jour d'arrivée du délai, c'est-à-dire qu'ils comparent le quatrième jour qui est le premier jour des calendes.

Pour le moment je n'explique pas ce terme de "usurper" que je traduis littéralement. Il veut dire, en somme, interrompre la prescription, interrompre l'usus. Dans ce texte il s'agit de l'*usurpatio trinoctii*, dont nous parlerons. Je retiens seulement ce terme de *causa matrimonii*, qui est expletif dans la langue juridique et qui veut dire exactement : en mariage, comme *causa emptionis* veut dire en vente, et *causa dotis* veut dire en dot.

Dès le début de l'année, c'est en mariage qu'elle a commencé à habiter avec son mari, et cette notion est ancienne. D'après Gaius elle était déjà la notion des XII Tables. Nous verrons en effet, que la loi des XII Tables connaît une manière d'écartier l'usus : c'est l'*usurpatio trinoctii*, et Gaius l'énonce en ces termes, immédiatement après le texte que nous venons de donner : *Et si qua nollet eo modo in manum mariti convenire ea quotannis trinoctio abesset adque eo modo usum cujusque anni interrumporet : Et si quelque femme ne voulait pas tomber de cette façon sous la manus du mari, tous les ans elle s'en allait*

pendant trois nuits et de cette façon elle interrompait l'usus de chaque année.

Gaius vient de dire que la femme qui persévérait à être mariée pendant une année tombait sous la manus de son mari par l'usus, par conséquent lorsqu'il reprend et qu'il dit : si qua, il veut dire : si qua nupta et dans ce texte il parle de la manus mariti, il parle d'une femme mariée.

C'est donc que déjà, à l'époque des XII Tables, il s'agit d'une femme mariée et rien ne nous permet de prétendre que, même avant les XII Tables, elle n'était pas encore une femme mariée. Ainsi cette femme qui au bout de l'année sera placée sous l'autorité maritale, ce n'est pas une concubine, ce n'est pas une pellex, ce n'est même pas, comme on l'a dit, une femme irrégulièrement mariée, celle dont la confarreatio ou la coemptio n'aurait pas été faite régulièrement, car ces actes sont des actes formels, s'ils n'ont pas été réguliers ils n'existent pas, ils ne sont pas entachés d'un vice de nullité suivant nos idées modernes et la femme, par conséquent, n'est pas une femme mariée, puisqu'il n'y a pas eu confarreatio et coemptio.

Ce ne peut donc être dans ce but secondaire et étroit que l'institution de l'usus a été inventée et employée. Nous dirons donc que la cohabitation physique avec l'homme n'est pas un pur fait, sans droit, Non, c'est une union matrimoniale. La femme qui est ainsi unie matrimonii causa est une uxor, une femme mariée.

Qu'est-ce donc qui va la distinguer de la concubine, d'une union de fait ? A l'époque classique, on dirait que c'est l'intention des parties, le mutuus consensus, la volonté réciproque de se traiter comme mari et femme. Mais précisément l'usus n'appartient pas au droit classique, c'est une institution ancienne et disparue déjà à cette époque : Gaius I, III in fine : Sed hoc totum jus partim legibus sublatum est partim ipsa desuetudine oblitteratum est : Tout ce droit fut en partie abrogé par les lois, en partie tomba en oubli par sa propre désuétude. L'usus est donc une institution du droit ancien et du droit formaliste.

Qu'est-ce qui va donc marquer ce caractère de femme mariée ? Qu'est-ce qui va permettre de fixer le début de l'année, de fixer le commencement de l'usus ? A mon avis, ce sont les cérémonies religieuses du mariage et c'est la deductio uxoris in domum mariti. Cette femme est une femme mariée, une uxor, parce que son union a été placée sous la protection des

Hypothèse permettant de faire dériver ce caractère de femme mariée de cérémonies religieuses

récedant l'usus.

dieux, parce que son union a été religieusement célébrée.

Cette proposition n'est qu'une conjecture. C'est une conjecture parce que le fait ne peut pas être directement prouvé, je veux dire qu'il n'y a aucun texte formel qui nous apporte directement le témoignage que l'usus qui conduit à la manus ait été précédé des cérémonies habituelles du mariage. Mais il y a un certain nombre d'indices qui rendent cette conjecture vraisemblable, qui en font par conséquent une conjecture scientifique. Cette conjecture a été déjà émise par Rossbach: Die Romische Ehe, p. 155. Rossbach est le seul auteur qui, tout en étudiant le mariage du point de vue juridique, n'a pas laissé dans un injuste oubli les cérémonies religieuses. Il est fâcheux que son opinion n'ait pas eu plus d'influence. Cette influence ne lui a pas été donnée en partie parce que, après lui, on a dédaigné cette étude des rites religieux, mais surtout parce que l'opinion juridique a été altérée par cette fausse conception qui fait dériver de la confarreatio toutes les cérémonies religieuses.

Nous partirons de ce point de vue que la femme est une femme mariée. Or, pour les anciens, il ne peut pas y avoir de mariage sans auspices et sans sacrifices. Nous connaissons le texte de Servius : ad Aeneidem, 3, I36 : Apud veteres neque ager arari neque uxor duci sine sacrificiis peractis poterat : Chez les Anciens on ne pouvait ni cultiver un champ ni prendre femme sans accomplir des sacrifices.

Cicéron de Divinatione, I, 16 : Nihil fere quondam majoris rei nisi auspicato ne privatim quidem gerebatur : quod etiam nunc nuptiarum auspices declarant qui, re omissa, rem tantum tenent : Autrefois il n'arrivait presque jamais que, même dans les affaires privées, on n'entreprît rien d'important sans les auspices c'est ce qu'attestent encore aujourd'hui les auspices des noces qui n'ont plus conservé que le nom, puisqu'on ne prend plus les auspices.

Enfin, le troisième texte : Servius, ad Aeneidem, I, 346 : Romanos qui nihil captatis faciebant auguriis et praecipue nuptias : Les Romains qui ne faisaient rien sans avoir pris les auspices, et principalement les noces.

De même que la coemptio, de même que le mariage sine manu ne pouvait être accompli sans cérémonies nuptiales, il n'y a aucune raison de penser que l'usus n'était pas précédé de ces cérémonies, sauf peut-être si l'on est égaré par une fausse conception de l'usucaption et par suite de l'usus, et il y a une raison de penser le contraire. Nous verrons comment

il est vraisemblable de penser que le mariage sine manu doit son origine à la pratique de l'usus. Il y a une relation étroite entre l'usus et le mariage sine manu, cette relation est établie par l'usurpatio trinocitii. Or le mariage sine manu est associé, dans l'usage, aux cérémonies religieuses. Ce mariage sine manu, précédé de cérémonies religieuses, ne fait que suivre l'usage ancien.

Nécessité pour que l'usus fonctionne, du consentement de la femme et de celui de son père.

Il résultera de cette conception que, puisque le mariage par usus commence officiellement par un vrai mariage, il faudrait, pour que l'usus fonctionne, que le père ait donné son consentement au mariage. Il résultera de ce fait que la fille ne peut pas être usucapée sans le consentement de son père.

L'usus ne peut pas fonctionner non plus sans le consentement de la femme. Vous avez remarqué les termes employés par Gaius pour définir l'usus. Gaius dit que l'usus est une conventio in manum. D'après ce terme même de conventio il est indiqué de la façon la plus claire que c'est la femme qui vient se placer sous la manus de son mari. Dans la convention in manum il y a la preuve de l'accord de volonté avec la femme.

Cet accord de volonté est encore exprimé par la suite du texte. Gaius nous dit que celle qui est mariée par usus, c'est celle qui a persévéré pendant l'année à vouloir être nupta, et il ajoute encore que si elle ne veut pas être mariée elle aura l'usurpatio trinocitii.

Tous ces termes indiquent, de la façon la plus claire que, en ce qui concerne la volonté de la femme, l'usus ne peut pas fonctionner sans cette volonté. Il en est de même de la volonté de son père, c'est cette volonté qui doit autoriser le mariage.

De même que pour la femme j'accepte cette conclusion. En ce qui concerne le père, je ne crois pas que l'usus puisse fonctionner sans le consentement du père et nous avons la possibilité de raisonner ici par analogie. Il y a un texte de Cicéron, dont on n'a pas tiré tout ce qu'il convient, et que nous avons déjà utilisé.

Cicéron, Pro Flacco, 34, In manum inquit conveniat. Nunc audio sed quaero, usu an coemptione? Usu non potuit, nihil enim potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui Coemptione? Omnibus ergo auctoribus, in quibus certe Flaccum fuisse non dices: Elle était venue sous sa manus, dit-on. J'entends bien, mais je le demande: est-ce par l'usus ou par la coemptio? Elle ne l'a pas pu par l'usus rien ne peut être enlevé à la tutelle légitime sans

l'auctoritas de tous les tuteurs. Par la coemptio ? donc avec l'auctoritas de tous parmi lesquels on ne dira certainement pas qu'était Flaccus.

On connaît l'hypothèse : Cicéron plaide pour Flaccus, qui est l'objet de diverses accusations. En particulier Flaccus était le tuteur légitime d'une certaine Valeria. A la mort de celle-ci qui n'avait pas fait de testament, Flaccus se conduisit comme si la succession lui appartenait. Que peut-on lui reprocher, dit Cicéron, N'était-il pas héritier ? Il était tuteur légitime parce qu'il était le plus proche héritier. On répond que cette femme était sous la manus de son mari, dans ce cas, en effet, le mari serait devenu propriétaire des biens de la femme. Mais rétorque Cicéron, il n'a pu acquérir cette manus ni par l'usus ni par la coemptio, car il n'a pas eu l'auctoritas du tuteur.

Il résulte de ce texte que l'usus ne peut fonctionner, pas plus que la coemptio, sans l'auctoritas du tuteur. Dans les deux cas il faut le consentement exprès du tuteur.

On a l'habitude de considérer, sans trop y réfléchir, cette règle comme spéciale à la tutelle, car il y a, en effet, une règle des XII Tables qui défend que les res mancipi d'une femme puissent être usucapées sans l'auctoritas du tuteur : Gaius 2,47 : Mulieris quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa, turore auctore, traditae essent, idque ita lege XII Tabularum cautum erat: Les res mancipi de la femme qui est sous la tutelle des agnats ne peuvent être usucapées, sauf si elles étaient livrées par tradition par la femme elle-même avec l'auctoritas du tuteur, et c'était la loi des XII Tables qui avait pris cette mesure".

Cette règle est certainement spéciale à la tutelle, mais on ne réfléchit pas qu'il en est ainsi non pas parce que les res mancipi d'une femme in potestate pourraient être usucapées sans le consentement du père, mais parce qu'une femme in potestate ne peut être propriétaire d'une res mancipi. La question ne se pose même pas pour la fille de famille, au contraire, la question se pose pour son mariage et la raison de la règle pour le tuteur est que sa tutelle est une potestas, qu'elle ne peut être diminuée sans sa volonté, on juge inadmissible que rien de sa puissance puisse lui être enlevé sans son aveu.

Ce motif jouera a fortiori pour la potestas du père. Il est encore plus inadmissible pour lui que cette potestas puisse être tournée et éteinte par un délai de temps.

auctoritas
du tuteur
et du père
en matière
d'usus.

Si donc l'auctoritas du tuteur a été spécialement réservée, il est à fortiori vraisemblable que l'auctoritas du père était elle aussi réservée. Et remarquez que Cicéron ne parle que de l'auctoritas du tuteur, parce qu'il ne s'agissait ici que d'un tuteur, le silence de Cicéron ne prouve rien contre le père.

Et si nous ne savons rien de l'auctoritas du père dans l'usus, c'est que l'usus a disparu dans le droit classique et que les hasards d'un procès ne nous ont pas conservé son souvenir. Mais en fait, si le mariage a pu durer un an, c'est bien parce que le père a donné son auctoritas, car si on avait forcé la volonté du père il n'aurait pas manqué d'exercer son droit, il aurait réclamé sa fille par l'action ad exhibendum, qui lui permet de réclamer les personnes soumises à sa puissance et détenues sans droit par autrui. S'il n'a pas fait cette réclamation, c'est parce qu'il consent au mariage. Les règles de l'usucaption agiront donc de son aveu et feront acquérir le pouvoir de droit de la manus à celui qui l'exerçait en fait, depuis un an, par l'usus, avec l'auctoritas du père.

Mais pourquoi va-t-on ainsi attendre un an ? Pourquoi ne pas avoir employé la confarreatio ou la coemptio pour acquérir la manus dès le début, s'il s'agit d'un véritable mariage et si le père donne son consentement ?

Il se pourrait, cela n'est pas impossible, que cette coutume de l'usus tire son origine de l'ancienne coutume du rapt. Le mariage par rapt, c'est une coutume que nous constatons chez beaucoup de peuples primitifs, aussi bien chez les très anciens que chez les peuples modernes. Les peuplades d'Afriques connaissent et pratiquent encore actuellement, de façon absolument courante, cette sorte de mariage, et en somme les Romains paraissent bien ne pas l'avoir ignorée. D'où peut-être, ce mode d'acquisition sous forme de la manus.

Vous remarquerez que le rapt est fait par définition causa matrimonii. Ce n'est pas une captive, c'est une uxor que l'on conquiert. Il n'est donc pas inconciliable avec des cérémonies religieuses, à ses débuts, sinon pendant le rapt lui-même, du moins au début de l'usus. Car comme nous l'avons dit, c'est le mari et la femme qui accomplissent ces cérémonies religieuses, nulle part il n'est question du père, et ce sont les cérémonies religieuses comme nous l'avons vu, qui conserveraient elles-mêmes les souvenirs de ce rapt.

Le délai d'un an. Sa relation possible avec le mariage par rapt.

Le rapt n'implique pas nécessairement que la volonté de la femme soit contrainte. Sans doute la volonté des parents l'est, mais la femme est généralement consentante, ou tout au moins elle le devient, et le père lui-même ou bien reprend sa fille, ou, s'il ne le peut pas ou ne le veut pas, il accepte le fait accompli. Le rapt est donc légitimement consacré par la cohabitation.

Bien entendu, dans l'institution juridique qui s'appelle l'usus le rapt primitif s'est complètement effacé. C'est d'accord entre les époux et les parents que l'usus commence son office. Il prend une physionomie nouvelle de ce fait, mais il en reste cependant que la situation des époux n'est définitive qu'au bout d'un an. Provisoirement ils sont mariés, sans doute, mais la femme n'entre dans la famille du mari qu'au bout de l'année.

C'est cette situation provisoire qui caractérise le mariage à l'essai. Rien n'est définitif, rien n'est fait. Le père peut la reprendre, en vertu de la puissance paternelle, le mari peut la rendre à son père, et elle-même semble-t-il, peut se retirer car dans son status familiae rien n'est encore changé.

Que le mariage à l'essai soit une forme fréquente chez les primitifs, c'est ce qu'ont montré les sociologues, notamment Westermarck : Histoire du mariage, en anglais 5ème éd. p. 420, et Westrup; Mariage par usus, p. 44. Il apparaît sous diverses formes et est habituellement lié à la naissance d'un enfant. Chez beaucoup de peuplades de l'Afrique, le mariage n'est considéré comme établi qu'au bout d'un an et si la femme a mis au monde un enfant.

Souvent la femme reste chez ses parents jusqu'à ce n'est qu'au bout de l'année que le mari est obligé de payer le prix d'achat et que la femme peut prendre sa dot. Dans le droit germanique, les effets juridiques du mariage quant aux biens n'entraient en pleine vigueur qu'à la naissance d'un enfant.

A côté de ce mariage conditionnel, on rencontre souvent un mariage provisoire, contracté pour un an et renouvelé si la femme est capable d'enfanter.

Le droit égyptien connaît ce mariage à l'essai, l'ancien droit danois reconnaissait comme union légale, après un certain délai, une cohabitation de fait à caractère conjugal. Selon le droit de Jutland, la concubine qui avait vécu publiquement dans la maison d'un homme et qui pendant trois hivers avait partagé sa table et son lit et porté ses clefs, devenait dame et juste épouse. On pourrait citer d'autres exemples.

De quelques traits primitifs et contradictoires du mariage romain pouvant s'expliquer par la situation provisoire de la femme.

La liberté primitive du mariage.

Il se peut que ce trait des moeurs primitives se soit conservé sous cette forme juridique de l'usus.

Le caractère provisoire de la situation de la femme pendant l'usus, en tout cas, n'est pas une chose douteuse et cette idée expliquerait diverses difficultés que présente l'histoire très ancienne du mariage chez les Romains. Il y a, en effet, dans cette histoire, des contrastes assez peu explicables.

Il n'est pas douteux notamment que les Romains de l'époque historique conservaient le souvenir d'une assez grande facilité permise dans la prise et dans l'abandon des épouses. Après avoir raconté la vie de Numa et de Lycurgue, suivant son habitude, Plutarque compare ces vies parallèles. Il nous dit au Chapitre III, que ces deux législateurs ont admis, chacun dans leur cité Rome et Sparte, la communauté des femmes pour exclure toute jalousie. Mais ils ne s'y prirent pas de même façon. A Lacédémone, un mari gardait toujours sa femme et laissait subsister le mariage. Il prêtait sa femme au citoyen de qui il voulait avoir des enfants. Souvent même il attirait chez lui un homme de qui il espérait avoir de beaux et de bons enfants et l'introduisait auprès de sa femme.

A Rome, au contraire, le mari romain qui avait assez d'enfants, cédait sa femme à celui qui désirait avoir d'elle et qui venait la lui demander.

Cette tradition se présente ici sous des traits qui la défigurent, mais il paraît bien qu'elle est en relations avec une histoire assez singulière de la vie de Caton d'Utique (Plutarque Vie de Caton d'Utique, Ch. 25). Caton avait parmi ses amis et ses admirateurs un certain Hortensius homme de bien et de très grande considération dit Plutarque, Hortensius désirait avec ardeur être non seulement l'ami, mais l'allié de Caton. Il lui demande en mariage sa fille Porcia. celle-ci était déjà mariée avec Bibulus, dont elle avait deux enfants. Bibulus refuse de céder sa femme. Hortensius demande alors à Caton sa propre femme Marcia, de qui il avait aussi des enfants. Caton accepte et à sa suite Marcia et le père de Marcia, Philippe, qui exige seulement de Caton qu'il signe au contrat pour manifester son consentement. Ce mariage fut effectué et Strabon ajoute (Livre II, p. 515) qu'en faisant ainsi Caton donna sa femme à Hortensius suivant l'ancienne coutume des Romains.

La procréation des enfants cause juridique du mariage.

Or, à ces données sur la liberté primitive du mariage correspond une autre énonciation, rencontrée souvent dans les textes, que le mariage est établi pour la procréation des enfants, *liberorum quaerendorum causa*. Il y a une relation de cause entre le ma-

riage et ce but du mariage.

Exemple : nous trouvons cette citation d'une tragédie d'Ennius, intitulée Gresphontes (Festus, au mot : *quaeso*) : *In Gresphontes ducit me uxorem libero-rum sibi quaeendum gratia* : Dans Gresphontes figure ce mot : Il me prit pour épouse dans le but d'avoir des enfants.

Plaute, Aulularia, vers 145 : *Liberis procrean-dis volo te uxorem ducere* : Je veux que tu te maries pour procréer des enfants.

Dans les Captifs, vers 889 : *Liberorum quaeren-dorum causa ei credo, uxori data est* : Une épouse lui a été donnée , à ce que je crois, pour procréer des enfants.

Dans de nombreux auteurs de la littérature postérieure, ce rapport est marqué. Il semble qu'il faut voir là non pas seulement un voeu légitime général, mais une cause juridique du mariage, qui pouvait intervenir dans la convention matrimoniale.

Tacite, Annales, II, 27 : *Haud sum ignarus fabulosum visum iri consulem designatum cum uxore principis, praedicta die, adhibitis qui obsignarent, velut suscipiendorum liberorum causa convenisse; je ne me dissimule pas qu'il paraîtra incroyable que le consul désigné ait fait une convention de mariage comme dans le but de procréer des enfants, avec l'épouse du prince, à un jour fixé et avec des témoins qui signent avec elle.*

Il s'agit d'un fait scandaleux du règne de Claudio : sa femme, Messaline, fit une parodie de mariage avec son amant Silius.

De même Ulprien, Regulae, 3,3 pour l'acquisition de la cité aux Latins, en vertu de la loi Junia, dit : "ut si civem Romanam vel Latinam uxorem duxerit, testatione interposita quoad liberorum querendorum causa uxorem duxerit, postea filio filiave nato natave et anniculo facto, possit apud praetorem vel praesidem provinciae causam probare et fieri civis Romanus, tam ipse quem filius filiave ejus et uxor, scilicet si et ipsa Latina sit : Que si un Latin prend pour femme une citoyenne romaine, ou une Latine, s'étant mé-nagé des témoignages qu'il se marie dans le but d'avoir des enfants et qu'ensuite un fils ou une fille étant né, au bout de l'année, il pourra faire la preuve de son intention devant le préteur ou le gouverneur de la province et il sera fait citoyen, tant lui que son fils ou sa fille et son épouse elle-même si elle est aussi Latine.

Eh bien, à ces deux séries de faits s'oppose une tradition non moins certaine, qui paraît en contradic-

la Rome primitive. Les causes de répudiation de la femme, absence de la stérilité parmi ces causes.

tion avec la première. Nous verrons qu'il existe une tradition certaine, d'après laquelle le mariage romain n'admet pas primitivement le divorce; les époux ne peuvent divorcer, verrons nous dans les débuts de Rome, la femme ne peut se séparer de son mari et le mari ne peut répudier sa femme que dans des cas limitativement fixés par la coutume. Il faut que le mari ait une faute à reprocher à sa femme, faute que la coutume admet expressément comme cause de divorce.

Or il est bien remarquable que, parmi ces causes de répudiation ne figurait pas le fait pour une femme de ne pas donner d'enfant à son mari.

Il y a mieux : nous verrons qu'au début du VI^e siècle, un célèbre divorce, le divorce de Carvilius Ruga paraît marquer le début d'une période nouvelle, la période où la pratique du mariage libre, du mariage sine manu s'est répandue dans l'usage. Carvilius Ruga a divorcé d'avec sa femme sans avoir rien à lui reprocher, au contraire, il l'aime, elle lui est très chère à cause de sa vertu, mais elle ne lui a pas donné d'enfants; il divorce pour cette raison. Au prochain cens, le censeur, suivant l'usage, l'interroge sur son divorce et sur ses causes. Il jure devant le censeur qu'il s'était marié liberorum quae renderum causa et que c'est là la cause de son divorce. Le censeur admet cette cause et ne le blâme pas. Mais l'histoire ajoute que l'opinion publique fut plus sévère et qu'il fut blâmé par elle pour avoir fait quelque chose de contraire à l'usage et aux mores majorum.

A mon avis, ces contradictions s'expliquent et se résolvent si nous distinguons entre les différents modes d'acquérir la manus. Il y a un mariage définitif dans la Rome ancienne, c'est celui qui est accompagné d'une convention in manum. Par cette convention la femme, placée sous l'autorité maritale, entre définitivement dans la famille de son mari. C'est ce mariage qui ne peut être rompu par le divorce, sauf dans les cas prévus et à titre de peine contre la femme. Parmi ces causes ne figure pas la stérilité.

Aulu Gelle, 18,6,9 : Enimvero illud impendio probabilius est quod idonei vocum antiquarum enarratores tradiderunt matronam dictam esse proprie quae in matrimonium cum viro convenisset quoad in eo matrimonio maneret etiamsi liberi nondum nati forent : Il est plus probable, au contraire que les anciens interprètes des mots anciens ont dit qu'était appelée matrone celle qui s'était unie en mariage avec son mari, tant qu'elle restait mariée, même si des enfants n'étaient jamais nés.

Explication de ces contradictions par la distinction entre les différents modes d'acquisition de la manus.

Ce mariage définitif c'est, si nous laissons de côté à cause de son caractère restreint la confarreatio, principalement le mariage accompagné de coemptio, qui comporte une conventio in manum immédiate. Tandis que celui qui voulait, avant de s'engager définitivement dans le mariage que ce mariage remplisse le but désiré, liberorum quaerendorum causa, il avait un moyen de prendre cette assurance, la coutume lui offrait le mariage par usus, qui ne devenait définitif qu'au bout de l'année. L'usus valant comme conventio in manum, c'était seulement au bout de l'année que la femme entrait définitivement dans la famille du mari.

Et en somme, à y bien réfléchir, quelle que soit la façon dont on retourne le problème, si on considère d'après les textes que déjà pendant cette année la femme était une femme mariée, une uxor, on ne peut guère voir dans cette situation qu'un état provisoire et par conséquent dans son mariage un' marge à l'essai, et toujours, dans le cours de l'année, on pourra interrompre l'usucaption et conserver sa liberté.

Je pense que c'est par la pratique, dans les temps plus anciens, à côté du mariage par coemptio du mariage par usus, que se résolvent ces contradictions apparentes de la tradition entre la liberté des usages matrimoniaux et la rigueur du lien matrimonial, entre la liaison attestée du mariage et de la recherche des enfants et de l'absence de la stérilité dans les causes primitives de répudiation.

Que cet usus ait pu être interrompu et la liberté conservée à la femme, c'est ce qu'atteste cet usage assez singulier, dont la paternité est attribuée aux XII Tables et que l'on appelle l'usurpatio trinoctii. Cette usurpatio a de l'importance dans notre étude, non seulement parce qu'elle nous indique comment l'usus pouvait être interrompu, mais parce qu'elle permet de voir la relation qui a pu exister entre le mariage sine manu et le mariage cum manu et comment le premier est sorti du second par l'intermédiaire de l'usus.

Les mêmes auteurs qui nous parlent de l'usus nous parlent aussi de l'usurpatio trinoctii : Gaius, I, III : "Itaque lege XII Tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quo tannis trinoctio abesset atque eo modo usum cujusque anni interrumperet. Sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est : Mais la loi des XII Tables a prévu le cas où la femme ne voudrait pas se placer sous la manus de

L'usurpatio
trinoctii.
Le texte d'Au-
lu Gelle, son
interprétation
exacte en le
rapprochant
du texte de
Gaius.

son mari. Elle doit alors s'absenter trois nuits chaque année, interrompant ainsi l'usucaption de l'année.

Le deuxième texte est d'Aulu Gelle. Il cite l'usurpatio trinoctii non pas à cause de l'institution elle-même, mais à cause du calcul du délai. Aulu Gelle 3,2,12 : *Quintum quoque Mucium jurisconsultum dicere solitum legi non esse usurpatam mulierem, quae kalendis januariis apud virum causa matrimonii esse coepisset et ante diem quartum kalendas januarias sequentis usurpatum isset. Non enim posse impleri trinoctium quod abesse a viro usurpandi causa ex Duodecim Tabulis deberet : quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent qui inciperet ex kalendis* : J'ai lu que le jurisconsulte Quintus Mucius Seævola avait l'habitude de dire que la femme n'était pas usurpée lorsqu'elle avait commencé à habiter en mariage avec son mari aux calendes de janvier et qu'elle était partie pour être usurpée avant le quatrième jour des calendes de janvier de l'année suivante. Elle ne pouvait pas accomplir les trois nuits dans lesquelles elle devait être séparée de son mari d'après les XII Tables pour cause d'usurpation, car les six dernières heures de la troisième nuit appartenaien à l'autre année qui commençait aux calendes.

Il n'y a pas de texte qui ait été plus maltraité par des traducteurs littéraires français que ce texte d'Aulu Gelle. Ces traducteurs font dire à Aulu Gelle, et par lui à Quintus Mucius Seævola, une énorme absurdité. Que nous prenions, en effet, la traduction de la collection des auteurs latins de Firmin Didot, ou la Collection des classiques latins de Garnier, les traducteurs se réunissent pour voir dans l'usurpatio un mode de contracter le mariage, et ils n'hésitent pas à traduire (Garnier) : le mariage par usurpation était impossible si la femme n'avait pas commencé à coucher hors du logis avant le quatrième jour des calendes de janvier de l'année suivante, car dans ce cas elle ne peut s'être absenteé trois nuits de la maison de son mari (condition requise par la loi des XII Tables pour valider le mariage par usurpation).

Ainsi donc il y aurait à Rome une forme de mariage qui consisterait pour la femme à découcher trois nuits de la maison de son mari et, à cause de cela, son mariage est validé.

Si nous comparons Gaius et Aulu Gelle, nous pouvons mieux comprendre le sens de l'usurpatio.

Si l'année de l'usus s'écoule, la femme qui est nuptia depuis le début est usucapta à la fin de l'année,

mais si elle part trois nuits entières avant la fin de cette année, elle est au contraire usurpata, c'est-à-dire que l'usucaption est interrompu et la femme ne se place pas sous la manus.

Ce qui intéresse Aulu Gelle, ici ce n'est pas l'usurpatio, mais c'est le calcul du délai. Il faut savoir d'abord que dans le calcul des délais, les Romains comptent le jour d'arrivée. Par conséquent le 4^{ème} jour avant les calendes, cela veut dire trois jours avant les calendes.

Il faut savoir aussi que les Romains comptent les jours de minuit à minuit. Par conséquent si la femme part trois jours avant les calendes, après minuit, la dernière nuit ne sera que pour moitié dans l'année précédente, l'autre moitié de la nuit fera partie du jour des calendes. De sorte que, en définitive, elle n'aura quitté la maison de son mari que moins de trois nuits avant le début de la seconde année. Normalement, si elle est partie de jour, le quatrième jour, elle n'aura que deux nuits et demie, il lui manque une demi nuit, l'intervalle de minuit à six heures qui appartient au jour des calendes, elle ne sera pas usurpée.

Si nous examinons maintenant l'institution en elle-même, voyons d'abord sous quel aspect elle est présentée par les auteurs, Gaius et Aulu Gelle. Ils sont d'accord pour nous dire que le trinoctium est prévu dans les XII Tables, ce point est certain : le trinoctium a été prévu par les XII Tables.

Mais ce qui est beaucoup moins certain, c'est que le trinoctium ait été l'institution qui est décrite par Gaius, avec le caractère et le but qu'il nous en donne. Pour Gaius et pour Aulu Gelle, c'est une institution qui fonctionne en faveur de la femme et elle a pour but d'échapper à la manus du mari, tout en restant mariée. C'est la femme qui l'accomplit : si qua nollet, dit Gaius (I, III); c'est elle qui s'en va et c'est elle qui interrompt l'usus.

Quant au moyen lui-même qu'elle emploie, il a le caractère d'un subterfuge, par lequel on utilise une règle pour tourner la loi. Ce subterfuge ici est employé pour empêcher que l'usus produise ses effets voulus par la loi. Et remarquez-le ce n'est même pas l'application normale et régulière de l'interruption de possession destinée à arrêter l'usucaption des choses, qui est prévue ici, car l'interruption d'une possession normalement produit un effet définitif; elle interrompt une usucaption qui est faite sans droit et le propriétaire qui a repris son bien le conserve. Ici ce n'est qu'un pur subterfuge. La fer-

Calcul du dé-
lai d'un an.

Le trinoctium
dans la loi
des XII Tables.
Est-ce à cet-
te époque une
institution
en faveur de
la femme réali-
sée par un
subterfuge
impliquant dé-
jà l'existence
du mariage sine
manu?

interrompt chaque année l'usus par son absence de trois nuits, mais elle revient et on considère qu'elle ne fait que continuer son mariage.

Cela supposerait que, déjà à l'époque des XII Tables, le mariage sine manu est admis dans l'usage comme un mariage définitif. Il ne s'agit plus simplement de cet état provisoire du mariage à l'essai qui dure un an pour savoir si la femme sera ou non féconde. C'est une institution définitive qui prend sa place à côté et en dehors du mariage cum manu, et alors l'usurpatio trinoctii n'a précisément été créée que pour permettre à cette nouvelle forme du mariage de vivre, en écartant l'effet automatique de l'usus. C'est ce que la loi des XII Tables aurait eu l'idée de faire, en présentant à la femme cette faculté de recourir à un subterfuge pour écarter l'usus.

Cette conséquence est admise par un certain nombre d'auteurs modernes, notamment Cuq, Manuel p. 156 note 5, et Monier, Manuel p. 356, note 3. Ces auteurs pensent avoir deux raisons de croire qu'à l'époque des XII Tables le mariage sine manu existait déjà. La première raison, c'est l'usurpatio trinoccii qui implique cette existence et la deuxième raison c'est la formule du divorce que l'on trouve dans les XII Tables : Cicéron, Philippiques, 2,28, 69 : Illam suas res sibi habere jussit ex duodecim tabulis claves ademit, exegit : Il lui ordonna de prendre avec elle ses affaires, il lui enleva les clefs, d'après les XII Tables, il la chassa.

Cette formule, répétée en termes concordants par plusieurs auteurs, qui contenait l'ordre de s'en aller, exi, ou suivant une formule beaucoup plus ancienne, baetito, baeta foras, va-t-en. On dit que la répudiation, quand elle est possible dans le mariage cum manu, se fait sous la forme de diffareatio en cas de confarreatio, de remancipatio en cas de coemptio, ou plus exactement en cas de conventio in manum.

Nous aurions donc ici la formule du divorce du mariage sine manu, et par conséquent la preuve de l'existence du mariage sine manu à l'époque des XII Tables.

C'est le mérite de M. Lévy Bruhl, dans un article intitulé : "Les origines du mariage sine manu", paru dans la Revue d'Histoire du Droit de Hollande, à la Haye, Tome XIV, p. 453 et suivantes, d'avoir tenté une explication plus historique de l'institution.

Cette opinion faisant remonter le mariage sine manu à l'époque même des XII Tables, en 304 de Rome fondée, se heurte à l'opinion commune, d'après la-

quelle ce mariage n'était pas plus ancien que le VI^e siècle de Rome fondée. En fait, c'est au VI^e siècle seulement que remontent les textes les plus anciens qui signalent l'existence de ce mariage.

C'est notamment un fragment de la tragédie d'Ennius, *Cresphontes*, cité par l'auteur de la *Hétorique ad Herennium*, 2,24,38, où une fille se plaint de ce que son père la retire malgré elle, en vertu de sa puissance paternelle, d'autrui du mari avec lequel il l'avait mariée et qu'elle aimait. Ennius est un poète latin, mort en 169-585 de Rome fondée.

Le discours de Caton, dans la discussion de la loi *Voconia*, prononcé en 505, est cité par Aulu Gelle, I7,6,I qui nous dit : Une femme apporte une dot considérable, elle retient une forte somme qu'elle ne met pas à la disposition de son mari.

Enfin, un troisième texte, la loi *Cincia*, de 550, dont les dispositions impliquent qu'il peut y avoir divergence d'intérêts entre le mari et la femme.

Ces trois textes impliquent l'existence du mariage *sine manu*, parce que pour le premier la femme est encore sous la puissance de son père, et pour les deux derniers elle a des intérêts contraires à ceux de son mari, par conséquent la manus n'a pas fait acquérir à son mari l'ensemble de la fortune de la femme.

Or ces dates concordent avec les vraisemblances historiques. C'est au début du VI^e siècle que les mœurs des Romains changent, avec les transformations sociales qui suivirent les conquêtes. Les anciennes mœurs sont abandonnées, la liberté augmente avec la richesse. C'est au début de ce siècle, vers 530 de Rome fondée, qu'on place l'époque où le divorce devient fréquent, où il devient libre, et cette liberté du divorce est la conséquence obligée du mariage *sine manu*. C'est à cette époque que l'institution de la dot devient une institution civile, parce que la fréquence des divorces oblige à prévoir la restitution de la dot après le divorce. C'est à ce moment-là que remonte, d'après les jurisconsultes, l'usage des *cau-
tiones rei uxoriae* et l'usage de l'action *rei uxoriae*.

A l'époque des XII^e Tables, au contraire, on sort à peine de la période gentilice. Le mariage libre serait vraiment trop précoce et le caractère de subterfuge du *trinoctium* ne peut pas être l'effet d'une disposition formelle des XII^e Tables. La loi ne crée pas ainsi des moyens détournés pour rendre illusoire une

autre disposition légale. Au contraire, ces subterfuges sont le produit de l'interprétation de la loi des XII Tables, suivant des exemples bien connus l'interprétation des pontifes profite de l'application littérale d'une disposition de la loi des XII Tables pour produire un résultat nouveau, pour atteindre à un certain but désiré. L'explication de Gaius paraît bien plutôt exprimer cette interprétation forcée que la règle origininaire.

Un autre indice du même genre peut être relevé dans la façon dont s'expriment les effets de l'usurpatio. Elle est faite par la femme et dans son intérêt, suppose Gaius, et en effet, depuis qu'il s'agit de sauvegarder le mariage sine manu, c'est bien ainsi qu'elle fonctionne. Mais est-ce bien son caractère origininaire ? Cela ne semble pas résulter de l'expression employée par Quintus Mucius Scaevola. La femme n'est pas usurpata quand elle n'a pas découché trois nuits, quand elle n'est pas partie à temps pour être usurpée d'office. Usurpatum erit : ici usurpatum est un supin qui peut aussi bien être passif qu'actif et peut vouloir dire aussi bien : pour usurper, que : pour être usurpée. Mais le premier usurpatum paraît démontrer, de façon non douteuse, qu'il faut l'entendre au passif.

L'emploi de ce passif a paru singulier à M. Lévy Bruhl pour désigner l'effet d'une institution qui fonctionne en faveur de la femme et qu'elle met en œuvre elle-même. Aussi a-t-il supposé qu'il ne s'agissait pas d'une forme vraiment passive, mais d'une forme déponente. On sait que le latin et le grec connaissent ces verbes déponents qui emploient la forme passive, mais dans un sens actif, pour montrer que l'on fait l'action désignée par le verbe pour soi et en sa faveur. Usurpata voudrait donc dire ici que la femme usurpe pour elle (Voir l'article : Usurpari déponent, dans la Revue de Philologie, 1936, p. 545).

Pour moi le sens de ce mot est très clair, et c'est le sens passif. En l'employant ainsi au sens passif, on ne fait que suivre la règle générale de toutes les désignations de la femme dans les fiançailles et dans le mariage. La jeune fille est sponsa, elle est fiancée, disent les textes, pour marquer que la promesse de fiançailles, les sponsalia sont faites non par elle mais par son père. Ensuite elle est collegata in matrimonium, elle est ensuite deducta in domum mariti. A cette expression peut s'opposer la façon de désigner le rôle du mari : le mari ducit uxorem : prend une épouse. Elle est nupta, encore un passif. Nous avons vu les termes novus maritus et no-

va nupta. Enfin, si nous arrivons aux institutions dont nous nous occupons, elle est usucapta à la fin de l'usucaption, mais lors de l'usus elle est usurpata, comme l'en dit d'un objet de propriété qu'il est interruptus, pour désigner l'interruption de l'usuaption.

Assurément, sauf pour les fiançailles, et de très bonne heure, la femme est consentante. Il faut lui demander son consentement, mais sauf, et ceci est fort important, qu'elle n'est pas forcée, elle se soumet aux volontés de son père et aux volontés de son mari. Le caractère passif de cette adhésion est constamment marqué par les mots qui désignent les différents actes de son mariage.

Mais si ce caractère passif peut continuer à se manifester même quand l'institution a tourné en sa faveur, il serait assez peu vraisemblable si dès le début l'usurpatio trinoctii avait été créée dans le but d'être employée par la femme et d'être faite en sa faveur.

Pour connaître le véritable caractère originai-
re de l'usurpatio, il faut éliminer cette notion de subterfuge qui paraît secondaire et voir alors ce que le trinectium a pu être quand le mariage sine manu n'existe pas encore à l'état d'institution indépen-
dante.

Nous avons dit que pendant l'année la femme é-
tait dans une situation provisoire, la situation d'un mariage à l'essai. Eh bien cet essai réussit ou échoue. S'il réussit, on laisse l'usus s'accomplir, la femme devient définitivement la femme de son mari, son ma-
riage est alors protégé par les usages du mariage cum manu.

Au contraire, l'expérience a échoué, soit que la femme n'ait pas eu d'enfant, soit que le père veuille la retirer et normalement qu'elle-même désire s'en aller. Le trinectium me paraît être la forme que prend la manifestation de la fin de cette expérience. C'est parce qu'elle aura été écartée de la maison conjugale trois nuits au moins que l'usus n'accompa-
ra pas son office et que le mariage sera rompu.

Il sera rompu définitivement et complètement si le mari la renvoie. Ce renvoi sera accompagné des paroles par lesquelles il lui rend ce qui est à elle, il lui reprend les clefs de la maison et il la chasse: *exi nullier, baetito foras*, disent les auteurs.

Nous trouvons une explication de cette formule, à une époque où elle est devenue hors d'usage, qui est très précieuse pour nous : Nonius Marcellus nous dit, p. 515 : *Baeterē id est ire, quod parire non po-*

Le caractère
originai-
re du trinecti-
um, procédé
manifestant
la volonté
de mettre
fin au mariage
à l'essai.

terat mulierem foras baetare jussit. Baetare veut dire : aller, le mari a ordonné à la femme de s'en aller parce qu'elle n'avait pas enfanté.

Vous voyez comment ce terme de renvoi est mis par les auteurs en rapports avec le but du mariage de procréer des enfants. Nous serions donc ici en face du mode formaliste marquant la fin du mariage à l'essai et des certa verba qu'emploie le mari pour chasser sa femme.

Transformation par l'interprétation juridique du trinoctium en une institution permettant de prolonger une situation favorable à la femme.

La transformation paraît être du même genre que celle qui a créé l'émancipation du fils de famille. Vous vous rappelez comment l'émancipation, qui est devenue une faveur, est née de la possibilité qu'avait le père de vendre son fils, de le manciper. L'émancipation faveur est née de l'interprétation de la loi des XII Tables : Qui ter filium venum duit, filius a patre liber esto. Celui qui vend trois fois son fils, que le fils soit libéré du père.

La possibilité pour le père de manciper son fils ne peut pas être interprétée comme une faveur faite au fils, bien au contraire. La loi des XII Tables limite ce droit paternel qui, dès cette époque, commence à paraître excessif et elle limite le droit du père à trois mancipations. Eh bien l'interprétation s'empare de cette règle pour l'appliquer à la libération du fils quand celle-ci, par suite des transformations de la vie sociale, paraît devoir être une faveur plutôt qu'une peine. Le père fera artificiellement, et comme subterfuge pour tourner la loi, les trois mancipations au bout desquelles le fils est libéré de la puissance paternelle.

De même, le mariage libre sine manu a pu naître de l'interprétation du trinoctium par les jurisconsultes, interprétation qui détourne l'institution de son but primitif et en fait une faveur pour la femme. La transformation des moeurs a amené les Romains à considérer ce temps d'épreuve non plus comme une situation provisoire, mais comme une situation favorable qu'il y a intérêt à prolonger. Dès lors le trinoctium servira à cette prolongation, la femme ne cessant plus, en fait, de vivre avec son mari, mais par une fiction juridique écartant tous les ans l'effet de l'usus, c'est-à-dire la conventio in manum.

Et c'est ainsi que l'usage est arrivé à considérer le mariage libre comme un état définitif et indépendant. A partir du VI^e siècle, l'usage de ce mariage se répand à ce point qu'à la fin de la République il était le plus communément employé. Ce mariage sine manu est devenu l'usage général de tous les Romains.

Le mariage sine manu, état définitif et indépendant à partir du VI^es.

disparition
des formes
de mariage
cum manu.

Nous terminerons ce chapitre par quelques brèves notions historiques sur la décadence et la disparition de ces formes de mariage *cum manu*.

L'usus est, de toutes ces formes, celle qui disparut le plus tôt. Il n'y a rien d'étonnant à cela, car la pratique de l'usus était devenue inconciliable avec l'usage du mariage *sine manu*. Gaius I, III, nous dit que l'usus a été abrogé en partie par la loi et en partie est tombé en désuétude. Nous avons vu que l'usus subsistait cependant encore à l'époque de Cicéron. On n'en entend plus parler ensuite.

La coemptio a duré plus longtemps. On voit qu'elle est encore en usage au début de l'Empire, et même sous Gaius. Au début de l'empire, la Laudatio Turiae donne deux exemples de coemptio : la coemptio faite par le père de Turia avec sa propre femme et la coemptio faite par la sœur de Turia avec son mari Cluvius.

Gaius, dans le texte que nous avons cité, parle de coemptio faite *matrimonii causa*, comme d'une institution encore en vigueur de son temps. Paul et Papinien parlent encore de convention *in manum*. Mais on faisait surtout à cette époque des coemptiones fiduciaires.

Au IV^e siècle la coemptio est tombée en désuétude. Cela résulte de la façon dont Servius, ad Eneidem, 4,214, en parle au passé ; Coemptio apud priscos peragebatur : la coemptio était usitée chez les anciens.

Il est probable que c'est la confarreatio qui a duré le plus longtemps, sous cette forme restreinte qu'il a prise dès l'an 23 ap. J.C. On se rappelle qu'à cette date, faute de pouvoir trouver trois candidats au poste de flamme de Jupiter, Tibère décida que la confarreatio n'aurait plus d'effet civil, c'est à-dire ne vaudrait plus *conventio in manum*, elle ne produirait ses effets que pour les sacra. Sous cette forme, elle a duré autant que le paganisme lui-même, dans les cercles étroits des prêtres des grands cultes, des flamines des temples de la ville de Rome, et elle ne disparut qu'avec ces prêtres, par la prise de Rome en 476 par les Vandales à la suite de laquelle les temples publics furent détruits et les anciens cultes supprimés.

Il est vraisemblable aussi qu'elle a duré plus longtemps à Constantinople. On sait que les empereurs d'Orient, lorsqu'ils transportèrent le siège de leur empire à Constantinople y établirent toutes les institutions de la vieille Rome : le Sénat, les consuls et des temples aux grands dieux de l'Etat. Cette situation dura sans doute jusqu'aux empereurs chrétiens qui à leur tour, supprimèrent les cultes publics.

Chapitre V.

LE MARIAGE SINE MANU.

Le mariage sine manu, son origine dans le subterfuge du trinoctium; son développement à partir du VI^e s.

Après l'étude du mariage cum manu et de ses formes nous abordons maintenant l'étude du mariage sine manu, du mariage libre. Nous continuons cette étude toujours au point de vue spécial qui nous intéresse, c'est-à-dire des modes de conclusion du mariage.

Nous avons vu comment, à notre avis, le mariage sine manu est sorti de l'usage antérieur de l'usus, il a été une consolidation de cette situation provisoire qui ne durait qu'un an: la femme est mariée, elle n'est pas encore sous la manus de son mari, il s'agit donc d'utiliser une institution plus ancienne, l'usuratio trinoctii en manière de subterfuge pour écarter l'effet de l'usus. A l'aide de ce subterfuge on a prolongé indéfiniment cette situation provisoire et on l'a transformée en un état définitif.

C'est ainsi qu'on a créé cette anomalie singulière du droit romain qui permet, dans un même état social, deux sortes de mariages si différents : à côté du mariage traditionnel de la civilisation patriarcale, un mariage libre laissant en somme la femme en dehors de la famille de son mari.

En indiquant de cette façon l'origine du mariage sine manu, je n'exclus pas la possibilité de l'existence plus lointaine d'usages qui ne seraient pas les usages proprement romains, d'un mariage libre. Les sociologues et les ethnologues ont relevé, en effet, dans plusieurs civilisations anciennes, cette coexistence de mariages de types différents et les auteurs qui s'efforcent de rattacher les coutumes romaines à des droits différents, sont d'habitude enclins à chercher cette dualité de mariages dans la dualité de civilisations et de races.

Ce point de vue n'est pas exclu par le nôtre, mais dans cette étude strictement juridique, nous nous cantonnons dans l'histoire du droit romain proprement dit et il nous a semblé que l'on pouvait voir dans cette utilisation du mariage par usus et de l'usuratio trinoctii la façon d'après laquelle cette dualité d'institutions a pu être intégrée dans le droit

romain proprement dit.

Bien entendu il a fallu, pour que ce subterfuge puisse être conseillé et employé qu'il corresponde à une transformation des moeurs et qu'il soit appuyé sur l'assentiment de l'opinion publique. Les subterfuges des interprètes du droit, de même que les créations du préteur ne sont assurés de vivre que si ils sont acceptés par le droit coutumier.

En fait, cette nouvelle institution correspondait pleinement au sentiment public, et à l'état des moeurs. Nous avons dit l'époque probable de son introduction; ce dut être le VI^e siècle, la grande époque des transformations sociales et économiques. Grâce à ces transformations, la civilisation romaine évolue vers la liberté et semble s'évader des anciennes disciplines familiales. L'individualisme s'introduit dans la vie sociale et en fait, nous l'avons vu, les textes qui nous apportent la preuve certaine de l'existence de ce mariage ne remontent pas au-delà du VI^e siècle.

A partir du moment où il a été reconnu, il est revenu d'un usage général et le mariage cum manu n'a pas cessé de reculer devant lui.

La première conséquence de cette transformation est que le mariage libre n'est plus accompagné d'actes juridiques formels, tels que la confarreatio ou la coemptio. Assurément il est toujours marqué dans l'usage par des cérémonies religieuses. Nous savons que ces cérémonies religieuses ne nous sont connues que pour l'époque où il n'y avait plus guère que des mariages sine manu, mais ces usages familiaux sont ignorés par le droit civil, qui ne les a pas rendus obligatoires. Par conséquent, dans le droit civil le mariage est dégagé de toute règle sacrale, ou de toute règle formelle, il ne connaît plus que des règles de fond.

Ce sont ces règles de fond du consentement qui déterminent la validité du mariage et nous ajouterons qu'il subsiste la règle matérielle de remise de la femme à la disposition du mari, une sorte de tradition de la femme.

Dans l'établissement de ces règles de fond, le droit reste profondément influencé par l'état antérieur. Ce sont les formes du mariage soit dans le droit sacré, soit dans le droit civil d'où vont sortir les règles du droit moderne, et notamment ce sont ces formes d'où se dégage cette conception d'après laquelle c'est avant tout la volonté des époux qui crée le mariage. La conclusion du mariage est leur œuvre et ce sont ces formes qui ont donné à la volonté des pa-

Disparition
au point de
vue juridique
des règles du
droit religieux
et formalisme.
Persistance
de leur in-
fluence sur l'é-
tablissement
des règles de
fond.

rents un caractère extérieur à l'acte accompli par les époux.

De ce caractère, les jurisconsultes vont tirer les conséquences les plus extrêmes, et dirons-nous, les plus inattendues dans un droit aussi traditionnel que le droit romain.

Nous allons étudier ces règles de fond en trois paragraphes : § 1er : consentement des époux; - § 2 consentement des parents; - § 3 : mise de la femme à la disposition du mari, tradition de la femme à son mari. Cette étude sera beaucoup plus classique que nos chapitres précédents, nous allons nous trouver en face des textes du Digeste seulement et nous aborderons cette étude si importante et si décevante à la fois des interpolations.

§ 1er : Consentement des époux.

Le consentement des époux élément essentiel de conclusion du mariage.

Les Institutes de Justinien distribuant de la façon la plus claire le rôle respectif de chacune des parties intéressées : époux, pères de famille, dans la conclusion du mariage, Institutes, IO, pr. Justas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum precepta legum coēunt, masculi quidem puberes, feminae autem viripotentes, sive patres familias sint sive filii familias, dum tamen filii familias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet in tantum, ut jussum parentis praecedere debeat : Les citoyens romains contractent de justes noces entre eux lorsqu'il s'unissent suivant les préceptes des lois, les hommes étant pubères, les femmes nubiles, qu'ils soient pères de famille ou fils de famille. Cependant s'ils sont fils de famille, ils doivent avoir le consentement des parents sous la puissance de qui ils sont, car le droit civil et le droit naturel s'unissent pour leur conseiller de ne faire ce mariage de cette façon, seulement que l'autorisation du père vienne avant".

Ce texte est tout à fait clair. Il est impossible de marquer avec plus de netteté que le rôle principal dans cet acte est joué par la volonté des époux. Ce sont les époux qui font le mariage entre eux, qu'ils soient pères de famille ou fils de famille, c'est leur volonté qui est génératrice du mariage. Seulement, s'ils sont fils de famille, il faut, pour qu'ils puissent se marier, qu'ils aient le consentement de leurs parents.

Ce consentement se présente comme une condition de validité du mariage. Les termes techniques em-

ployés par Justinien pour qualifier le consentement des parents exprime bien cette nuance : c'est un jussum, non pas, comme nous le verrons, un ordre, mais une adhésion, une autorisation par laquelle on rend valable un acte juridique et on en assume les conséquences.

Ce consentement en principe, si l'on suit le conseil donné aussi bien par la loi civile que par la loi naturelle, c'est-à-dire par la raison, doit être donné avant. Cette conception des Institutes n'est pas une innovation du droit de Justinien, c'est la conception que nous rencontrons clairement dans le droit classique : les jurisconsultes classiques affirment dans des textes non suspects d'interpolation que le consentement des époux est aussi nécessaire que le consentement des parents.

Le premier de ces textes est tiré des Regulae d'Ulprien par conséquent d'une source antéjustiniennne. Ulprien, Regulae, 5,2 : "Justum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utriusque consentiant, si sui juris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt.

De ce texte, je donne la traduction suivante, que je dois justifier : Le mariage légitime a lieu si entre ceux qui contractent des noces il y a conubium, si le mari est pubère et la femme nubile, tous les deux doivent consentir s'ils sont sui juris, au contraire, s'ils sont in potestate les parents aussi doivent donner leur consentement.

Nous trouvons dans le Digeste deux textes que personne n'a pu suspecter d'interpolation et qui disent plus clairement encore la même chose :

D. 23,2,2 Paul, au Livre 35 sur l'Edit : Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt. Les noces ne peuvent avoir lieu que si tous y consentent, c'est à-dire ceux qui s'unissent et ceux de qui ils sont en puissance.

D. 23, I, II, Julien, Livre XVI de ses Digestes: Sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt et ideo sicut nuptiis ita sponsalibus filiam familias consentire oportet : les fiançailles comme les noces sont faites du consentement de ceux qui les contractent. C'est pourquoi, de même que pour les noces, il faut que la fille de famille consente au mariage.

De tous ces textes, le premier seul présente une difficulté au point de vue traduction, que je pense avoir résolue. On sait que l'opinion commune des

romanistes modernes accepte bien cette idée qu'en droit classique le consentement des époux est nécessaire pour leur mariage. C'est sur ces textes que se fonde cette idée. Mais la même opinion est unanime à penser que c'est une nouveauté du droit classique, tandis que dans l'ancien droit le caractère absolu de la puissance paternelle faisait que seule la volonté des parents était en jeu, qu'ils mariaient leurs enfants sans avoir à leur demander leur avis.

Nous avons fait justice de cette opinion en montrant pour le droit le plus ancien, comment le droit religieux des auspices et des sacrifices, comment le droit civil de la coemptio prouvent l'existence de cette volonté des enfants.

Néanmoins un auteur italien Solazzi (*Les nozze della minorenne*, Atti della Real Academia delle Scienze di Torino, vol. 51, 1915, p. 759, note 2, et In tema di divorzio, *Bulletino del Istituto di Diritto romano*, 34, 1924) a voulu soutenir que, même en droit classique, la fille n'était pas consultée pour son mariage. Sa tentative n'a eu aucun succès et on lui a opposé les textes décisifs que nous venons de citer.

Néanmoins, le premier de ces textes fait difficulté. La difficulté résulte de ces deux mots : aut etiam. Aut a un sens nettement disjonctif en latin, il signifie ou bien l'un ou bien l'autre. Si aut était seul, il n'y aurait pas de difficulté, le texte indiquerait une alternative; ce serait ou bien les époux qui consentent s'ils sont sui juris, ou bien les parents si les enfants sont in potestate.

Mais à côté de aut nous trouvons etiam, aussi qui vient corriger ce sens.

D'autre part, il est impossible, en présence des textes indubitables de Paul, contemporain d'Ulprien et de Julien son prédecesseur, que l'opinion d'Ulprien soit si différente. On a donc pensé, pour résoudre la difficulté, que aut devait être traduit faiblement, comme s'il y avait et, et par conséquent serait une conjonction et non pas une disjonction.

Mais il existe une constitution de Justinien, Code, 6, 38,4 qui signale cette acceptation. Il nous dit en effet que, dans certains cas, lorsqu'un testateur a écrit, illi aut illi do lege il vaut mieux; suivant l'intention de ce testateur, considérer qu'il a écrit aut comme s'il voulait mettre et : melius itaque nobis visum est aut pro et accipi : Il nous a donc paru meilleur de considérer que "ou bien" a été pris ici dans le sens de "et".

Mais Justinien nous dit en même temps que cette acceptation de aut est du langage populaire et incorrect.

Ce ne peut donc être du langage d'Ulprien qui, comme tous les jurisconsultes classiques, écrit une langue très précise et très correcte.

Girard, Manuel I68 note 4, pense que cette façon d'écrire est un souvenir de l'époque ancienne et que c'est en y pensant qu'Ulprien a ainsi parlé. Mais le souvenir d'un temps passé, même hypothétique, ne peut faire qu'Ulprien parle soit inexactement, si on garde le sens disjonctif, soit incorrectement si on prend le sens de et.

Solazzi, lui, fait mieux, il suppose que etiam est une glose, il la supprime et dans le texte d'Ulprien il voit la preuve de son opinion.

J'ai consulté à ce sujet un philologue de la Sorbonne, ou plutôt deux. Il y en a un pour qui le texte fait difficulté et qui a renoncé à l'expliquer. Le second, au contraire, m'a donné la solution qui permet la traduction que j'ai avancée. Voyez Ernoult et Meillet. Dictionnaire étymologique de la langue latine, au mot aut. Ces auteurs disent que aut veut dire : ou, ou bien, c'est une conjonction disjonctive qui sert à distinguer deux objets ou deux idées dont l'une exclut l'autre. Mais il a aussi un sens fort qui est : sinon, sans cela, au contraire. Ces auteurs citent une série de textes où il a ce sens et il faut encore ajouter aux textes cités les comédies de Plaute.

Alors ici etiam garderait sa pleine valeur de consentement des parents ajouté à celui des enfants et aut ne ferait qu'annoncer le si in potestate sunt, par opposition à sis iuris sunt, qui vient immédiatement avant le terme aut.

Traduisons alors, comme nous l'avons fait : tous les deux consentent s'ils sont sui juris, s'ils sont au contraire in potestate, le consentement lui aussi des parents doit être donné. Et voilà, me semble-t-il, le texte éclairé et Ulpien lavé de tout reproche d'inexactitude.

De tous ces textes que nous venons de citer, il résulte que la volonté des époux est un élément essentiel de la conclusion du mariage. Il ne peut pas être remplacé, parce que c'est cette volonté qui fait l'acte juridique. D'autre part elle doit rester libre, elle ne peut pas être forcée. C'est le principe que proclament les jurisconsultes et les empereurs.

D. 23.2.21 Terentius Clemens, au Livre 3 sur la loi Julia et Papia : Non cogitur filius familias uxorem ducere : Un fils de famille ne peut être forcé à prendre femme.

Code, 5,4,12 Dioclétien · Ne filium quidem fa-

nécessité de
la liberté du
consentement
ouci de la pro-
téger contre
toute contrain-
te juridique.

milias invitum ad ducentam uxorem cogi legum disciplina permittit : La loi ne permet pas qu'un fils de famille soit forcé de se marier malgré lui.

Le même Dioclétien, au Code 5,4,I5 : Neque ab initio matrimonium contrahere, neque dissociatum reconciliare quisquam cogi potest : unde intelligis liberam facultatem contrahendi, atque distracti matrimonii transferri ad necessitatem non oportere : Personne ne peut être contraint ni à contracter mariage ni à rétablir celui qui a été dissous et vous devez comprendre que l'on ne doit pas transformer en obligation la libre faculté de contracter mariage ou de le dissoudre.

Les jurisconsultes paraissent particulièrememt préoccupés par la nécessité de protéger cette libera facultas et d'empêcher que par quelque contrainte juridique sa libre décision ne soit empêchée. Cette anxiété est marquée par une décision d'autant plus frappante qu'elle n'est que du droit classique et qu'elle s'oppose à une règle ancienne.

D. 45, I, 134 Paul, au Livre XV de ses Réponses. Voici l'hypothèse posée par Paul et sur laquelle il fournit une réponse : Une certaine Titia avait un fils d'un premier mariage et Gaius Seius avait une fille. Titia et Gaius se marient ensemble, ils échangent entre eux la promesse de marier leurs enfants ensemble quand ceux-ci auront l'âge de se marier, ils échangent donc des promesses de fiançailles. Ils rejoignent à cette promesse une stipulation poenae : ils conviennent de payer une somme d'argent, une poena si le mariage ne peut pas avoir lieu. Gaius Seius meurt et sa fille ne veut plus le mariage : noluit nubere : je demande si les héritiers de Gaius sont tenus de la stipulation poenae, par conséquent si l'on pourra user de cette contrainte juridique pour forcer le consentement de la fille de Gaius Seius?

Voici la réponse du jurisconsulte : Respondit ex stipulatione quae proponeretur cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstataram, quia in honestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive jam contracta : Le jurisconsulte répondit que si l'on agissait en vertu de cette stipulation, comme elle est contraire aux bonnes moeurs, on peut lui opposer l'exception du dol mauvais, car on a regardé comme malhonnête d'enchaîner par le lien d'une peine au mariage soit à accomplir soit déjà contracté.

Ce texte s'oppose au droit ancien des fiançailles qui faisaient naître une action de sponsu en indemnité contre celui qui avait fait la promesse de

mariage si celle-ci n'était pas réalisée et il s'oppose au droit nouveau du Bas-Empire qui prévoit le paiement des arrhes si cette même promesse n'est pas réalisée.

Pourquoi les jurisconsultes proclament-ils avec insistance cette nécessité de ne pas forcer le consentement des enfants ? Pourquoi cherchent-ils à le protéger contre toute contrainte juridique ? A mon avis c'est parce que la règle de droit est en contradiction avec tout un côté des règles morales et des règles familiales. Aussi cherchent-ils à ne pas rendre plus difficile et plus incertaine la règle juridique en ajoutant à la contrainte morale des contraintes juridiques.

Il ne faudrait pas conclure de ce que je viens de dire que la règle de droit est en opposition avec les moeurs et avec la coutume familiale. Si la liberté de la volonté des époux s'est dégagée aussi bien du droit religieux que du droit formaliste, c'est que les moeurs l'ont imposée et que dans l'ensemble les Romains ont considéré que cette liberté était conforme à la justice et par conséquent devait être une règle de droit. Mais elle n'exprime pas toute la réalité sociale, elle est en contradiction avec d'autres règles également respectables et entre ces tendances contradictoires il y a conflit.

En effet, si les Romains ont posé très tôt cette règle de la liberté, c'est que très tôt ils ont reconnu à la personnalité humaine son autonomie. Le mariage, pour eux, est un acte individuel, le plus individuel que puisse accomplir un homme et une femme pour disposer de leur personne. Ils doivent donc être libres, ils ne peuvent pas être contraints.

Voilà la conquête inestimable que, de très bonne heure, a consacrée le droit chez les Romains. Mais cette conquête est contraire à un certain nombre de règles qui sont également respectables : ce sont les règles de la puissance paternelle et les règles morales qui imposent aux enfants d'obéir. La logique de la puissance paternelle et son omnipotence primitive imposaient, comme le dit Girard (P. 168 note 4), que le mariage dépendît de la seule volonté des parents. Cette logique l'emporte chez les peuples qui ont eu à un moindre degré le respect de la personnalité humaine. C'est pourquoi la fille n'est pas appelée à donner son avis sur son mariage dans le droit hindou, dans le droit grec, ni dans le droit germanique.

Il y a donc contradiction. La contradiction est dans les faits et elle est, en réalité, de tous les

le conflit
entre la rè-
gle de droit
et les règles
de la puis-
sance mater-
nelle.

temps et de tous les lieux. Il n'est pas nécessaire que les parents aient une autorité paternelle aussi absolue que l'autorité romaine pour qu'ils soient tentés d'exercer une contrainte morale sur leurs enfants pour leur faire accepter une épouse de leur choix, je veux dire du choix des parents. Il suffit qu'ils aiment leurs enfants, ce qui est un sentiment naturel.

La contrainte morale que les parents peuvent exercer, les Romains de l'époque classique ne la nient pas et ne la considèrent même pas comme un abus d'autorité. Ils y verraien bien plutôt l'exercice même de la puissance paternelle. De cette question les philosophes ont discuté.

Aulu Gelle, 2,7, rapporte une discussion d'école au sujet de cette question. Il nous dit que c'est un thème souvent débattu dans les écoles de philosophie que de savoir si les enfants doivent toujours et en tout cas obéir aux ordres de leur père. Voici cette discussion, elle est assez curieuse et montre bien la méthode exagérément logique du raisonnement philosophique grec et romain.

Les philosophes grecs et romains qui ont écrit sur la morale distinguent trois règles de conduite différente, sur lesquelles ils se livrent à une discussion extrêmement subtile. Voici quelles sont ces trois règles : la première est qu'un fils doit obéir à son père dans tout ce qu'il commande. - la deuxième est qu'il y a des circonstances où l'obéissance cesse d'être un devoir, et la troisième est qu'il n'y a aucun cas où le fils soit obligé d'obéir.

Comme cette dernière proposition est celle qui, au premier abord, paraît le plus particulièrement révoltante, dit Aulu Gelle, c'est par celle-là que nous allons commencer à expliquer la pensée des philosophes. Les ordres du père, écrit-il, sont justes ou injustes. Si ce que commande le père est juste, il faut le faire, non pas parce qu'il le commande, mais parce que le devoir commande de le faire. Si ses ordres sont injustes, il ne faut pas obéir, parce que le devoir défend de le faire. Par suite, conclut-

il, un fils n'est jamais tenu d'obéir à son père.

Cette conclusion, dit Aulu-Gelle, est inadmissible et quant au premier principe il contredit la vérité et la raison, car si un père nous ordonnait de trahir notre patrie, de tuer notre mère, il est évident que notre devoir n'est pas d'obéir.

L'opinion la plus sûre et la plus raisonnable, c'est donc celle qui, prenant un moyen terme, établit qu'on doit obéir dans certains cas et ne pas obéir dans d'autres. Selon l'avis des maîtres de la

discussion
les philosophes
sur l'étendue
de l'obéissance
des enfants aux
parents.
Le devoir pour
l'enfant d'épouser
l'époux
qui lui est
choisi par son
père.

philosophie, toutes les actions humaines sont honnêtes ou déshonnêtes. Tout ce qui est honnête en soi, par exemple garder sa parole, défendre sa patrie, chérir ses amis, tout ce qui est bien, nous devons en principe le faire, que le père l'ordonne ou ne l'ordonne pas. Au contraire, nous ne devons rien faire de ce qui est injuste, quand bien même le père l'ordonnerait.

Mais, entre ces deux espèces d'actions, il y en a qui sont indifférentes en elles-mêmes, comme par exemple - et ce sont ces exemples qui nous intéressent particulièrement parce que nous allons trouver le cas que nous étudions, - par exemple aller à la guerre, cultiver son champ, postuler les honneurs, plaider des causes et prendre femme, uxorem ducere. Toutes ces choses ne sont ni honnêtes, ni déshonnêtes et elles n'empruntent leur mérite ou leur blâme qu'à la manière dont elles se font. Dans toutes ces choses, on pense qu'il faut obéir à son père, par exemple s'il commande de prendre femme ou de plaider des procès, dans ces cas il faut obéir : *idcirco si pater jubeat obsequendum est.*

Donc, si le père ordonne, il faut obéir, mais si le père commande d'épouser une femme notée d'infamie, malhonnête ou criminelle, faudrait-il encore obéir? Non sans doute.

Vous voyez quelle est la conclusion, les philosophes sont tous d'accord pour dire que si le père ordonne le mariage, il est du devoir du fils d'obéir et d'épouser la femme qui lui est choisie par son père.

Sénèque note également comme un trait de vertu pour un fils d'avoir pris la femme que son père lui ordonnait d'épouser et de ne pas s'en être repenti. Sénèque, *Controverses*, 2,3,2 : *Duxi uxorem qu... pater jusserrat nec tamen nuptiarum mearum me poenitit : J'ai épousé la femme que mon père m'avait ordonné d'épouser et cependant je ne me repens pas de mon mariage.*

Pour sauvegarder la règle légale de la liberté des époux les jurisconsultes ne veulent donc pas qu'on ajoute une contrainte civile, même indirecte, et c'est pourquoi ils refusent de tenir compte d'une stipulatio poenae qu'ils estiment contraire aux moeurs. Mais par ailleurs ils ne peuvent ignorer la contrainte morale et le devoir d'obéissance et ce sont ces notions morales, cette contradiction entre le droit et les moeurs qui suffisent à expliquer complètement certaines décisions des jurisconsultes.

Celse, D.23,2,22 : *Si patre cogente ducit uxorem quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium : quod inter invitatos non contrahitur: maluisse hoc videtur : Si forcé par son père, il prend une épouse qu'il n'aurait pas prise s'il avait suivi sa volonté, il n'en a pas moins contracté mariage,*

Contradiction entre le principe légal de liberté du consentement et des moeurs.
Validité du mariage contracté par l'enfant par obéissance à la volonté du père d'après les textes classiques.

bien que le mariage ne soit pas contracté entre gens qui ne le veulent pas, il paraît en effet avoir préféré cela.

Le jurisconsulte nous montre donc que lorsque la volonté du fils a été contrainte, on n'en considère pas moins son mariage comme valable, car il a préféré obéir à son père que suivre son propre penchant. Par conséquent sa volonté existe, bien que c^entrainte.

Si une veuve a été mariée par son père sans observer les délais de viduité qui sont de dix mois, le préteur note d'infamie non pas la femme qui s'est remariée, mais le père de la femme et le père du mari, si le mariage a été contracté pour les deux jussu patris.

Cette règle est la même pour ceux qui s'engagent à la même époque et en même temps dans les liens de doubles fiançailles ou d'un double mariage. Ce sont les parents et non pas les enfants qui sont notés d'infamie prétorienne.

Ulprien, D. 3,2,11,3, Ulprien approuve cette distinction du préteur et il nous donne la raison de son approbation, qui est très exactement celle qui résulte des règles que nous venons d'exposer: Utrumque recte, nam qui obtemperavit venia dignus est: L'une et l'autre solutions sont données à bon droit, parce que celui qui a obéi est digne d'excuses.

Ces solutions sont directement tirées du droit en vigueur et de l'état présent des moeurs. Il n'est pas nécessaire de supposer, comme le fait Girard, Manuel, 8ème éd. p. 168, note 4, qu'elles reflètent un état antérieur où la volonté du père faisait le mariage.

§ 2 - Consentement des parents.

Nécessité du consentement des parents au mariage.

Rôle et nature du consentement des parents. — *Auctoritas, adhesio* par laquelle le père rend pos-

Nous venons de voir que pour les jurisconsultes classiques, le consentement des époux est essentiel pour la conclusion du mariage, car c'est lui qui fait le mariage et rien ne peut le remplacer. Mais, ajoutent les textes que nous avons cités, il faut aussi le consentement des parents. Telle est la conciliation qui a été trouvée par le droit civil entre les intérêts divergents des individus et de la famille. Les volontés coopèrent à la conclusion du contrat.

Comment s'exprime le droit classique à ce sujet? Il est important de passer en revue les termes qui sont employés pour désigner le consentement des parents. Il est une série de textes dont font partie ceux que nous venons d'étudier, qui parlent purement et simplement du consentement pour les parents: Ulprien Regulae, 5,2; D.23,2,2.; D.23,2,25; D. 23,2,34; D.48,5,15,6; Code, 5,4,7; Code, 5,4I,2. Quelques-uns de ces

able le mariage sans impliquer une intervention personnelle à côté de l'enfant.

textes parlent du consensus patris, notamment Modestin 23,2,25; Dioclétien, Code, 5,4,12 et Justinien dans le texte cité: Institutes, 1,10. Ailleurs nous trouvons ce langage de Paul: omnes consentiant, D.23, 2,2; Ulprien Regulæ 5,2: utrique consentiant aut etiam parentes:

Si nous n'avions que ces textes, on pourrait dire que les consentements des parents et celui des enfants sont mis sur le même pied et que parents comme enfants doivent être également considérés comme ceux qui concluent le mariage. Mais les autres textes vont nous permettre de préciser la notion. Il en est un groupe qui parlent de la voluntas patris et qui nous disent que les époux contractent les noces d'après la volonté de leurs parents: voluntate patris. Exemple: D. 23,2,35 Papinien: Filius familias miles matrimonium sine voluntate patris non contrahit. Le fils de famille soldat ne peut contracter mariage sans la volonté de son père.

Paul, Sentences 2,19,2: Eorum qui in potestate sunt sine voluntate ejus matrimonia jure non contrahantur sed contracta non solvantur: Les mariages de ceux qui sont assujettis à la puissance ne peuvent pas être contractés sans la volonté de leur père, mais les mariage contractés ne sont pas dissous.

Julien D.23,2,18 : Nuptiae inter easdem personas nisi volentibus parentibus renovatae justae non habentur : Les noces ne sont pas légitimes entre ces mêmes personnes, à moins qu'elles ne soient renouvelées par la volonté de leurs parents.

D'autres textes sont encore plus précis et ont l'avantage de nous donner la véritable nature de ce consentement des parents. Ce consentement, au point de vue des jurisconsultes classiques, c'est une auctoritas et c'est un jussus.

C'est une auctoritas : Paul D.23,2,3 : Si nepotem ex filio et neptem ex altero filio in potestate habeam, nuptias inter eos me solo auctore contrahi posse Pomponius scribit et verum est : Si j'ai un petit-fils d'un de mes fils et une petite-fille d'un autre de mes fils sous ma puissance, un mariage peut être contracté entre eux avec ma seule autorisation. Pomponius l'a écrit et je pense que c'est vrai.

Il semble que le jurisconsulte a besoin d'invoquer ici l'autorité d'un autre. C'est que, en effet, la règle est que pour le mariage d'un petit-fils l'autoritas de celui qui a la puissance ne suffit pas, il faut encore l'autoritas de son fils. Les jurisconsultes expriment la nécessité de cette règle en disant que l'on ne peut imposer à personne un hé-

ritier sien malgré lui, le résultat du mariage du petit-fils étant l'éventualité de la naissance d'un arrière petit-fils qui serait l'héritier sien du grand père. Il faut non seulement le consentement du grand père, mais encore le consentement du père lui-même, à toutes les générations.

Il s'agit d'un cas de solidarité familiale et l'on exige, avant de faire entrer une personne nouvelle dans une famille, que tous les membres de cette famille y consentent, de façon à donner l'assurance au père de la jeune fille, c'est-à-dire au père de l'autre famille qui va abandonner sa fille, qu'elle sera bien reçue dans la nouvelle famille.

Si c'est un mariage qui est fait entre deux membres de la même famille, deux cousins, cette solidarité familiale n'a pas besoin d'être invoquée puisque la jeune fille est déjà dans cette famille. C'est pourquoi le jurisconsulte considère que l'auctoritas du chef de la famille est suffisant.

Ulprien D.23,2,9 : Si nepos uxorem valet ducere avo furente omnimodo patris auctoritas erit necessaria sed si pater furit avus sapiat sufficit avi voluntas : Si le petit fils veut prendre femme, le grand père étant fou, de toute façon l'auctoritas du père sera nécessaire. Mais si le père est fou et le grand père sain d'esprit, la volonté du grand père suffira.

Paul D. 23,2,I6,I : Nepote uxorem ducente et filius consentire debet : neptis vero si, hubat voluntas et auctoritas avi sufficit: Pour un petit-fils qui veut prendre femme, le fils lui-même peut consentir, mais pour une petite fille, si elle veut se marier, la volonté et l'autorisation du grand père suffiront.

Nous savons ce que c'est que l'auctoritas. Ici c'est le père qui donne son auctoritas et par son adhésion il rend le mariage possible. Dans le sens technique ancien de ce mot, cette autorisation intervient dans la coemptio, c'est évidemment de là que le nom a été traditionnellement conservé. Mais il n'a plus le sens technique d'autorisation adjointe à un acte formel, ce n'est plus une autorisation qui se manifeste par la présence réelle des parents à côté des enfants, lorsque ceux-ci prononcent les paroles solennelles de la coemptio. Il n'y a aucune raison de penser, en effet, que les textes que nous venons de citer ne s'appliquent qu'à la convention in manum. Ces textes éditent des règles générales communes à tous les mariages, que ce soient des mariages sine manu ou des mariages cum manu.

Dans les deux derniers textes, on voit très clairement que auctoritas et voluntas sont synonymes et pourraient très aisément être interchangés.

Mais auctoritas exprime clairement cette idée d'adhésion à un acte accompli par une autre personne et le caractère accessoire de cette volonté. Ce mot n'exprime rien de plus que ce qu'exprime le dernier des termes que nous trouvons employés, le terme de jussum.

Le jussum
expression
technique
pour désigner
dans le droit
non formalisé,
le consentement
du pater.

Nous rencontrons jussum dans deux textes du Digeste, pour caractériser le consentement du père : D. 3,2,I et D. 3,2,II,3. Ce qui est important dans ces textes, c'est qu'ils nous donnent des extraits de l'Edit du préteur et par conséquent quand ils emploient le mot de jussum patris, on peut assurer qu'il ne s'agit pas d'un à peu près de langage, mais d'un terme précis et exact.

Il s'agit de la partie de l'Edit où le préteur énumère les gens qui sont notés par lui d'infamie. Voici le cas qui nous occupe. Un père remarie la fille qu'il a sous sa potestas, après la mort de son premier gendre, sans attendre le temps de deuil le délai de viduité de dix mois qui est imposé par la loi. A l'occasion de ce mariage sont notés d'infamie par le préteur, le père de la jeune fille, le mari si c'est lui qui a fait le mariage sans le jussum de son père : quis uxorem duxerit, non jussu ejus, in cuius potestas est.

Si au contraire, le père a consenti au mariage, c'est le père du mari qui est noté d'infamie, et non pas le mari : et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit : et celui qui a permis que celui qu'il avait sous sa puissance prenne comme épouse la personne dont il a été parlé plus haut.

Vous remarquerez la façon dont le texte parle du consentement du père. C'est une façon tout à fait passive. Le père a laissé faire.

La même note d'infamie est donnée, suivant les mêmes distinctions, dans le cas de doubles fiançailles, ou d'un double mariage qui aurait été fait les deux à la même époque.

Le deuxième fragment : D.3,2,II,3, fournit les explications d'Ulprien sur les paroles de l'Edit et il répète de la même façon : Excusatur, qui jussu ejus, in cuius potestate erat, uxorem duxerit : Doit être excusé celui qui a pris femme sur le jussum de celui qui l'avait en puissance.

Ainsi, quand on désigne de façon technique ce consentement des parents, il est appelé soit auctoritas, soit jussum, auctoritas avec le souvenir du droit

ancien formaliste, jussum dans le droit nouveau non formaliste, dans l'un et l'autre cas, c'est la même notion qui est ainsi caractérisée.

Caractère non formaliste du jussum, parallélisme avec l'auctoritas; validité d'un jussum postérieur à l'acte.

Le jussum du père de famille a été étudié surtout en fonction de l'action quod jussu. C'est le cas d'un acte juridique fait par un incapable, le fils de famille ou l'esclave, sur le jussum du père. Or le jussum n'est pas un ordre du père de famille à son fils d'avoir à accomplir cet acte, le jussum est un acte sans forme, par lequel le père de famille autorise un tiers à traiter avec son fils ou avec son esclave. Grâce à cette autorisation, l'acte fait par l'esclave est valable, alors qu'il serait nul sans cela. Le père prend à sa charge l'acte fait par le fils et ses conséquences, l'action quod jussu sera intentée contre lui : D. I5,4,I,I : Jussum autem accipiendum est, sive testato quis sive per epistolam sive verbis, aut per nuncium sive specialiter in uno contractu jusserrit sive generaliter: et ideo et si sic contestatus sit : "quod voles cum Sticho servo meo negotium gere periculo meo" videtur ad omnia jussisse. Le jussum intervient soit qu'il ait été donné devant témoins, ou par lettre, ou de vive voix, ou par messager, ou spécialement dans un contrat, ou de façon générale. Si quelqu'un dit devant témoins : Parce que tu veux faire une affaire avec Stichus mon esclave , à mes risques et périls, ce sera un jussum général.

On voit le parallélisme avec l'auctoritas. L'auctoritas est donnée dans la coemptio par le père, non pas à sa fille, mais au contractant qui lui demande s'il est auctor. L'auctoritas c'est un rapport qui existe dans la mancipatio entre le mancipio dans et l'acquéreur, dans la tutelle entre le tuteur et le tiers qui traite avec le pupille. C'est au mari , c'est à l'acquéreur que le père , le vendeur et le tuteur donnent leur auctoritas.

Peu importe le moment où est donné ce jussum, il valide l'acte même s'il est donné après la conclusion de l'acte : D. I5, 4,I,6 : Si ratum habuerit quis quod servus ejus gesserit vel filius, quod jussu actio in eos datur : Si quelqu'un a confirmé ce que son esclave ou son fils a géré, l'action quod jussu est donnée contre eux.

Nous allons voir maintenant que tel est très exactement le caractère du consentement du père dans le mariage. La loi civile et la loi naturelle, dit Justinien, conseillent de faire précéder le mariage de ce consentement, mais il peut être donné après. Si le mariage est fait par les époux sans le consentement de leurs parents, il est fait sans droit, non ci.

Ratification d'un mariage nul, faute de consentement du pater, par le jussum ultérieur de celui-ci.

jure factum, mais si le consentement des parents intervient ensuite, et valide le mariage, celui-ci est validé pour l'avenir :

D.48,5,I4,6 : Si quis uxorem suam velit accusare dicatque eam adulterium commisisse antequam sibi numeret, jure viri accusationem instituere non poterit, quia non, cum ei nupta est, adulterium commisit, quod et in concubina dici potest, quam uxorem quis postea habuit, vel in filia familias cuius conjunctioni pater postea concessit : Si quelqu'un veut accuser son épouse et dire qu'elle a commis l'adultère avant qu'il l'ait épousée, il ne pourra pas porter son accusation en vertu de son droit de mari, parce que ce n'est pas quand elle était mariée avec lui qu'elle a commis l'adultère. On peut dire la même chose de la concubine que l'on a prise ensuite comme épouse, ou de la fille de famille à l'union de laquelle le père a consenti postérieurement à l'union.

On peut voir par ce texte qu'une fille de famille qui se marie sans le consentement du père n'est pas considérée comme mariée; c'est une conjunctio, c'est une union, mais ce n'est pas un matrimonium legitimum. Aussi les enfants qui naîtraient de cette union ne seraient pas légitimes.

Mais à partir du moment où le père a donné postérieurement son adhésion, la femme devient urexor, le mariage devient valable.

Ce jussum, avons-nous dit, est sans forme aucune, il peut être donné de toute espèce de façon, de vive voix, par messager, par lettre. Cette si grande liberté a amené une discussion très caractéristique : comment en fait, pourrait-on savoir si il y a vraiment jussum ? De quelle façon admettra-t-on que la volonté du père est exprimée de façon sûre ? Voici une première discussion des jurisconsultes, qui illustre bien la nature de jussum du consentement du père.

D.23,2,34 pr. Papinien au Livre IV des réponses: Generali mandato quaerendi mariti filiae familias, non fieri nuptias rationis est : Itaque personam ejus patri demonstrari, qui matrimonio consenserit, ut nuptiae contrahantur, necesse est : il est raisonnable de penser que les noces de la fille de famille ne doivent pas être faites en vertu d'un mandat général de chercher un mari, car il est nécessaire que l'on ait fait connaître au père la personne de celui qui a consenti au mariage, pour que les noces soient contractées.

Avec ce texte, nous allons faire connaissance avec les auteurs qui recherchent les interpolations, mais ce ne sera pas toujours, comme nous le verrons,

la preuve
l'existence
jussum. Le
mandat général
chercher
mari pour
fille vaut-
consente-
nt ? D.23,
34 pr. dis-
ussion sur
interpolation
texte .

dans les meilleures de leurs recherches. Nous allons voir au contraire, du premier coup, jusqu'où on peut aller lorsqu'on veut rechercher sans fondement les interpolations.

J'ai traduit : personam ejus patri demonstrari qui matrimonio consenserit, en disant : on doit faire connaître au père la personne de celui qui a consenti au mariage. Ce n'est pas la traduction habituelle ; les auteurs disent généralement : On doit faire connaître la personne de celui-ci au père qui a consenti au mariage. Cette traduction respecte la place des mots et l'incidente : quia matrimonio consenserit est en effet plus près de patri que de ejus.

C'est alors qu'un auteur Solazzi, in tema di divorzio, Bulletino dell'Istituto di diritto romano, 24, p.5, accuse ce texte d'interpolation. Il dit d'abord ; Generali mandato n'est pas de Papinien, car le mandat de chercher un mari à sa fille est un mandat spécial ce n'est pas un mandat général. En outre ; patri qui matrimonio consenserit, c'est une addition des compilateurs, car c'est une phrase qui n'a pas de sens. Elle est inutile dit Solazzi parce que tout le monde comprend que la personne du gendre est présentée au père pour qu'il l'accepte ou pour qu'il la refuse. Ce mariage qui est dans le texte, entre deux nuptiae, ne peut pas être de Papinien. Ce passé : a consenti, n'est pas non plus du jurisconsulte, car le consentement du père suit la présentation du gendre proposé par le mandataire et ce consentement n'a pas été donné avant.

En effet, l'incidente ne s'explique pas dans la traduction habituelle acceptée par Solazzi. Si on applique l'incidente au père, en effet ce qui est dit serait un non sens pour Papinien, car si Papinien disait que le père a consenti toute la question posée par le texte n'existe plus, car il s'agit uniquement de savoir si le mandat vaut ou non consentement, ce qui implique que ce consentement n'a pas été formellement donné.

Mais si c'est un contre-sens pour Papinien, c'est aussi un contre-sens pour les compilateurs. Nous trouvons là la preuve d'une mauvaise traduction et non pas la preuve d'une interpolation.

Nous disons donc que l'incidente : qui matrimonio consenserit, se rapporte à ejus, c'est-à-dire à la personne du mari, et non pas à patri, c'est-à-dire à la personne du père. Pour assurer ma traduction j'ai encore posé la question à un philologue qui m'a répondu que sans hésitation, malgré la place des mots, la phrase incidente déterminative sera rapprochée

par un latin de ejus et non pas de patri. Car la phrase latine n'a pas, comme la langue française, la superstition de la suite des mots. Or patri est un substantif bien déterminé. Au contraire, ejus est un pronom indéterminé et signifie de celui qui. Ce pronom indéterminé resterait donc en l'air s'il n'était pas suivi d'un déterminatif. Ce déterminatif c'est la phrase incidente : qui a consenti au mariage.

La deuxième confirmation de cette interprétation est apportée par le subjonctif consenserit exprimant un passé. S'il était relié à patri, ce serait un indicatif et non pas un subjonctif qu'il faudrait ici : qui consensit. Au contraire, relié à un pronom indéterminé, c'est ce pronom indéterminé, qui d'après les règles de la langue latine, appelle le subjonctif.

Ainsi interprété, le sens s'éclaire et devient raisonnable. D'abord, pour generali mandato, tout le monde comprend que dans l'esprit du jurisconsulte le mandat général de chercher un mari pour sa fille s'oppose à un autre mandat, spécial celui-là, qui pourrait être le mandat de proposer sa fille à une personne déterminée et le jurisconsulte veut dire que ce mandat général de chercher un époux ne peut pas valoir comme jussum du mariage avec le jeune homme qui aurait été choisi par le mandataire, il faut encore que la personne du gendre ait été présentée au père, que celui-ci la connaisse, et c'est purement et simplement une règle de raison.

Quand le jurisconsulte parle de la personne de celui qui a consenti au mariage, qui matrimonio consenserit, il faut prendre cette incidente non pas dans un sens général et vague, mais dans le sens précis et effectif. Il ne s'agit pas d'un mariage futur, à mon avis, qu'un fiancé aurait éventuellement consenti à réaliser, c'est un mariage effectif, réalisé par le consentement des époux, c'est le mariage auquel l'époux a consenti.

La question posée au jurisconsulte, et pour laquelle il fournit un responsum est de savoir si ce mariage réellement effectué l'a été jure ou non jure, si le mandat peut être interprété comme constituant un jussum qui valide le mariage. Cette interprétation est renforcée par la lecture du paragraphe suivant de la même loi, où Papinien répond pour un autre cas également posé : Jure contractum matrimonium videbitur : le mariage sera considéré comme contracté légitimement.

D'après cette première discussion, le jussum du père doit être une adhésion expresse et donnée en connaissance de cause, je veux dire, en connaissance du fiancé. Mais ce jussum n'a plus aucun caractère

sence de tout caractère for-
liste pour
jussum.

Présomption d'existence du jussum tant que le pater n'a pas expressément refusé son consentement au mariage de la fille.

formel. L'auctoritas, en effet, qui est jointe normalement à un acte formel, à une coemptio, exige tout au moins la présence du père à l'acte per aes et libram. Pour le jussum, peu importe la façon dont il est exprimé, pourvu qu'il existe. Nous avons vu qu'il peut être donné de vive voix, par lettre, par messager, de n'importe quelle façon.

Cette absence de formalisme permet par conséquent d'aller plus loin. On verra que le jussum est présumé si le père n'ignore pas le mariage. Cette règle peut être tirée a contrario d'une réponse de Paul, D, I,5,11 : Paulus respondit, eum, qui vivente patre et ignorante de conjunctione filiae conceptus est, licet post mortem avi natus sit, justum filium ei, ex quo conceptus est esse non videri : Paul répondit que celui qui a été conçu du vivant du père et le père ignorant le mariage de la fille, bien qu'il soit né après la mort du grand-père ne peut pas être considéré comme fils légitime de celui de qui il a été conçu.

On voit quelle est l'hypothèse indiquée par Paul : Le mariage a eu lieu, le père de l'épouse ne l'a pas connu, du vivant de ce père un fils a été conçu, mais il est né après la mort du père de l'épouse. On se demande si il peut être considéré comme le fils légitime de son père.

Il faut savoir, en effet, que pour la filiation légitime, c'est la conception, et non pas seulement la naissance, qui doit avoir eu lieu pendant le mariage. Ici l'enfant a été conçu pendant que le mariage n'était pas légitime, du vivant du père de la femme et celui-ci l'ignorant. Mais il est né quand le mariage était légitime, le père étant mort. Ce ne sera pas une raison pour que le fils soit considéré lui-même comme légitime.

La solution donnée implique qu'a contrario, si le père n'ignorait pas le mariage au moment de la conception, on aurait considéré ce mariage comme légitime.

Les jurisconsultes vont même jusqu'à poser une règle encore plus négative : le père est censé avoir donné son jussum tant qu'il n'aura pas exprimé de façon formelle son refus de consentir au mariage. Paul exprime la règle et il invoque pour elle l'autorité de Julien : D.23,I,7 : In sponsalibus nihil interest, utrum testatio interponatur an aliquis sine scriptura spondeat. In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur, intelligi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Julianus scribit : Dans les fiançailles doit être exigé le consentement de ceux

minimisa-
tion du con-
sentement du
père. La non
contradiction
aut consent-
ement.

raisonnements
formels par
lesquels les
jurisconsul-
tés romains
ont arrivés,
sans certains
cas exception-
nels, à se
passer du con-
sentement du
père.

de qui il est nécessaire pour le mariage. Cependant le père est considéré comme avoir donné son consentement à la fille, à moins qu'il n'ait refusé de façon évidente. C'est ce qu'écrivit Julien.

Nous avons ainsi parcouru toutes les gammes que le caractère non formel du jussum permet de parcourir. Nous avons vu une adhésion expresse, une adhésion tacite et enfin une adhésion négative. D'étape en étape, les jurisconsultes ont minimisé de plus en plus le consentement paternel. Avec l'auctoritas ce consentement est le fondement même du droit, c'est lui qui rend la situation juridique valable. Mais il prend déjà l'aspect d'un acte extérieur au contrat. C'est la forme qui permet d'arriver à cette conception. Le mariage est fait par les époux, leur consentement est l'élément essentiel du mariage et l'auctoritas est un élément extérieur de l'acte.

Cette conception reste celle du droit classique et avec la disparition du formalisme la règle de forme devient une règle de fond. Le consentement extérieur apparaît comme un consentement en quelque sorte accessoire et secondaire.

Mais jusqu'ici, quelle que soit la façon dont on le minimise, le consentement est supposé toujours exister, quand le père adhère par son silence en ne contredisant pas, on suppose tout de même qu'il donne son consentement.

Les jurisconsultes sont allés encore plus loin. Sous prétexte d'appliquer la règle qu'il suffit que le père ne contredise pas pour consentir, ils vont faire un raisonnement formel qui leur permettra de se passer du consentement du père. C'est ce qu'ils ont fait dans le cas du mariage du fils du captif, du fils du fou et, depuis Justinien seulement, dans le cas du mariage du fils de l'absent.

Dans le cas où le père est captif ou fou, les enfants se trouvent placés dans une situation difficile et paradoxale, car leur père est devenu incapable de donner son consentement. Les enfants ne pourraient donc pas normalement se marier. Les jurisconsultes tranchent la difficulté à l'aide d'un raisonnement formel, dont le point de départ se trouve dans le caractère du consentement du père et dans l'adhésion passive dont nous venons de parler. C'est la règle d'après laquelle le père qui ne contredit pas est supposé consentir au mariage qui leur permettra de rendre possible le mariage du fils d'un captif ou d'un fou.

C'est un raisonnement paradoxal mais il est fait pour résoudre une situation également paradoxale, la situation du fils du captif, et par conséquent ce

raisonnement est légitimé par le but qu'il veut atteindre.

Nous avons ici un très bel exemple de ce raisonnement juridique qu'est le raisonnement formel, raisonnement formel qui se justifie par le but que l'on veut atteindre.

C'est cette règle du non contradicere qui va nous donner la clef et nous permettre d'interpréter de façon relativement facile et sûre les textes qui parlent du père captif et du fou. Ces textes sont d'abord les trois textes suivants:

1°) D. 23,2,9, Ulprien, livre 26 sur Sabinus:
Si nepos uxorem velit ducere, avo furente, omnimodo patris auctoritas erit necessaria: sed si pater furit, avus sapiat, sufficit avi voluntas. Is cujus pater ab hostibus captus est, si non intra triennium revertatur, uxorem ducere potest: Si le petit-fils veut prendre femme lorsque son grand père est fou, de toute façon l'autoritas du père sera nécessaire. Mais si le père est fou, le grand père étant sain d'esprit, la volonté du grand père suffit. Celui dont le père a été capturé par les ennemis peut prendre femme si le père n'est pas revenu avant trois ans.

2°) D. 23,2,10, Paul, livre 35 rue l'édit:
Si ita pater absit, ut ignoretur ubi sit et an sit, quid faciendum est, merito dubitatur; et si triennium effluxerit, postquam apertissime fuerit pater ignotus, ubi degit et an superstes sit, non prohibentur liberi ejus utriusque sexus matrimonium vel nuptias legitimas contrahere: Si le père est absent de telle sorte qu'on ignorera où il est et s'il existe, on a douté à bon droit de ce qu'il fallait faire et si le délai de trois ans est écoulé après que l'on ignore de façon certaine où le père se trouve, et même s'il est survivant, les enfants de l'un et de l'autre sexe ne seront pas empêchés de contracter un mariage, c'est-à-dire des noces légitimes.

3°) D. 23,2,11: *Si filius ejus, qui apud hostes est vel absit ante triennium captivitatis vel absentiæ patris uxorem duxit vel si filia nupserit puto, recte matrimonium vel nuptias contrahi, dummodo eam filius ducat uxorem, vel filia tali nubet, cujus conditionem certum sit patrem non repudiaturum: Si le fils de celui qui est chez l'ennemi ou qui est absent a pris femme avant le délai de trois ans de captivité ou d'absence du père, ou bien si la fille s'est mariée, je pense que le mariage ou les noces sont contractées légitimement, si du moins le fils a pris pour épouse, ou la fille s'est mariée à un personnage tel qu'il est certain que le père n'aurait pas refusé le mariage.*

Ces trois textes ont été soupçonnés par de nom-

Mariage du fils du captif ou du fou et de l'absent.

Les textes.
 Leur interpolation -
 Le délai de 3 ans.

breux auteurs d'interpolations. Parmi celles-ci il en est qui sont certaines; il en est d'autres, au contraire, qui nous paraissent douteuses.

Les interpolations certaines, acceptées par tous les auteurs, sont d'abord les suivantes: l'hypothèse de l'absence ajoutée dans ces textes à la captivité et le délai de trois ans.

En ce qui concerne le délai de trois ans, l'interpolation a été reconnue non douteuse depuis longtemps; le premier auteur, en effet, qui en a parlé, c'est Cujas, dans son Commentaire sur le livre 35 de Paul sur l'Edit, qui se trouve dans ses œuvres complètes, Tome II, p. 572. Il a été suivi par le président Favre, dans sa Jurisprudentia Papiniani, 9, 4, 5 p. 430 et tous les autres auteurs se sont ralliés à l'opinion de ces pères des recherches d'interpolations.

C'est que, en effet, l'imposition d'un délai de trois ans, pendant lequel les enfants devraient attendre soit le retour de captivité, soit la mort du père, est une mesure positive, qui ne peut être prise que par un législateur. L'interprétation des jurisconsultes, quelle que soit sa liberté, aurait été impuissante à établir un pareil délai.

En outre, pour l'absent, l'interpolation ici paraît certaine, parce que la situation du père absent est très différente de celle du père captif. L'absence ne fait pas perdre à l'absent sa capacité juridique, tandis qu'au contraire le captif est dans une situation semblable à celle d'un esclave. Par conséquent le raisonnement que nous allons voir, et sur lequel les jurisconsultes ont fondé leur solution pour le captif, ne peut pas s'appliquer au cas de l'absent.

En ce qui concerne les interpolations moins certaines, nous allons les étudier, en examinant chacun des cas, l'un après l'autre.

Voyons d'abord le cas du captif. Le plus ancien des jurisconsultes qui paraît avoir examiné la question, du moins dans l'état actuel des textes que nous possédons, est Julien, au D. 23, 2, 11. Ce texte que nous venons de citer comporte des interpolations sûres. C'est d'abord l'intercalation de vel absit, de l'absence et du délai de trois ans. Il en est une autre, qui paraît aussi certaine, c'est celle qui ajoute au cas du fils du captif le cas de la fille: vel si filia nupserit, et un peu plus bas: vel filia tali nubat.

Il semble en effet bien certain que Julien discutait la question à propos du fils et que c'est Justinien, pour généraliser la règle du texte, qui y a ajouté par interpolation la mention de la fille. Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, que les jurisconsultes classiques étaient d'un avis différent pour le mariage

mariage de
fille du
captif. Sa
possibilité
après Ju-
lien.

de la fille et pour le mariage du fils, bien au contraire: la possibilité pour la fille du captif de se marier était beaucoup plus certaine que pour le fils. La question a été discutée par les jurisconsultes pour le cas le plus douteux et le plus difficile.

Reste la règle posée par Julien: Je pense que le mariage est contracté légitimement. Il semble que ce terme de "puto", indique non pas une discussion entre les jurisconsultes, mais une solution relativement nouvelle que le jurisconsulte indique comme étant de lui.

La restriction finale du texte est très naturelle, si l'on considère, comme nous le verrons, que par le raisonnement formel les jurisconsultes interprètent la volonté du père. Cette restriction finale veut dire simplement que pour considérer que le père donne par son silence son adhésion au mariage du fils, il faut encore que ce mariage soit tel qu'il est évident que le père n'aurait pas refusé son consentement.

Cette partie du texte a été cependant soupçonné d'interpolation. Le premier qui a soulevé la question c'est le Président Favre; dans sa Jurisprudence de Papinien, p. 450, le président Favre dit que l'on ne voit pas les motifs de la restriction de la fin du texte, car, dit-il, ou bien le mariage n'est possible, qu'avec le consentement du père, ou bien il est possible sans ce consentement. S'il n'est possible qu'avec le consentement du père, tout mariage, quel qu'il soit, n'est pas valable. Au contraire, s'il est possible sans ce consentement, on ne voit pas la raison de la restriction finale. C'est Tribonien, dit-il, qui est responsable de tout ce texte; c'est lui qui, à la règle donnée par le jurisconsulte, règle formelle, ajoute la clause: ante triennium, avant trois ans, pour rendre possible la restriction *dummodo modo*, car après les trois ans, cette restriction n'aurait pas été possible.

Et alors, il a beau jeu pour critiquer ensuite la décision prise par Tribonien. Il montre, en effet, comment en ajoutant cette restriction, Tribonien en est arrivé à détruire l'effet de son délai de trois ans. Si, en effet, avant les trois ans, le mariage est possible, à condition que ce soit un mariage qui aurait été accepté par le père, Tribonien a rendu possible immédiatement tout mariage, sauf celui qui aurait été fait avec une personne indigne d'être l'épouse du fils. Et par conséquent quelqu'un qui a le désir de se marier, n'attendra le délai de trois ans imposé par Tribonien que s'il veut épouser une personne infâme. Si, au contraire, il veut épouser une personne que son père aurait acceptée, il ne lui est plus nécessaire d'attendre les trois ans.

C'est en effet exact, mais ceci me paraît être la preuve que la restriction dummodo est bien du jurisconsulte, est bien de Julien, car nous trouvons ici l'exemple d'une interpolation mécanique, par laquelle Tribonien a voulu introduire dans ce texte, comme dans les deux premiers, son délai de trois ans, sans s'apercevoir qu'il ruinait sa règle et qu'il rendait possible le mariage exactement comme le voulait Julien.

C'est bien, en effet, pour annoncer un tempérament que Tribonien a mis ante avant triennium, et non pas post, comme dans les deux autres textes. Mais s'il a été obligé ainsi de mettre ante et non pas post, c'est parce que le tempérament final se trouvait déjà dans le texte.

L'autorité du Président Favre a quand même entraîné les auteurs modernes et à peu près tous ceux qui recherchent les interpolations ont admis, à sa suite, que dummodo était interpolé (Voir Index Interpolationum, Tome II).

Raisonnement formel de Tryphoninus pour justifier cette solution - Le père incapable à raison de sa captivité ne peut contredire, donc le mariage est valable.

Ainsi nous trouvons dans ce texte de Julien la preuve que Julien a été un des premiers jurisconsultes à avoir admis la possibilité du mariage de la fille du captif. Après lui, nous trouvons Tryphoninus qui nous donne le raisonnement formel sur lequel les jurisconsultes se sont appuyés pour légitimer cette solution affirmative: D. 49,15,12,3: *Medio tempore filius, quem habuit in potestate captivus, uxorem ducere potest, quamvis consentire nuptiis pater ejus non posset: nam utique nec dissentire; susceptus ergo nepos in reversi captivi potestate ut avi erit suusque heres ei quodammodo invito, cum nuptiis non consenserit; non mirum, quia illius temporis conditio necessitasque faciebat et publica nuptiarum utilitas exigebat: Pendant l'intervalle (de la captivité) le fils que le captif a eu sous sa puissance peut prendre femme, bien que le père n'ait pas pu consentir à son mariage, car, de toute façon, il n'a pas pu non plus y contredire. Donc le petit-fils sera pris sous la puissance du captif revenu, car il appartient à son grand père et il sera son héritier bien en quelque sorte malgré celui-ci, puisque le grand père n'a pas consenti aux noces. Cela ne doit pas nous étonner, parce que c'est la condition juridique de cette période de temps, c'est la nécessité qui le faisait et c'est l'utilité publique des noces qui l'exigeait.*

Nous voyons ici le raisonnement sur lequel est fondée la solution, c'est un raisonnement formel, mais impeccamment déduit. En effet le captif et ses enfants, medio tempore, c'est-à-dire dans l'intervalle de la captivité, se trouvent dans une situation paradoxale: le Romain fait prisonnier par l'ennemi, d'a-

près le droit de la guerre, tombe dans l'esclavage de l'ennemi et par conséquent, pendant cette période, son incapacité est totale. Mais s'il revient à Rome, en vertu de la théorie du postliminium, il sera considéré comme n'ayant jamais été esclave. Si, au contraire il meurt en captivité, il sera considéré comme étant mort depuis la guerre où il a été fait captif.

Dans l'intervalle de temps, la situation du fils se trouve impossible à déterminer d'une façon définitive. On ne peut savoir si ce fils doit être considéré soit comme fils de famille, car il sera censé l'avoir toujours été si son père revient, soit comme père de famille, car il sera considéré comme l'ayant toujours été depuis le jour de la captivité si son père meurt en captivité.

Et, de la même façon, le père, en fait, dans cet intervalle de temps, est incapable de donner son consentement, mais s'il revient il sera considéré comme étant toujours resté père de famille, par conséquent pour que le fils se marie, il aurait fallu qu'il donne son consentement.

Cette incapacité du captif est totale et c'est une incapacité de droit. Pour se tirer de cette situation, les jurisconsultes ont pris en considération la manière toute négative d'après laquelle on pouvait considérer que le jussum du père était donné dans ce mariage: ce jussum est valable si le père ne contredit pas formellement au mariage. Par conséquent, disent-ils, du moment que le père ne contredit, le mariage est valable.

La conséquence la plus grave de ce raisonnement est aperçue par le jurisconsulte immédiatement après qu'il s'en est servi. La conséquence la plus grave est que ce père, revenant de captivité et reprenant tous ses droits dans sa famille, est exposé à y trouver des héritiers siens, des enfants nés dans le mariage de son fils, des héritiers siens qu'il n'a pas acceptés, puisque, en fait, il n'a pas consenti au mariage.

Déjà Julien avait aperçu cette conséquence et l'avait d'ailleurs acceptée: D. 49,15,23, au Livre 69 des Digestes: *Si quis, prægnate uxore relictæ in hostium potestatem pervenerit, mox natus filius ejus uxore ducta filium vel filiam procreaverit, ac tunc postliminio avus reversus fuerit: omnia jura nepotis nomine, perinde capiet, ac si filius natus in civitate fuisset: Si quelqu'un, laissant son épouse enceinte, est tombé sous le pouvoir de l'ennemi et que le fils né ensuite et ayant pris épouse a procréé un fils ou une fille, et qu'ensuite l'aïeul soit revenu, grâce au post liminium il reprendra tous ses droits sur son petit-fils, comme s'il avait été dans la cité à la naissance de cet ap-*

De la situation
des enfants
nés de ce ma-
riage en cas
de retour
du père.

Appréciation de la valeur du raisonnement formel. Fondement de la solution sur l'utilité publique.

fant.

On voit de la manière la plus claire, dans ce texte, que Julien avait aperçu cette conséquence de la solution affirmative pour le mariage du fils du captif qu'il l'avait aperçue et qu'il l'avait acceptée.

La fin du texte donne les raisons de fond pour lesquelles le raisonnement formel a été accepté. En effet, il n'est pas difficile de montrer la faiblesse de ce raisonnement et son caractère paradoxal. Il est bien évident que si le prisonnier est incapable à la fois de consentir et de contredire, ce n'est que d'une façon absolument verbale que l'on peut admettre que cette impossibilité de contredire vaut acceptation. Par conséquent ce raisonnement est acceptable uniquement si on le veut. Il ne sera décisif que pour les personnes dont le siège est déjà fait et la fin de la loi montre alors les véritables raisons pour lesquelles les jurisconsultes l'ont accepté, malgré sa faiblesse. C'est la publica utilitas qui les guide, c'est la nécessité des choses, et enfin c'est la situation juridique de chacun dans cette période qui leur impose la solution.

Déjà Paul, dans ses *Sentences*, avait indiqué ainsi, pour légitimer des solutions contraires au droit formel, l'utilité publique qu'il y a à favoriser les noces. Paul, *Sentences*, 2,19,2: *Eorum qui in potestate patris sunt sine voluntate ejus matrimonia jure non contrahuntur, sed contracta non solvuntur; contemplatio enim publicae utilitatis privatorum commodis praeferitur:* Les mariages de ceux qui sont sous la puissance d'un père, ne sont pas contractés légitimement sans la volonté de celui-ci. Mais lorsqu'ils sont contractés, ils ne sont pas dissous. En effet le souci de l'utilité publique doit être préféré aux commodités des particuliers.

Nous voyons donc que pour le fond rien ne s'oppose à ce que la totalité de ce texte soit du jurisconsulte classique et qu'il se suit d'une manière tout à fait logique et impeccable. Cependant de nombreux auteurs ont considéré qu'il était interpolé, car il présente en effet, dans la forme, une série de difficultés grammaticales, mais qui ne touchent pas au fond.

Au fond l'origine de ces soupçons d'interpolations se trouvent dans une remarque de Beckmann, *das Jus post liminii*, p. 17. Beckmann, dans cet ouvrage, dit que la solution du jurisconsulte est basée par deux motifs: le premier est un motif formel, dit-il, Beckmann n'a pas de peine à montrer sa fragilité. Le deuxième motif est au contraire un motif réel. Or, dit-il, l'un exclut l'autre; de ces deux motifs donnés successivement, il y en a au moins un qui est de trop.

Le fils peut-il valablement contracter mariage du moment que son père est dans l'impossibilité d'y contredire?

Le mariage du fils du captif.

Ils apparaissent donc comme des justifications maladroites qui ont été données *a posteriori* d'une mesure déjà prise depuis longtemps.

Cette raison est extrêmement faible, mais elle a suffi, on n'en a pas ajouté d'autre, pour qu'un grand nombre d'auteurs modernes aient considéré que ce texte devait être jugé comme interpolé.

En réalité, si les auteurs modernes sont tentés de voir dans l'ensemble de ce texte des interpolations, c'est qu'ils ne sentent pas la force relative que ce raisonnement formel tire de la nature même du consentement du père. Quant à nous, qui avons essayé de montrer quelle était la nature de ce consentement, nous voyons combien le raisonnement formel correspond à cette nature et par conséquent, nous sentons très bien que ce raisonnement peut parfaitement être l'œuvre des jurisconsultes classiques.

Ce qui montre ici d'une façon supplémentaire que ce raisonnement n'est pas l'œuvre de Justinien, c'est que dans ce texte, il lui a été impossible d'introduire le délai de trois ans qu'il avait pourtant introduit dans les trois textes précédents. En effet, la possibilité du mariage du fils du captif, basé sur le raisonnement formel, ne permet pas d'introduire ici la restriction d'un délai de trois ans qui lui serait imposé. Tribonien ne l'a donc pas répété ici, mais c'est une preuve que ce raisonnement, ce n'est pas lui qui l'a inventé, car il était contraire à la règle qu'il a réellement inventée. Il a trouvé ce texte et il l'a laissé.

Un troisième jurisconsulte nous paraît, lui aussi, avoir admis la possibilité du mariage du fils du captif, c'est Ulprien, dans le premier texte que nous avons cité: D. 23,2,9,1: *Is, cujus pater ab hostibus captus est, si non intra triennium revertatur, uxorem ducere potest: Celui dont le père a été pris par l'ennemi peut prendre femme.*

Dans un deuxième texte: D. 23,3,5,4: *Sed et si proponas praetorem vel praesidem decrevisse, quantum ex bonis patris vel ab hostibus capti, aut a latronibus oppressi filiae in dotem detur, haec quoque profectitia videtur: Mais si tu me dis que le préteur ou le gouverneur a décrété la somme qui doit être donnée en dot à la fille sur les biens du père, ou bien pris par l'ennemi, ou bien retenu par les brigands, cette dot, elle aussi doit être considérée comme profectice.*

Cette solution implique la reconnaissance du mariage du fils du captif ou de la fille du captif.

Nous trouvons enfin un quatrième jurisconsulte, c'est Paul, D. 23,4,8 qui a admis la même solution:

Paul, livre 7 sur Sabinus : Quotiens patre furente vel ab hostibus capto filius familias ducit uxorem filiaque familias nubit necessario etiam pactio cum ipsis dumtaxat dotis nomine fieri poterit ; Toutes les fois que le père étant fou ou pris par l'ennemi , un fils de famille prend une épouse, ou la fille de famille se marie, nécessairement un pacte pourra être fait par eux à titre de dot.

Nous ne savons pas s'il y avait des jurisconsultes qui refusèrent d'accepter ce raisonnement formel et décidèrent que le fils du captif ne pouvait pas se marier.

Après ce cas vient celui du fils du fou. Le fou est dans une situation analogue à celle du captif, je veux dire qu'il est incapable de consentir; il est donc incapable aussi de contredire au mariage de ses enfants. D. 50, I, 7, 40, Ulpian : Furiosi vel ejus, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est : Il est manifeste qu'il ne peut y avoir aucun consentement du fou.

Le fou est donc incapable de vouloir. On pourra, donc, de la même façon que pour le captif, lui appliquer ce raisonnement formel d'après lequel il suffit qu'il ne puisse pas contredire pour que le mariage soit valable.

Mais que ce raisonnement puisse être appliqué théoriquement au cas du fou, cela ne suffit pas pour dire que les jurisconsultes l'ont appliqué. Nous avons montré en effet combien ce raisonnement est paradoxal et par conséquent qu'il est nécessaire d'avoir la preuve positive qu'il était accepté pour pouvoir prétendre qu'en fait il a servi.

Nous avons par le témoignage de Justinien lui-même la preuve que pendant la période classique il a été tout au moins invoqué par les jurisconsultes. Cette preuve nous la trouvons dans une constitution du Code 5, 4, 25 de Justinien : Si furiosi parentis liberi, in cuius potestate constituti sunt, nuptias possunt contrahere, apud veteres agitabatur. Et quidem filiam furiosi marito posse copulari, omnes poene juris antiqui conditores admiserunt : sufficere enim putaverunt, si pater non contradicat. In filio autem familias dubitabatur: et Ulpianus quidem retulit Constitutionem Imperatoris Marci, quae non de furioso loquitur, sed generaliter de filiis mente capti, sive masculi, sive feminae sint, qui nuptias contrahunt, ut hoc facere possint etiam non adito principe, et aliam dubitationem ex hoc emergere, si hoc quod in demente constitutio induxit, etiam in furioso obtinendum sit : Voici la traduction que je propose : Si les parents d'un père

fou, sous la puissance de qui ils sont constitués, peuvent contracter mariage, c'est une question qui a été agitée chez les anciens jurisconsultes et presque tous les anciens fondateurs du droit ont admis que la fille du fou peut se marier. Ils ont pensé, en effet, qu'il suffisait que le père ne contredise pas. Au contraire, on en a douté, en ce qui concerne le fils de famille et Ulprien, à la vérité, à invoqué une constitution de l'empereur Marc qui ne parle pas du fou, mais d'une façon générale des fils d'un dément qui, soit hommes, soit femmes, contractent des noces, pour prétendre qu'ils pouvaient faire cela, même sans demander l'autorisation du prince. Et un nouveau doute s'est élevé sur la question de savoir si ce que la constitution dit pour le dément peut être ensuite appliqué au furieux.

De ce texte, nous pouvons tirer d'abord la preuve que la question a été discutée par les jurisconsultes, mais que si pour la plupart ils ont admis qu'on pouvait appliquer le raisonnement au mariage de la fille du fou, ils en ont douté pour le mariage du fils. Il n'y a pas de raison de mettre en doute le témoignage formel de l'empereur, et l'on doit admettre que ce raisonnement formel a bien été employé par les jurisconsultes classiques.

La fin du texte et la citation d'Ulpien font plus grande difficulté. La traduction que j'en ai donnée n'est pas celle qui est admise en général dans la littérature juridique. Les auteurs comprennent, en effet, le texte d'une façon toute différente. Pour eux l'empereur semble dire qu'Ulpien repoussait le raisonnement et qu'il était parmi ceux qui doutaient de son application au fils.

Voici comment on le comprend d'habitude : on dit qu'Ulpien invoque en faveur du doute la constitution qui parle non pas du furieux, mais en général du dément, constitution qui permet au fils du dément de se marier même sans l'autorisation du prince. Et alors les auteurs, en général, s'appuient sur ce texte, pour prétendre que c'est le droit classique qui fait une différence entre dément et furieux.

Le furiosus, en effet, d'après les textes de Justinien c'est le fou qui aurait des intervalles lucides, tandis qu'au contraire le mente captus c'est le fou, peut-être moins grave que le furiosus, mais dont la situation de santé est irrémédiablement perdue, qui est irrémédiablement fou et qui n'a pas d'intervalle lucide.

Pour les jurisconsultes anciens, ce serait là motif de la différence qui aurait été faite dans la

constitution de Marc Aurèle pour le furieux, on n'aurait pas permis le mariage du fils et on aurait imposé à celui-ci l'attente d'un intervalle lucide. Au contraire pour le dément, comme la situation est irrémédiablement perdue, on aurait permis à son fils de se marier sans attendre la mort de son père.

Cette explication se heurte à l'opinion généralement répandue dans les derniers ouvrages des romnistes modernes. Ils pensent en effet -(voir notamment Solazzi, *furor vel dementia*, Naples 1924) que cette distinction entre le furiosus et le mente captus n'est pas des jurisconsultes classiques. Pour eux la condition des deux est la même. C'est Justinien qui l'a introduite dans le droit et Solazzi fait remarquer que dans notre texte le doute que Justinien indique est un doute de Justinien lui-même et non pas d'Ulprien et aliam dubitationem ex hoc emergere ne veut pas dire du tout que l'alia dubitatio soit d'Ulprien, elle est de Justinien, et il résout les deux difficultés après les avoir exposées.

Cette remarque est très juste, mais je vais plus loin encore dans l'interprétation de ce texte. Bien loin de voir dans Ulprien comme l'ont fait les auteurs anciens, par une mauvaise lecture du texte, un de ces jurisconsultes qui doutaient que l'on puisse permettre au fils du fou de se marier, je vois au contraire dans Ulprien l'un des auteurs qui ont admis cette solution. Ulprien introduit en effet dans la discussion un argument d'autorité, en invoquant la constitution de l'empereur Marc Aurèle. Ce n'est pas lui qui s'inquiète de savoir si la constitution parle du furiosus ou du dément, la phrase : quem non de furioso, etc.. est une phrase de Justinien. Si nous ne nous laissons pas impressionner par la longueur de cette incidente, nous voyons que l'empereur disait qu'Ulprien a invoqué la constitution de l'empereur Marc Aurèle pour prétendre que les fils pouvaient se marier même sans en demander l'autorisation au prince.

Pourquoi Ulprien invoquait-il cette constitution ? Il ne nous est pas permis de le savoir de façon sûre, car nous ne la connaissons pas. Ce que nous pouvons voir certainement, c'est qu'il l'invoque pour dire qu'il pouvait se marier même sans autorisation du prince. On peut donc conjecturer que cette constitution n'était pas une constitution générale, qu'elle pouvait être la réponse du prince à un fils d'un certain dément qui lui demandait l'autorisation de se marier. Ulprien cite cette permission donnée pour l'établir et pour prétendre que le fils du fou, d'une façon générale, peut se marier, même sans avoir à de-

mander cette autorisation.

Si nous interprétons ainsi la constitution et si nous y voyons la preuve qu'Ulprien était permis ceux qui ne doutaient pas de la possibilité du mariage, nous comprenons mieux le texte du D. 23,2,9 que nous avons déjà cité. Ce texte dit en effet, dans sa première partie : Si le petit-fils veut prendre femme, son grand père étant fou, de toute façon l'auctoritas du père est nécessaire.

A la réflexion, cette réponse d'Ulprien ne nous satisfait pas complètement si elle est isolée, comme elle l'est dans ce fragment. En effet, ce que nous demandons, ce ne serait pas de savoir si l'auctoritas du père est nécessaire, ce serait de savoir si elle est suffisante. Le texte suppose donc qu'auparavant, dans la partie du fragment qui ne nous a pas été conservée par Justinien, la question de la validité de ce mariage était agitée, et si nous supposons, comme nous le prouve le témoignage de Justinien qu'Ulprien donnait la solution affirmative et permettait le mariage du fils ou du petit-fils du fou, même du vivant de son grand père, d'après le règle qu'il suffit que le grand père ne contredise pas, nous comprenons mieux qu'il ajoute ici, ce qui est très raisonnable que bien entendu il faudra demander au père son auctoritas. C'est la règle que nous connaissons, d'après laquelle le mariage du fils doit, pour être valable comporter l'auctoritas de tous ses ascendants, père et grand père.

A côté d'Ulprien, nous trouvons encore Paul qui paraît avoir été de l'avis que ce mariage était valable. C'est ce qui résulte du texte du D. 23,4,8 Paul, Livre 7 sur Sabinus, déjà cité : Toutes les fois qu'un père étant fou pris par l'ennemi, un fils de famille prend une épouse, ou une fille se marie, nécessairement la convention qui est faite entre eux peut être faite à titre de dot.

Reste enfin le cas de l'absent, qui a été assimilé dans les textes que nous avons sous les yeux au cas du captif et du fou; cette assimilation est faite dans deux des premiers textes que nous avons cités: D.23,2,10, et 23,2,11. Le texte principal qui s'applique à l'absent, c'est D. 23,2,10.

Nous avons dit que les auteurs modernes sont unanimement d'avis que c'est par voie d'interpolation que Justinien a introduit ici le cas de l'absent et l'a assimilé au cas du captif. En effet, dans le texte qui lui est entièrement destiné, on voit assez clairement que c'est par une interpolation que la solution positive a dû être substituée à la solution négative.

Assimilation
par Justinien
du cas de
l'absent à ce-
lui du captif.

En effet, Justinien introduit cette solution positive en disant : On doute à bon droit sur ce qu'il faut faire. Et il ajoute : Les enfants ne sont pas empêchés. Cette façon négative de parler montre qu'il avait en face de lui un texte qui, au lieu de permettre le mariage, le défendait, et en effet, comme nous l'avons dit, la situation de l'absent n'est pas de même nature que la situation du captif et du fou. L'absent quoique absent a conservé sa capacité juridique, et par conséquent il n'est pas incapable, soit de consentir, soit de contredire. Ses enfants devront attendre son retour ou sa mort pour se marier.

Dans l'hypothèse que nous venons d'examiner les jurisconsultes, sous prétexte d'appliquer les règles du consentement du père, cherchent, en réalité à l'éviter, sous l'empire des nécessités présentes. Ils arrivent à ce résultat en exploitant jusqu'au paradoxe la forme accessoire et secondaire sous laquelle se présente ce consentement. Mais ils en reconnaissent toujours la nécessité et le raisonnement formel qu'ils ont employé, c'est en quelque sorte unerévérence tirée à l'autorité paternelle, dans les cas où il est impossible de la respecter.

C'est faire un pas considérable en avant, c'est un changement de front véritable que de décider que l'on se passera de ce consentement et que l'on pourra même agir contre lui, malgré la volonté déclarée du père. Et, ce faisant, on attaque non plus la forme, mais le fond même du droit.

Ce pas décisif a été fait de bonne heure, dès le début de l'époque classique. Il n'est pas l'œuvre des jurisconsultes et de l'interprétation, cela aurait été d'ailleurs impossible, mais il est l'œuvre de la législation, notamment de la loi Julia, D. 23,2,19 (fragment des Institutes de Marcien) : Capite trigesimo quinto LegisJuliae qui liberos quos habent in potestate injuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antonini, per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. Prohibere autem videtur et qui conditionem non quaerit.

Je traduis le texte mot à mot : Au Chapitre 35 de la loi Julia, ceux qui s'opposent à ce que les enfants qu'ils ont sous leur puissance prennent femme ou épousent un mari, ou bien encore ceux qui ne veulent pas donner de dot, d'après la constitution des divins empereurs Sévère et Antonin Caracalla, sont forcés par les proconsuls ou par les gouverneurs de province, de colloquer en mariage et de doter.

Réforme législative permettant de se passer du consentement du père. L'obligation pour le père de doter sa fille. Interpolation rattachant cette solution à la loi Julia ou à une c. de Sévère et Caracalla.

Parait s'opposer au mariage celui qui ne cherche pas l'établissement pour sa fille.

Ce fragment est surtout célèbre parce qu'il paraît nous fournir le témoignage le plus ancien de l'obligation de doter qui incomberait au père, et en même temps dans son état actuel, il parle du mariage de la fille et du mariage du fils de famille.

C'est un fragment qui est interpolé. Il présente en effet, dans son état actuel, des traces évidentes d'interpolations. La démonstration en a été faite par Moriaud : Du consentement du père de famille en droit classique, *Mélanges Girard*, II, p. 291, 1912. L'étude a été reprise par Castelli : *Intorno a l'origine dell'obligo di dotare*, in *Diritto romano*, *Bulletino dell'Istituto di Diritto romano*, 26, 1913, p. 179 et ss. reproduit dans les *Scripti juridici*, p. 129 et ss. Ces interpolations ont, dans l'ensemble été acceptées par l'unanimité des auteurs.

D'abord en ce qui concerne l'obligation légale de doter l'interpolation a été établie par Castelli. Il estime, en effet, que cette obligation, en réalité ne date avec son caractère légal, que de Justinien c'est par voie d'interpolation que Justinien l'a introduite et dans notre texte la rattache à la loi Julia, ou bien à une constitution de Sévère et de Caracalla. Le texte actuel, d'ailleurs incorrect à ce point de vue, ne permet pas de décider entre ces deux faits, en effet, il dit : Capite trigesimo quinto legis Juliae, puis un peu plus loin, ex Constitutione Divorum Severi et Antonini, sans que l'on puisse savoir si la règle tout entière provient soit du Chapitre 35 de la loi Julia, soit de la constitution des empereurs.

Un deuxième indice d'interpolation apparaît dans cette série : qui prohibuerint, suivi de vel qui dotem dare non volunt. Cette suite où, à un subjonctif correspond un présent de l'indicatif, est une forme classique d'interpolation dont on a de nombreux exemples. C'est une incorrection qui doit être attribuée aux Byzantins. Un jurisconsulte classique aurait écrit: vel qui dotem dare noluerint.

Cette obligation de doter, les compilateurs l'ont introduite une deuxième fois dans le fragment de Celse, D, 37,6,6: Quod pater meus propter me filiae meae nomine dedit perinde sit atque ipse dederim :quippe officium avi circa neptem ex officio patris erga filiam pendet et quia pater filiae ideo avus propter filium nepti dotem dare debet, ce que mon père a donné pour moi à ma fille, c'est comme si je l'avais moi-

même donné, car le devoir moral (*l'officium*) du grand père envers la petite-fille résulte du devoir moral du père envers la fille, parce que le père de la fille, par conséquent le grand père à la place du fils doit donner une dot à la petite fille.

On sait que la dot profectice fournie par le père doit être rendue au père si la fille meurt avant lui, c'est la règle du droit classique. Si au contraire, le père était déjà mort à la mort de la femme, la dot était gardée par le mari. Ici le jurisconsulte se demande si la dot donnée par le grand père doit être aussi rendue au père survivant, comme si elle avait été donnée par lui, en un mot, si cette dot peut être considérée comme profectice, comme venue du père.

Le jurisconsulte répond affirmativement et, à cette réponse, il donne deux raisons, parce que le devoir moral du grand père de doter la petite-fille dépend du devoir moral du père vis-à-vis de sa fille et parce que, deuxième raison, tous les deux ont l'obligation de donner une dot.

On voit la contradiction entre les deux raisons : si c'est un devoir moral ce n'est pas une obligation juridique, la deuxième raison rend la première superflue. Il y a là une preuve de l'interpolation et de ce que la seconde raison a été ajoutée par Justinien, car en effet, on peut voir, par d'autres textes de jurisconsultes classiques que c'est un devoir moral, un officium pietatis, et non pas une obligation juridique pour le père de doter sa fille.

Parmi les textes cités par Castelli pour prouver cette règle, je me contenterai d'indiquer le plus décisif : Ulprien D, 38,5, I, 10 : Sed si libertus filiam dotavit, hoc ipso, quod dotavit non videtur fraudare patronum, quia pietas patris non est reprehendenda : Si l'affranchi a doté sa fille, il n'est pas considéré comme fraudant le patron par cela seul qu'il a donné une dot, parce que l'affection du père n'est pas une chose répréhensible.

On sait que la succession de l'affranchi doit revenir au patron, il n'aura donc pas le droit de faire des libéralités entre vifs. Mais si l'affranchi comme père avait été obligé légalement de doter sa fille, la question de savoir s'il avait fraudé le patron de son droit ne se poserait pas, car en dotant sa fille il ne ferait que remplir une obligation. Elle se pose au contraire, parce que, comme le dit le jurisconsulte, il obéit à sa pietas en la dotant, et non pas à une obligation juridique. Lorsqu'il donne la dot, il remplit un officium pietatis et non pas une obligatio.

Par conséquent, pour revenir à notre premier texte, c'est par interpolation que Justinien ajoute au mariage vel qui dotem dare non volunt, et un peu plus loin dotare. Le texte primitif ne s'occupait que du mariage, ne s'occupait pas de la dot.

Mais dans ce même texte nous relevons une deuxième interpolation, qui a été établie par Moriaud et par des arguments concluants. Dans son texte original la loi Julia et le jurisconsulte qui la commente, ne parlaient que du mariage de la fille. La règle n'était posée que pour le mariage de la fille et non pas pour le mariage du fils. Suivant une habitude déjà vue dans le cas du captif et du fou, c'est par voie d'interpolation que Justinien a rendu la règle plus générale et applicable aux deux, avec cette différence toutefois que dans le cas du fou et du captif si le jurisconsulte ne discutait que de la question du fils du fou, il ne s'ensuivait pas que le mariage de la fille du fou était interdit. Ici, au contraire, s'il ne discute que du mariage de la fille, c'est parce que, pour le mariage du fils, il y avait une solution contrarie : ce mariage n'est pas possible quand il y a l'opposition du père.

L'interpolation porte sur cette partie de la phrase : *Qui liberos, quos habent in potestate, injuria prohibuerint ducere uxores, vel nubere.* Le vrai texte devait être : *Filiae nexotesve quas habent in potestate injuria prohiberent nubere.*

D'où vient que l'on peut présumer l'interpolation de ce texte : c'est que les compilateurs ont conservé à la fin la formule : *coguntur in matrimonium collocare.* Ils font donc accorder *liberos*, dans le sens de fils comme de fille, avec l'expression *in matrimonium collocare*. Or cette expression s'applique uniquement aux filles. Jamais dans le Digeste les jurisconsultes classiques ne parlent de *matrimonium collocare* pour un fils. L'expression classique du fils qui se marie, c'est : *uxorem dicit*, et pour la fille : *nubit*, ou bien *in matrimonium collocatur*.

La preuve en est fournie par Moriaud, p. 297. Elle a été reprise et augmentée par Solazzi : *Les nozze della minorenne atti della R. Academia delle scienze di Torino*, 51, 1915, p. 759, note 2.

Cette fin non modifiée, qui est en contradiction avec le début, marque l'interpolation. Elle est la preuve que la loi Julia ne parlait que du mariage de la fille, c'est pour ce mariage seulement qu'elle posait la règle que le consentement du père pouvait être forcé.

A cause de cette interpolation, le texte a été

rendu incorrect et incompréhensible. Dans l'état actuel, on ne peut savoir si la règle a été posée par le chapitre 35 de la loi Julia, comme le dit le texte au début, ou par la constitution des empereurs Sévère et Caracalla, comme il le dit plus loin.

Il y a là encore un indice d'interpolation. Moriaud conjecture simplement que le texte primitif de Marcien disait que la loi Julia permettait d'en appeler à l'autorité du préteur urbain et à la constitution des empereurs Sévère et Caracalla établissait dans les provinces la compétence des proconsuls et des gouverneurs de province.

Le texte restitué par Moriaud pourrait être le suivant : Capite trigesimo quinto LegisJuliae qui filias nepotesve quas habent in potestate injuria prohibuerunt nubere , per pretorem urbanum vel ex constitutione divisorum Severi et Antonini per proconsules praesidesque provinciarum, coguntur in matrimonium collocare prohibere autem videtur et qui conditionem non quaerit : En vertu du chapitre 35 de la loi Julia, celui qui empêche sans droit les filles ou les petites-filles qu'il a sous sa puissance de se marier, sont forcés par le préteur urbain ou bien, d'après la constitution des divins Sévère et Antonin par les proconsuls ou les gouverneurs de province de les donner en mariage. Paraît empêcher même celui qui ne cherche pas d'établissement pour sa fille.

On comprend la raison pour laquelle la loi Julia faisait une distinction entre le mariage des fils et le mariage des filles. Permettre à un fils de se marier contre le gré de son père c'est une atteinte directe, la plus grave que l'on puisse porter à l'autorité paternelle.

Comme disent les jurisconsultes en se plaçant au point de vue un peu étroit du droit civil, on donnait ainsi au père de famille des héritiers siens malgré lui, plus largement, on ferait entrer malgré lui dans sa famille une personne dont il ne veut pas et on soumettrait à son autorité paternelle des petits-fils qu'il a repoussés. Au fond, il paraît impossible de penser qu'Auguste ait pu envisager une subversion aussi radicale des règles de la famille et de la patria potestas.

La situation est absolument différente en ce qui concerne la fille. Sa personne seule est en jeu, nous dirions même volontiers seulement sa personne physique. Le foyer qu'elle va fonder fait partie d'une autre famille, il n'y a rien de changé dans la famille du père, et même, par un raisonnement un peu formel, analogue à celui que nous avons vu servir aux juris-

consultes classiques pour obvier aux inconvénients de la capture et de la folie, on pourrait presque dire qu'en théorie on ne touche pas à la puissance paternelle. A l'époque d'Auguste, le mariage usuel est le mariage sine manu; c'est à ce mariage-là que pense Auguste lorsqu'il le permet contre la volonté du père. La fille n'est pas enlevée à sa puissance et au point de vue du droit formel la situation familiale est inchangée.

Relation entre
la solution
de la loi
Julia sur la
possibilité
de se passer
du consentement
du père et
l'importance
donnée dès
le principe au
consentement des
époux dans le
mariage.

Il n'en est pas moins vrai que si le législateur qui, par ailleurs, nous le savons, s'est attaché à faire revivre les anciens usages, a cru pouvoir adopter cette règle, il a fallu que la conception sur laquelle elle était fondée ait eu une singulière vigueur, qu'elle ait eu des racines profondes dans la conscience juridique des Romains. C'est cette conception même du mariage que nous avons dégagée qui rend possible cette conséquence extrême. La règle a pu être envisagée seulement parce que le droit considérait que c'est avant tout la volonté des époux qui fonde le mariage. Ce sont eux les véritables parties à l'acte. Il a fallu que, de plus en plus, le caractère accessoire de la puissance paternelle, pour avoir été au début une règle de forme, ait eu une influence si profonde sur le droit non formel du mariage libre qu'il soit devenu une véritable règle de fond.

Tout se passe, en effet, comme si le législateur avait pensé que le consentement du père étant accessoire, le magistrat pouvait passer outre et reconnaître le mariage si ce consentement était refusé à tort.

Et la fin du texte aggrave singulièrement cette conséquence et renforce notre point de vue: c'est empêcher le mariage, estime le jurisconsulte, que de ne pas rechercher d'établissement pour sa fille. Cette manière cavalière de traiter la puissance paternelle à l'époque d'Auguste, ou tout au moins à l'époque de Marcien, semble si anormale que Landucci (*Scritti in onore di P.B. Bonfante*, IV, p. 6 note 37, p. 37 note 29) pense que cela suffit à prouver que ce texte est interpolé.

Mais il n'y a pas d'autre raison de le suspecter. Il est évident pourtant que si les conceptions classiques que nous avons essayé de dégager, qui donnent le premier rôle aux époux, avait été une conception nouvelle qui venait à peine d'apparaître à la place d'une autre entièrement différente, où le consentement du père seul était requis, elle n'aurait pas pu, dès le début de son existence, arriver à la conséquence la plus extrême de sa transformation. Il aurait paru impossible que la puissance paternelle, après avoir été tout

dans cet acte, puisse être, à ce point, tems pour négligeable.

C'est cependant une révolution de cette sorte qui aurait été opérée par le droit classique, d'après l'opinion à peu près unanime des auteurs modernes. Nous avons vu que les romanistes modernes acceptent dans son ensemble et pour le droit classique, la conception que nous venons de déterminer. Ils acceptent, en effet, que le mariage dépend du consentement des enfants, d'abord, auquel vient s'ajouter le consentement des parents.

Mais nous avons vu aussi qu'ils ne mettent pas en doute que c'est une conception moderne, qui aurait succédé à une autre entièrement différente, celle qui donnerait à la volonté du père de famille, et à sa volonté seule, le droit de conclure le mariage des enfants.

Nous avons vu, au contraire, que, dans notre système, la conception du droit classique est l'œuvre de l'ancien droit. On la trouve déjà dans le fas, dans le droit religieux, dans les coutumes religieuses du mariage qui donnent le premier rôle, dans les auspices et dans les sacrifices, aux époux eux-mêmes. Elle a passé dans l'ancien droit civil du mariage cum manu, dans la coemptio accomplie par les époux sous l'auctoritas du père.

Le droit classique, en accordant cette première place à la volonté des époux, n'a fait que recueillir la tradition la plus lointaine des formes du mariage et lui donner son plein épanouissement. De sorte que la loi Julia, en poussant jusqu'à ses conséquences les plus extrêmes la logique de cette conception, a pu, du moins, s'appuyer sur une tradition fermement établie par des siècles d'usage. Elle n'a pas aggravé jusqu'à l'absurde une nouveauté révolutionnaire.

Le consentement demandé au père des futurs époux est issu d'une conception très différente de nos conceptions modernes. Dans notre droit, lorsque le consentement des parents est exigé pour le mariage des enfants, c'est dans l'intérêt des enfants que cette règle est posée. On suppose que ces enfants n'ont pas encore l'âge et l'expérience leur permettant de faire le meilleur choix. On suppose qu'ils ne sauraient résister seuls aux entraînements de la passion et qu'ils sont exposés à conclure un mariage disproportionné ou déraisonnable. C'est pourquoi on impose cette nécessité aux enfants qui ne sont pas encore majeurs, avec quelques règles qui prolongent quelque peu cette majorité.

Pendant cette période, c'est aussi bien le consentement du père que celui de la mère qui est demandé

Fondement du consentement du père; différence avec le droit moderne ; solidarité familiale; sa moins grande importance pour le mariage de la fille.

et même, dans certains cas, des grands parents, car ce n'est plus ici une question de puissance, c'est une question d'affection et de protection. Passé cet âge, même si les enfants ont encore leurs parents, il n'est plus question de leur demander leur consentement, car ils sont censés capables de voir eux-mêmes leur propre intérêt.

C'est une règle totalement différente de la règle du droit romain classique. A aucun degré, elle n'est tirée d'un devoir de protection, mais elle résulte de la structure de la famille romaine. A cause de cette structure, il existe une solidarité très étroite, sous l'autorité d'un chef unique. Le mariage d'un des membres de la famille est une affaire qui intéresse toute cette famille et non pas seulement la personne qui se marie. C'est pourquoi l'intervention de la famille est plus énergique dans le mariage du fils que dans le mariage de la fille; la solidarité familiale est ici plus directement intéressée, car le mariage du fils introduit un élément nouveau dans la famille paternelle: la femme et ensuite les enfants. Pour ne pas rompre cette solidarité, il faut le consentement non seulement de celui qui a la potestas, le grand père, mais le consentement de toutes les générations intermédiaires, qui n'ont pas encore la puissance et le fils sera dans l'impossibilité de se marier sans avoir obtenu cet assentiment unanime.

Au contraire, le mariage de la fille a moins d'importance au point de vue de la famille, aussi est-il plus libre, plus facile, contrairement à ce qu'on attendrait d'après nos idées modernes. Le père seul, et même depuis la loi Julia le magistrat peut l'y forcer, donne le consentement.

L'idée moderne commence à apparaître sous l'Empire, non pas pour le fils; pour celui-ci, quel que soit son âge, s'il est sous l'autorité du père, il faut qu'il ait son consentement. Mais s'il est sujet, il a une liberté complète, depuis sa puberté. Ces idées nouvelles apparaissent pour la fille qui n'a plus son père. Elle est placée, dans le droit classique, sous la tutelle perpétuelle; le mariage cum manu nécessite l'auctoritas du tuteur, à cause des biens. Nous avons même vu que cette auctoritas est nécessaire pour le mariage par usus. Mais dans le mariage sine manu, l'autorisation du tuteur est-elle nécessaire?

Le droit civil classique ne paraît pas s'être occupé de la question. C'est sur des indices très faibles que les auteurs modernes se décident, soit pour l'affirmative, soit pour la négative. Le moins qu'on puisse dire est que la question reste douteuse.

En ce qui concerne la femme majeure, quoiqu'en

Apparition de la conception moderne sous l'Empire pour le mariage de la fille sui juris. Intervention du tuteur pour la constitution de dot. Usage familial du consentement des parents.

tutelle perpétuelle, j'incline à penser que le tuteur n'avait pas un droit légal d'intervenir pour le mariage, il n'avait qu'un droit indirect, car son intervention n'était nécessaire que pour la constitution de dot, et encore lorsque la dot était constituée à l'aide de biens comme les res mancipi, dont l'aliénation doit être faite avec l'auctoritas du tuteur, mais ici, a fortiori, était-il surveillé et forcé, en cas de résistance injustifiée, par l'intervention du magistrat.

Le tuteur, en effet, n'a aucun droit sur la personne de la femme pubère. Cette personne ne lui est soumise en rien; elle n'est obligée de recourir à son office que pour ses biens et pour certains actes juridiques seulement. Ulprien, Regulae, 11,27, les note limitativement; parmi eux ne figure pas le mariage.

En outre, Ulprien, Regulae, 11,20, nous dit: "Ex lege Julia de maritandis ordinibus tutor datur a praetore urbis ei mulieri virginive, quam ex hac ipsa lege nubere oportet, ad dotem dandum dicendam promittendamve, si legitimum tutorem pupillum habeat. D'après la loi Julia, un tuteur est donné par le préteur urbain à cette femme ou à cette vierge qu'il faut marier, en vertu de cette loi pour donner, déterminer ou promettre une dot, si elle a comme tuteur légitime un mineur.

On remarquera qu'Ulprien, envisageant le mariage, ne parle du tuteur que pour constituer la dot. C'est donc à mon avis que pour le mariage le consentement du tuteur n'était pas nécessaire.

Le paragraphe suivant, 21, pose la même règle: quand le tuteur légitime est fou, un autre tuteur doit être donné: ad dotem constituendam. Il semble que cette solution négative que l'on peut tirer de ces deux textes n'est pas infirmée, comme le prétend Girard, Manuel, p. 170 note 2, par le paragraphe suivant: 22, Item ex senatus consulto tutor datur mulieri ei, cuius tutor abest, praeterquam si patronus sit qui absent; nam in locum patroni absentis alter peti non potest nisi ad hereditatem, adeundam et nuptias contrahendas: De même, d'après le senatus consulte, un tuteur est donné à cette femme dont le tuteur est absent, sauf si c'est le patron qui est absent, car on ne peut demander un autre à la place du patron absent, sauf pour faire adition d'héritage et pour contracter mariage.

On sait que l'affranchie ne peut pas se marier sans l'auctoritas de son patron. Le texte dit avant tout que l'on peut remplacer le tuteur absent par un tuteur datif. Voilà la règle, avec cette restriction qu'on ne peut pas remplacer le patron, on ne peut le

remplacer que dans deux cas : pour faire adition d'hérité et pour le mariage. C'est une restriction spéciale au patron, c'est par conséquent comme remplaçant du patron et non pas comme tuteur en général que l'autre intervient, ici la règle est spéciale au tuteur patron et à son remplaçant.

De ce qu'Ulprien parle ici du mariage, on peut même être confirmé dans l'idée que ce n'est ni par hasard, ni par erreur ou négligence que, dans les deux paragraphes suivants, Ulprien envisage seulement la constitution de la dot et non pas le mariage. Le rapprochement de ces deux règles semble bien prouver que si dans le premier cas il ne s'agit que de la dot, c'est parce que le mariage est possible sans le tuteur, tandis que dans le deuxième cas c'est le mariage qui n'est pas possible sans le patron.

Ce qui amène la confusion dans l'esprit des auteurs modernes, c'est qu'ils ne distinguent pas suffisamment entre les règles du droit civil et les usages familiaux. Il paraît probable, et il est naturel, que, dans le mariage de la fille sui juris, au moins de la jeune fille qui a des biens, interviennent en fait non seulement le tuteur, mais encore la mère et les autres parents. C'est ce qui résulte d'un récit de Tite Live, 4,9 que l'on fait intervenir dans notre question. Il s'agit d'ailleurs de Latins et non de Romains.

Deux jeunes gens de la ville d'Ardée, dans la Latium, recherchaient une jeune fille plébéienne, célèbre pour sa beauté, et sans doute qui n'était pas dépourvue de biens. L'un des jeunes gens était plébéien, ce candidat était appuyé par les tuteurs qui, eux aussi, étaient des plébéiens et qui agissaient par esprit de corps, l'autre était patricien, celui-là était appuyé par la mère, qui cherchait pour sa fille le parti le plus brillant.

Comme le choix n'avait pas pu être réglé en famille, les parents en appellent aux magistrats. Les magistrats donnent raison à la mère, mais les tuteurs, se plaignant de l'injure qui leur est faite, attaquent à main armée la maison de la mère et enlèvent la jeune fille. Les nobles, à leur tour, marchent contre les tuteurs, sous la conduite du jeune homme patricien, la ville est soulevée, les plébéiens se retirent de la ville et appellent les Volsques, les patriciens appellent les Romains, les Romains battent les Volsques et rétablissent la paix dans la ville. On ne nous dit pas ce qui est advenu de la jeune fille.

Encore qu'il ne s'agisse ici que de Latins, il est trop évident que ce n'est pas une question de droit qui est posée. La mère n'a aucune puissance, el-

le n'a donc pas de consentement valable à donner, et quant aux tuteurs, la preuve que leur consentement n'avait pas non plus, lui aussi, une valeur juridique, c'est que les magistrats décident contre eux. Il s'agit donc d'usages familiaux à arbitrer par les magistrats de la cité, et non pas de règles de droit.

La constitution de Sévère et d'Antonin Caracalla concernant le conflit entre le tuteur, la mère, les parents.

Ce conflit en lui-même est un conflit naturel, et il s'est produit à Rome comme dans le Latium et la possibilité du conflit montre l'incertitude de la question au point de vue du droit. Ce conflit fut réglé par voie législative sous les empereurs Sévère et Antonin Caracalla : Code 5,4,I : Cum de nuptiis puellae quaeritur nec inter tutorem et matrem et propinquos de eligendo futuro marito convenit arbitrium praesidis provinciae necessarium est : Lorsqu'il est question du mariage d'une jeune fille et qu'entre le tuteur, la mère et les parents il n'y a pas accord sur le choix du futur mari, il est nécessaire de faire intervenir l'arbitrage du gouverneur de la province.

On ne peut pas dire que la règle soit nouvelle, mais elle est ici formulée dans un texte législatif. On voit donc, par cette constitution, que d'après l'usage, les tuteurs, la mère et les parents s'occupaient du mariage de la jeune fille, mais qu'aucun d'eux n'avait un pouvoir de décision véritable.

La question change de face lorsque la tutelle perpétuelle disparaît. Comme les autres mineurs, la jeune fille a un tuteur jusqu'à la puberté, et de ce moment jusqu'à l'âge de 25 ans, elle peut avoir un curateur. Il semble que dans le droit des provinces, spécialement dans le droit oriental, les curateurs interviennent au mariage.

Dans le Code Syro-Romain, la question est plusieurs fois posée, dans plusieurs passages, on se demande si le consentement de la mère et des frères est nécessaire pour le mariage de l'orpheline mineure de 25 ans. Tous ces textes répondent que suffit le consentement du curateur, sauf un seul qui veut aussi le consentement de la mère et des frères. Un papyrus de Leipzig, Chrestomathie, p. 300, montre aussi la nécessité du consentement du curateur.

Contre cette tendance orientale, le droit romain pur réagit. Les jurisconsultes classiques et les empereurs rappellent que le curateur n'a aucune compétence matrimoniale : D. 23,2,20,Paul : Sciendum est ad officium curatoris non pertinere, nubat pupilla an non, quia officium ejus in administratione negotiorum constat : Il faut savoir que dans l'office du curateur n'entre pas la question de savoir si la pupille se marie ou non, parce que cet office ne consiste

La constitution de 408 sur le consentement de la mère et des proches au mariage de la fille sui juris mineure de 25 ans.

que dans l'administration des biens.

En 408, une constitution d'Honorius et de Théodore pose la règle qui va être la règle de Justinien : Code 5,4,20 : Jusqu'à 25 ans, une fille sui juris a besoin du consentement de son père, si celui-ci est encore vivant et l'a mancipée, quand le père est mort, il faut le consentement à la fois de la fille, de la mère et des proches parents. S'il y a conflit et que la fille par modestie ne veuille pas décider, ce seront les magistrats qui interviendront. Après 25 ans, c'est à la jeune fille seule qu'il incombe de choisir un mari.

Toutes ces règles préparent le droit moderne qui a pour base l'intérêt de l'enfant et non plus les principes de l'autorité paternelle.

§ 3 - Remise de la femme au mari :

deductio in domum mariti.

Nous avons longuement examiné les divers consentements qui doivent être réunis pour que le mariage soit valable, pour que le matrimonium soit legitimum. Ces consentements sont nécessaires, sont-ils suffisants ? Cela revient à se demander si le mariage est un acte purement consensuel, s'il est considéré comme parfait et définitif à partir du moment où les consentements sont valablement échangés entre les parties capables.

Comme nous l'avons souvent fait remarquer, le mariage est un acte complexe, il est impossible de le ramener à une notion abstraite de contrat du pur droit civil. Ce n'est pas seulement une convention, c'est bien plutôt un état : l'état de mariage. C'est un état qui dure par la volonté de ceux dont l'affectus maritalis soutient le mariage.

Mais puisque c'est un état, il doit être, en fait, constitué. Ce qui le constitue, c'est l'établissement de la communauté de vie et de condition entre les futurs époux. Seule cette communauté forme véritablement l'union matrimoniale.

Au point de vue du droit, on peut donc envisager trois hypothèses : ou bien on considère que le mariage est conclu et parfait dès l'échange des consentements : c'est le mariage purement consensuel, c'est la solution de notre droit civil moderne, avec cependant cette restriction que le mariage, chez nous, est un acte formel : il est considéré comme parfait depuis que les consentements des futurs époux ont été reçus par le maire.

Les trois types juridiques de conclusion du mariage.
Le mariage romain était-il un mariage consensuel?

Ou bien , à l'inverse , le mariage peut n'être considéré comme définitif qu'à partir du moment où les deux époux ont réalisé effectivement le but du mariage , je veux dire à partir du moment où les relations sexuelles ont été en fait établies entre eux . Cette solution réaliste , qui est la solution de beaucoup de droits primitifs , est aussi la solution du droit canonique : la copulatio carnalis , c'est ce qui , pour les canonistes rend le mariage définitif .

Entre ces deux solutions extrêmes , il en est une moyenne , qui fait dépendre le mariage non pas du pur consentement , non pas de l'accomplissement charnel , mais de l'établissement de la vie commune . C'est cette solution qui considère que le mariage est parfait à partir du moment où la femme est mise à la disposition de son mari , par conséquent à partir du moment où , en principe sinon en fait , il est possible que les deux époux accomplissent la copulatio carnalis .

Quelle est la solution choisie par le droit romain ? C'est là une question célèbre et relativement incertaine , sur laquelle les auteurs modernes ne sont pas d'accord .

Pour les uns , le droit classique admet le mariage purement consensuel . C'est la solution notamment de Rabel Gründzüge des römischen Privatrechts p. 416 , Jörs , Geschichte und system des römischen Privatrechts p. 197 . Mais un plus grand nombre d'auteurs pensent qu'il faut en outre l'établissement de la vie commune : Cuq , Manuel , p. 157 , Girard , Manuel , p. 167 , Bonfante , Corso , Tome I , p. 187 , Arangio - Ruiz , Istituti , II , p. 186 ; Giffard , Précis , Tome I , p. 235 ; Monier , Manuel p. 341 .

La question a été spécialement étudiée par Esnrt Lévy Der Hergang des römischen Ehescheidung p. 94-97 . L'incertitude vient de ce que le droit classique admet cette règle et pose en principe qu'au consentement doit s'ajouter la mise de la femme à la disposition du mari , la deductio in domum mariti . Mais le droit impérial et le droit de Justinien posent la règle opposée et font dépendre le mariage du seul consentement , nous verrons sous quelle influence , semble-t-il .

Ce changement a eu pour résultat non seulement de raréfier les textes qui proclament la règle classique , mais de rendre plus obscurs ceux qui nous ont été conservés dans le Digeste , car la modification du droit les a fait interpoler .

C'est Lévy qui a particulièrement recherché la règle et montré les interpolations sous lesquelles

" Les Cours de Droit "

3. PLACE DE LA SORBONNE .

Répétitions Ecrites et Orales

La nécessité de la deductio in domum mariti pour la formation du mariage dans la conception classique. Origine de cette règle dans les rites nuptiaux anciens. Indifférence de la forme dans laquelle s'opère la remise de la femme.

on peut la retrouver.

Nous disons donc que le droit classique ne considère pas le mariage comme un acte purement consensuel, il faut encore que la femme soit remise au mari, in domum mariti deducta. L'origine de cette règle, il n'est pas nécessaire pour nous d'hésiter longtemps pour la trouver. Cette règle vient directement du droit religieux, de cette partie des cérémonies nuptiales que nous avons étudiées au début de l'année : c'est le cortège, la pompe, pompa, qui conduisait l'épouse du domicile de son père, à celui du mari. Dans les rites nuptiaux que nous avons étudiés, nous avons examiné celui-ci, qui s'appelle la deductio uxoris in domum mariti.

Nous avons déjà fait remarquer l'importance des coutumes religieuses pour la formation des règles du droit. Ce sont ces coutumes, avons-nous vu, qui déterminent les différents consentements qui doivent être échangés et les rapports d'importance entre ces consentements : consentement des époux d'abord, consentement du père ensuite. Nous avons vu que cela résultait du droit religieux qui avait donné les règles du droit formel, lesquelles étaient ensuite passées dans le droit non formel du mariage sine manu.

Nous trouvons encore ici, une trace plus directe d'influence : après avoir déterminé l'élément intentionnel du mariage, les coutumes religieuses déterminent aussi l'élément réel, la tradition de la femme au mari.

Sans doute le droit civil est indépendant du droit religieux. Les Romains ont conservé l'usage d'accomplir, suivant les rites anciens, la pompe du cortège nuptial, mais aucun des détails de ce cortège n'est imposé par le droit civil. Qu'on les respecte ou qu'on les néglige, peu importe, mais l'essentiel demeure, le résultat de cette pompe : c'est la remise formelle de la femme au mari.

De là vient la règle obligatoire, qui rend le mariage parfait et définitif, quelle que soit la façon dont cette remise ait été effectuée. La preuve en est fournie d'abord par l'expression technique qui désigne pour le mari le fait de prendre femme : on dit de lui : uxorem ducit, il conduit son épouse, c'est la seule expression usitée pendant tout le cours du droit romain, dans toute la littérature juridique et dans la littérature non juridique. On peut trouver réunis les nombreux passages du Digeste où l'on rencontre cette expression dans le Vocabularium Juris Romanii Tome II, p. 404. Jamais il n'est dit du mari, comme il est dit de la femme : nubit.

Or, étant donnée l'égalité complète qui règne

Observation terminologique : uxorem ducere.

entre les deux consentements, cet affaiblissement des termes primitifs n'aurait pas manqué de se produire si l'élément réel n'avait pas été perpétuellement maintenu et n'avait pas perpétuellement marqué la distinction.

Le mariage entre absents.

Une autre preuve topique de l'existence de la règle, c'est la solution donnée par les jurisconsultes en cas de mariage entre absents : Paul, Sentences, 2, I9, 8 : "Vir absens uxorem ducere potest; femina absens nubere non potest : le mari absent peut prendre femme, la femme absente ne peut pas se marier.

D'où vient cette différence ? Pomponius nous en donne la raison de la façon la plus claire : D. 23, 2, 5 Pomponius, Livre VI sur Sabinus : *Mulierem absenti per litteras ejus vel per nuntium posse nubere placet, si in domum ejus deduceretur : eam vero quae abesset, ex litteris vel nuntio suo duci a marito non posse : deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum quasi in domicilium matrimonii* : On est d'avis que la femme peut se marier à un absent par lettre émanant de lui, ou par un messager, si elle est conduite dans sa maison, celle qui serait absente ne peut pas être remise à son mari par des lettres où par son messager, car il faut la conduite à la maison du mari et non pas à la maison de l'épouse, c'est-à-dire au domicile du mariage.

Non in uxoris est une glose qui n'a pas de sens. Elle a été introduite dans le texte par un glossateur. Sauf cela le texte n'est pas suspect d'interpolation et il est tout à fait clair.

Ulprien donne le même témoignage : D. 23, 2, 6 : Cinna écrit qu'il a été répondu que celui qui a reçu une épouse en son absence et avait péri près du Tibre en revenant du festin, doit être pleuré par sa femme pendant toute la période de deuil.

Ce texte fait l'allusion la plus nette à la cérémonie nuptiale. Il semble que le mari est resté au festin des noces, tandis que le cortège nuptial a conduit la femme chez lui, sans qu'il soit là. Il est venu plus tard et il a péri en traversant le Tibre. Sa femme n'en sera pas moins considérée comme *uxor*, comme mariée, et par conséquent on lui impose le délai de viduité.

La même règle est posée de la façon la plus nette par Aurélien à propos des donations entre époux. On sait que les donations sont interdites entre époux. Il est donc important de savoir quand commence exactement le mariage, pour savoir si la donation faite par les futurs époux tombe ou ne tombe pas sous la prohibition.

Intérêt de la détermination du moment où le mariage est formé; au point de vue du délai de viduité.

Sur le point de savoir si une donation est une donation entre époux ou entre fiancés.

Validité de la donation faite avant la deductio.

Code 5,3,6 : Comme tu me dis qu'une donation pure et simple a été faite le jour des noces et qu'on peut tomber dans le doute sur le point de savoir si le don a été fait par le fiancé ou par le mari : sic distinguendum est, ut, si in tua domo donum acceptum est, ante nuptias videatur facta esse donatio, quod si penes se dedit sponsus, retrahi possit : uxor enim fuisti : Il faut distinguer de cette façon si le don a été reçu chez toi, la donation est considérée comme faite avant le mariage; si le fiancé a donné chez lui la donation peut être reprise, car tu étais épouse.

C'est encore une allusion très nette à la journée des noces. L'empereur distingue et ne fait commencer le mariage qu'à l'époque où la femme est entrée dans la maison du mari, car, d'après sa distinction, les consentements ont été échangés, les sacrifices ont été accomplis, mais si l'on est encore dans la maison du père, il n'y a pas encore mariage, une fois arrivée dans la maison du mari, alors la femme est uxor. Ce texte, lui aussi, ne paraît pas comporter d'interpolation.

Avec le texte suivant, commencent les difficultés. Nous nous trouvons en face d'un préambule qui est en opposition avec le § Ier : D. 24.I.66, Scaevola livre 9 des Digestes : Seia Sempronio cum certa die nuptura esset, antequam domum deduceretur tabulaeque donavit signarentur, denovit tot aureos : quaero, an ea donatio rata sit, non attinuisse tempus, an antequam domum deduceretur, donatio facta esset, an tabularum consignatarum, quae plerumque et post contractum matrimonium fierent, in quaerendo exprimi : itaque nisi ante matrimonium contractum, quod consensu intelligitur, donatio facta esset, non valere.

§ I- Virginī in hortos deductae ante tertium quam ibi nuptiae fierent, cum in separata diaeta ab eo esset, die nuptiarum priusquam ad eum transiret et priusquam aqua et igni acciperetur, id est, nuptiae celebrentur, optulit decem aureos dono : quae situm est post nuptias contractas divortio facto an summa donata repeti possit respondit, id, quod ante nuptias donatum proponeretur non posse de dote deduci:

Seia devait être épousée par Sempronius à une date fixée. Avant qu'elle n'ait été conduite dans la maison du mari et que l'acte constitutif de la dot n'ait été signé, elle lui a donné un certain nombre de pièces d'or. Je demande si cette donation est valable. Il importe peu de mentionner dans la question si la donation a été faite avant la deductio in domum ou avant la signature du contrat, choses qui, la plupart du temps se font après la conclusion du mariage, donc à moins que la donation n'ait été faite après la con-

clusion du mariage, ce qui dépend du consentement, elle ne sera pas valable.

§ I - La jeune fille a été conduite dans la villa de son mari le troisième jour avant que les noces ne soient faites en cet endroit, mais elle y avait une demeure séparée de lui. Le jour des noces, avant qu'elle ne fut allée vers le mari, qu'elle ne fut reçue par l'eau et le feu, le mari lui a remis dix pièces d'or en don; On demande, au cas où après la célébration du mariage il y a eu divorce, si la somme donnée peut être répétée. Le jurisconsulte répond que ce qui a été offert en présent avant le mariage ne peut être déduit.

Dans l'un et dans l'autre cas examinés par ce texte, la femme a reçu un don. Elle l'a reçu avant la deductio in domum. Cette donation sera-t-elle considérée comme valable, c'est-à-dire comme faite avant le mariage ?

Examinons d'abord le cas du § Ier. L'hypothèse est ici compliquée du fait que la jeune fille a été amenée dans la villa du mari deux jours avant le jour des noces mais elle y a reçu une habitation séparée. Il manque un mot après shortos. Ceci nous est montré par la phrase suivante : ab eo esset. Lévy a rétabli ici viri : villa du mari.

N'ayant pas été mise à la disposition de son mari, elle n'est pas considérée encore comme deducta. Le jour de ses noces avant la deductio et avant la réception par l'eau et par le feu, elle a reçu un don de dix pièces d'or. On remarquera que ce qui est décrit ici ce sont bien les cérémonies religieuses nuptiales. Est-ce un don nul ? Dans ce cas, après le divorce il pourrait être réclamé à la femme.

Les auteurs font ici remarquer qu'il y a deux gloses introduites dans le texte : id est nuptias celebrentur et post nuptias contracta. Ce sont deux explications, dont le moins qu'on en puisse dire est qu'elles sont inutiles et qu'elles ne font pas partie du texte. Toutes les deux paraissent être une de ces gloses marginales que les lecteurs ont souvent l'habitude de mettre en face d'un texte; ensuite par la maladresse d'un copiste, ces notes marginales ont été insérées dans le texte lui-même. Ces deux précisions et spécialement la seconde, ne sont que des précisions naïves et inutiles.

Il y a enfin une interpolation certaine et bien connue : à la place de repeti et de de dota deduci, il y avait retineri. En effet, les donations non valables doivent être retenues sur la dot au moment où on la rend, en vertu de l'action rei uxoriae, c'est-à-dire à la fin du mariage, par voie de retentio.

Ce qui fonctionne ici, c'est la retentio propter res amotas vel donatas, la retentio à l'occasion des choses qui ont été soustraites par la femme, ou qui lui ont été données. Justinien a supprimé les retentios et d'une façon habituelle partout où le verbe retineri ou le mot retentio étaient dans le texte classique, il a corrigé le texte en repeti, ou deduci et petitio.

Le reste du texte est authentique et n'a pas été soupçonné d'interpolation. On remarquera que la réponse manque de clarté : ce quia été donné avant la dot ne peut être répété. Voilà la réponse, mais comment s'applique-t-elle à l'hypothèse prévue ? il s'agissait de décider, d'après le cas posé d'une façon parfaitement claire, si, en fait, les dix pièces d'or seront conservées par la femme, ou répétées par le mari.

Il n'est pas douteux que pour le jurisconsulte la réponse est affirmative, elles peuvent être conservées parce qu'elles ont été données avant le mariage. Il aurait été inutile de poser si minutieusement l'hypothèse, la distinction de la vraie deductio et de la fausse, si ce n'avait pas été cette deductio qui était l'essentiel de la question, si pour le jurisconsulte le point de départ de la validité et de la nullité du mariage n'avait pas été la deductio in domum mariti.

Pourquoi Justinien a-t-il laissé cette réponse incomplète, s'il ne l'a pas formellement interpolée ? C'est à cause de l'interpolation beaucoup plus grave de la première partie du texte. Dans cette première partie, c'est un cas analogue qui est posé : Seia devait être épousée par Sempronius, à une date fixée. Avant la deductio in domum, avant la rédaction des tablettes de la dot, Seia a reçu de Sempronius un certain nombre de pièces d'or, la donation est-elle valable ?

Et voici la singularité de la réponse et de sa rédaction : La question, se répond à lui-même Scaevola, d'après le texte, est mal posée. Peu importe si la donation a été faite avant la deductio ~~avant la signature de l'acte de dot~~, car ces choses sont le plus souvent faites après que le mariage a été contracté. Donc ; itaque, la donation n'est valable que si elle a été faite avant le mariage contracté, ce que l'on doit comprendre du consentement. Il est incompréhensible que dans un ouvrage didactique, comme les Digestes, qui ne sont pas des Responsa, le jurisconsulte ait soigneusement posé une question pour dire immédiatement après que ce n'est pas la vraie question.

Cette singularité est d'autant plus forte qu'il la répète une seconde fois et qu'il la développe immédiatement après.

Et quant à la réponse, elle se présente d'une façon encore plus singulière : elle est donnée de façon embarrassée, après une longue préparation. La réponse essentielle vient brusquement dans une incidente finale : *Quod consensu intelligitur*, qui la liquide. En un mot, tout cela sent le raisonnement, la retouche des interpolateurs.

La vraie question posée était celle de savoir si la donation faite avant la deductio in manum ou avant la signature du contrat était valable comme faite avant le mariage et la vraie réponse, suivant la règle du droit classique, était que cette donation est valable avant la deductio, tandis que la constitution de dot n'avait pas d'importance, car elle était faite souvent après le mariage contracté. Et, comme le droit classique le répète à plusieurs reprises, l'instrumentum dotale n'est pas une condition essentielle du mariage.

Voici la restitution de ce texte, qui a été fait par Lévy, p. 72 : *Respondit nuptias non referri ad tempus tabularum consignatarum quae saepe post contractum matrimonium fierent. Si autem antequam Seia domum deduceretur donatio facta est valere eam* : Le jurisconsulte répond que les noces ne se rapportent pas au temps où les tablettes ont été signées, ce qui souvent est fait après le mariage contracté. Mais si la donation a été faite avant que Seia ne fut conduite dans la maison, la donation est valable.

C'est la véritable règle romaine : la validité du mariage dépend de la deductio, mais non pas d'un autre élément réel. Les jurisconsultes et les empereurs insistent, dans de nombreux textes pour repousser toute autre formalité supplémentaire. Ils réagissent en cela contre les usages différents du droit provincial, notamment du droit oriental.

Le Code Syro-Romain pour la Syrie, les papyrus pour l'Egypte, nous montrent que les peuples orientaux attachaient une grande importance, pour la validité du mariage, soit à la rédaction d'un écrit, soit à la copulatio carnalis. Ce sont des exigences que le droit romain n'a jamais voulu accepter.

Dans le texte que nous venons de voir, le jurisconsulte distingue entre la deductio et l'acte de constitution de dot. La rédaction d'un instrumentum n'est pas nécessaire pour qu'il y ait mariage : D.29.5.3I : *Neque enim tabulas facere matrimonium* : En effet les tablettes ne font pas le mariage.

Ésistance du
droit romain
l'admission
de toute for-
malité autre
que la deduc-
tio, notamment
l'instru-
mentum dotale
ou de la copu-
latio.

De même Gaius repousse la nécessité d'un écrit : D. 20, I. 4, I, D. 22, 4, 4, Gaius dit que l'on dresse des écrits pour faciliter les preuves, mais que sans ces écrits ce qui a été fait est valable : *Sicut et nuptiae sunt licet testationes in scriptis habitae non sunt* : De même les noces existent bien que des témoignages par écrit n'aient pas eu lieu : Probus Code 5, 4, 9, répète la même règle.

Pour la copulatio carnalis, elle est écartée avec la même continuité et la même vigueur, comme ne constituant pas le mariage. Les jurisconsultes font entre la deductio et le concubitus la distinction que nous avons vu faire entre la deductio et l'acte constitutif de dot : D. Ulprien 35, I, 15 Ulprien Livre 35 sur Sabinus : *Cui fuerit sub hac conditione legatum si in familia nupsisset, videtur impleta conditio, statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit; nuptias enim non concubitus, sed consensus facit* : Celui à qui quelque chose a été légué, à condition qu'il se marie dans la famille paraît avoir accompli la condition aussitôt que l'épouse lui a été conduite bien qu'elle ne soit jamais entrée dans le lit du mari, car ce n'est pas l'union charnelle qui fait le mariage, mais le consentement.

Dans ce texte, comme dans celui que nous avons étudié au D. 24, I, 66, nous trouvons le même manque de concordance entre les prémisses et la conclusion. Le jurisconsulte dit d'abord que la condition "si in familia nupserset, est remplie aussitôt que la deductio de l'épouse est effectuée, sans qu'il soit nécessaire que la femme entre dans le lit du mari. La distinction est claire et indubitable, c'est la deductio qui rend le mariage parfait, et il conclut que c'est en effet le consentement et non l'union charnelle qui fait le mariage.

Cette discordance est la preuve que les compilateurs ont supprimé tout au moins une partie de la conclusion pour mettre ce texte dans la forme en harmonie avec la règle nouvelle. Mais la maxime elle-même : *non concubitus sed consensus facit*, est-elle une interpolation ou bien est-elle l'œuvre d'Ulprien ? Est-ce une maxime du jurisconsulte classique ?

A ce sujet, les auteurs sont divisés. Ernst Lévy l'attribue à Justinien : au contraire Bonfante considère qu'elle est d'Ulprien. D'où vient cette difficulté ? C'est que cette même maxime est répétée jusqu'à trois fois dans des textes d'Ulprien. Elle est d'abord dans celui que nous venons de voir ; nous la trouvons ensuite, isolée et seule, dans un autre texte : D. 50, I7, 30, Ulprien, Livre 36 sur Sabinus : *Nuptias non*

De la règle
que le nuptias
non concubi-
tus sed con-
sensus facit,
sa portée
dans les tex-
tes d'Ulprien.

concubitus, sed consensus facit : Ce n'est pas la cohabitation, mais le consentement qui fait le mariage.

Enfin nous la trouvons dans un troisième texte sous une forme un peu différente : D. 24, I, 32, 13 Ulprien, Livre 33 sur Sabinus : Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii hebebant quod scimus interdum et inter Consulares personas subsecutum puto donationes non valere, quasi duraverint nuptiae ; non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio : Si la femme et le mari ont habité longtemps, mais qu'il ont conservé entre eux l'état de mariage ce que nous savons avoir lieu quelquefois entre personnages consulaires je pense que la donation est nulle comme s'ils avaient continué à être mariés, car ce n'est pas la cohabitation mais l'affection conjugale qui fait le mariage.

Il n'y a pas de raison décisive pour accepter ou repousser l'authenticité de cette maxime et pour l'attribuer ou non à Ulprien. Ce que l'on peut dire c'est qu'elle n'avait pas pour le jurisconsulte la portée absolue que les compilateurs ont entendu lui donner elle avait le sens que nous lui trouvons dans ce dernier texte, c'est une réaction contre l'idée orientale qui fait dépendre le mariage du fait que les relations sexuelles sont établies. Cette règle proclame au contraire le caractère plus intentionnel du mariage romain, quidépend davantage de la volonté que du fait, mais elle n'écarte pas en cela la nécessité de la deductio.

Cette exigence disparaît au Bas-Empire. On tend à cette époque à enlever à la deductio son effet. Cette tendance apparaît pour la première fois dans la législation en 370, dans la Constitution de Valentinien et de Valens, Code 7, I, 3, 6. La constitution envisage le cas d'un jeune homme qui aurait été inscrit sur la liste du cens après cinq ans de service militaire, il est exempté de cet impôt foncier, s'il est marié, il gagne aussi l'exemption de sa femme. Mais si cette femme n'est à lui que par le seul affectus maritalis, si elle est restée dans la maison de son père et par conséquent si elle n'a pas été déduite, la femme n'est pas exemptée d'impôt. Il semble donc que la constitution la considère comme mariée par l'ffectus maritalis, bien qu'elle n'ait pas été deducta in domus mariti.

Une constitution de Théodose et Valentinien, de 428, semble poser le principe qui est celui de Justinien que le mariage est valable par le seul consentement.

et la conception du mariage consensuel dans le droit de Justinien.

tément, sans qu'il n'y ait eu ni donation ante nuptias ni instrumenta dotis, ni deductio : Code 5,4,2 : Si les actes constatant la donation ante nuptias et la dot ont fait défaut, si même le cortège et les autres solennités des noces ont été omises, nul ne doit penser que le mariage, par ailleurs commencé, manque de valeur, alors que ce mariage a été contracté entre personnes de condition égale, entre lesquelles n'existe aucun empêchement légal et qu'il tire sa force du consentement des époux et du témoignage de leurs amis.

L'état de la législation constatée dans cette constitution, c'est l'état de l'époque de Justinien. Nous avons vu comment l'empereur le consacre par des interpolations, dans des textes qui avaient un sens différent : D. 24, I, 66, pr. Ante matrimonium contractum quod consensu intellegitur : Avant le mariage contracté, ce qui s'entend du consentement?

D.50, I7,30 : Nuptias non concubitus sed consensus facit:

Et enfin Code 5, I7, II, où l'empereur dit que même s'il n'y a pas eu rédaction d'instrumenta dotalia le mariage est valable : non enim dotibus sed affectu matrimonia contrahentur : les mariages sont contractés non pas en vertu des dots mais par l'intention.

Comment en est-on arrivé à cette conception d'un mariage purement consensuel ? Il se peut que la résistance du droit romain d'Occident contre les usages orientaux n'ait pas été sans influence sur cette transformation. Mais aussi on peut y voir la décadence des usages religieux, des rites nuptiaux, non seulement par suite du détachement naturel des Romains de ces rites anciens et païens, mais on peut voir surtout la lutte des idées chrétiennes contre les usages de la religion païenne.

On sait que les Pères de l'Eglise se montrent, à plusieurs reprises, scandalisés de la grossière-té de ces premiers temps dont ces usages avaient conservé des traits. Ils réagissent vivement et s'opposent à ce que les chrétiens continuent à employer ces rites indécents, et même ils en arrivent à les leur défendre. Saint Jean Chrysostome, Homélies, 56,2,11: Ne prétextez pas, je vous prie, que mes paroles sont ennuyeuses et ridicules, que tout cela est légal et qu'il faut s'y conformer. Ce n'est pas cela qui fait un mariage légitime, mais selon la loi divine l'union des époux se fait chastement et honnêtement, si ceux qui s'unissent sont attachés par un grand amour. D'ailleurs les lois civiles l'ont reconnu, et j'entends ceux qui les ont étudiées m'insinuer que le mariage ne consiste en rien d'autre qu'en la vie en com-

Origines de cette conception.

mun. Pourquoi donc transgredier les lois divines et humaines et préférer ces lois diaboliques et cette dangereuse coutume?

Dans la mesure où les idées chrétiennes ont influencé la législation des empereurs chrétiens, elles ont contribué à l'effacement de l'importance juridique de la deductio. Elles l'ont réduite à une preuve du mariage qui n'est pas plus obligatoire que les autres, preuve apportée par l'écrit et par les instruments dotalia.

Chapitre VI.

LE DIVORCE - LES TABOUS DU

MARIAGE PRIMITIF.

Nous avons vu en étudiant les formes du mariage, l'influence des idées religieuses et des usages religieux sur l'établissement de ces formes. Nous allons faire la même expérience en étudiant la dissolution du mariage du vivant des époux, c'est-à-dire le divorce. C'est par cette étude que nous terminerons le Cours. L'unité entre ses deux parties, en apparence différentes, se manifestera dans cette étude de l'influence de la religion sur le droit civil du mariage.

Il faut distinguer ici, comme pour le mariage deux périodes dans l'histoire romaine : la période ancienne, où règne le mariage cum manu, soit par coemptio, soit par usus. Pendant cette période le divorce n'est pas libre, la femme placée sous l'autorité matiale n'a pas le droit de divorcer, on ne peut parler que de répudiation, c'est-à-dire du renvoi de la femme par le mari. Mais la répudiation elle-même par le mari n'est pas libre, ce n'est pas un droit absolu pour le mari. La coutume, les coutumes gentilices d'abord, puis les coutumes familiales, lui interdisent d'user de son droit de répudiation de façon arbitraire et inconsidérée. Il ne peut répudier sa femme que si elle a commis une faute grave, déterminée, comme nous allons le voir par la coutume elle-même.

Dans ce cas, non seulement il peut mais il doit chasser sa femme de la famille qu'elle a souillée. Ce sont des prescriptions du droit religieux primitif.

La répudiation
par le mari
dans la période
ancienne
où règne
le mariage cum
manu.

Le caractère impératif de ce droit en ce qui concerne le mari disparaît avec la gens et la juridiction gentilice, mais il reste de ces coutumes abolies que le mari, devenu juge domestique, ne doit chasser sa femme, la répudier que s'il lui reproche une faute.

Avec l'établissement du mariage sine manu, le droit change. La liberté du mariage amène la liberté du divorce. Dorénavant, non seulement le mari mais la femme peuvent rompre le mariage librement consenti, qui ne change pas leur statut personnel et qui n'a pas placé la femme sous l'autorité du mari. Cette liberté réagit sur le mariage cum manu, qui finit par suivre les mêmes règles.

Ce changement est relié par une tradition assez sûre au début du VI^e siècle de Rome fondée et le début de cette période est marquée pour les Romains, par l'histoire du divorce de Carvilius Ruga, de 530 de Rome fondée.

Ce VI^e siècle c'est aussi l'époque avons-nous vu, où des témoignages concordants semblent placer le début, ou tout au moins la généralisation du mariage sine manu. Nous nous efforcerons de retracer rapidement cette histoire, ou au moins ce que nous pouvons retracer de cette histoire dans les derniers cours qui nous restent.

Le témoignage le plus ancien sur le divorce nous est donné par un texte de Plutarque, que nous allons étudier dans ce chapitre et dans le chapitre suivant. Ce texte est tiré de la vie des hommes illustres, Plutarque, Vie de Romulus, § 22.

"Ἐθνές δὲ καὶ νόμους τινὰς (τὸ Ρωμύλος), ὃν τροφόρος μέν εστιν δικαιίη, μὴ γένος απολείπειν αὐτοὺς γυναικας οὐδὲ τῶν εἰς βάλλειν ἐνὶ φαρμακείᾳ τεχνῶν οὐ κλειδῶν ὑποβολῆς καὶ μοιχευθέσαν. οἱ γάλλως τις ἀποπιψαῖτο, τῆς οὐσίας αὐτοῦ τὸ μὲν τῆς γυναικὸς εἶναι, τοῦτο δὲ τῆς Δήμητρος ἵερον κελεύων, τὸν δὲ ἀποστολενού γυναικας θύειαι χθονίοις θίοισ." 1

Je me propose de justifier la traduction suivante :

Romulus édicta quelques lois, parmi lesquelles celle-ci est dure, qui ne permet pas à la femme de divorcer d'avec son mari, mais qui permet au mari de répudier son épouse pour cause d'empoisonnement d'enfant, de soustraction de clefs et pour cause d'adultére. Il ordonna que si quelqu'un répudiait son épouse pour quelque autre motif la moitié de sa fortune fut remise à la femme, l'autre moitié consacrée à Demeter, mais que le mari qui répudiait sa femme offrirait un sacrifice aux dieux souterrains.

L'apparition
du divorce au
VI^e S. avec
la généralisa-
tion du maria-
ge sine manu.

Le texte de
Plutarque
sur la loi de
Romulus rela-
tive au di-
vorce. Son
intérêt au
point de vue
du divorce et
sur l'origine
de la resti-
tution de la
dot.

Plutarque est un historien du Ier siècle après Jésus-Christ, né en 45 ou en 50 et mort en 140 après J.C.

Ce texte que nous allons étudier est, un des plus fréquemment cités par les historiens modernes du droit romain. Nous le trouvons dans toutes les histoires générales, dans tous les manuels généraux de Droit et d'Antiquités romaines, dans les ouvrages sur la dot et enfin dans des monographies sur le texte lui-même. La bibliographie de ce texte est extrêmement abondante.

On le considère comme important parce qu'il nous fournit le témoignage le plus ancien sur des cas de divorce et aussi parce qu'il nous fournit le témoignage le plus ancien non pas précisément de la restriction de la dot, mais de l'usage établi de ne pas renvoyer la femme sans raison, sans lui donner une compensation pécuniaire et c'est cet usage qui est à l'origine de la restitution de la dot.

Divergences sur
l'interpréta-
tion du texte.

On pourrait penser qu'après tant d'études ce texte est complètement élucidé. En réalité l'examen répété de ce texte a abouti à un résultat tout à fait contraire. Plus il a été, sinon du moins étudié, du moins cité, plus son interprétation a paru difficile. Ce n'est pas seulement la détermination des cas de divorce qui a causé des difficultés, sur ce point l'accord semble avoir été fait et les auteurs admettent en général la même interprétation matérielle de ces cas, mais c'est leur signification qui paraît avoir échappé complètement aux auteurs juridiques. Ce qui a causé le plus de difficultés, c'est surtout la sanction qui est indiquée dans ce texte.

Si bien que les auteurs en sont arrivés à douter de l'authenticité du texte et de l'authenticité de la tradition qu'il rapporte. Girard, Histoire de l'organisation judiciaire, p. 35, le repousse, à cause de Demeter, qu'il traduit en Cérès, Wissowa, Real Encyclopaedie der Klassischen Altertumswissenschaft, article Cérès, explique que le temple de Cérès est le lieu où se réunissent les tribuns et que les individus qui portaient atteinte à la personne d'un tribun étaient en vertu de la loi sacrée qui consacre l'inviolabilité du tribun, dévoués à Jupiter et leurs biens étaient confisqués et vendus au profit du temple de Cérès. La confiscation prévue dans cette soi-disant loi de Romulus ne serait pour eux qu'un doublet historique, une de ces anticipations qui ont souvent été faites par les historiens romains pour trouver des précédents à la confiscation historique, celle qui est faite en faveur de Cérès des biens des individus convaincus d'avoir attenté à la personne des

tribuns.

Enfin Bonfante, Corso Diritto Romano, I p. 251 nous dit : Parmi les prétendues lois de Romulus, celle-ci est peut-être la plus énervée, qui a donné le plus grand mal aux interprètes. Je n'estimerais pas absolument invraisemblable que ce soit une traduction exagérée du pouvoir ancien du sacerdoce et de la loi religieuse, ou une invention pure et simple de l'époque des réformes matrimoniales d'Auguste et qui serait bien dans le caractère de cet empereur.

Faut-il abandonner ce texte à l'hyperkritique historique ? Je ne le pense pas. Nous nous efforcerons, au contraire, d'en pénétrer la signification pour le droit ancien et de montrer comment ce texte forme le premier chaînon d'une tradition historique reconnaissable dans ce dernier témoignage. On peut en suivre les transformations et constater qu'elle aboutit dans le droit classique, à une règle fondamentale de l'action *rei uxoriae*. Les principales étapes de cette transformation sont : Plutarque, Romulus 22, Denis d'Halicarnasse, Antiquités Romaines 2, 25, Caton dans Aulu Gelle X.23; Ulprien, *Regulae* 6, 12.

Nous étudierons dans un § 1er les cas de divorce, dans un § 2 le caractère religieux de ces interdictions et dans un § 3 la nature des tabous expliqués d'après la sociologie.

§ 1er : Cas de divorce.

Les 3 cas de répudiation par le mari d'après Plutarque.

Plutarque nous dit que la femme n'a pas le droit de divorcer d'avec son mari, mais que le mari peut la répudier dans trois cas : 1°- en cas d'empoisonnement d'enfant; 2°- de soustraction de clefs, et 3°- d'adultère. Sauf le troisième cas, qui ne présente aucune difficulté, les deux autres sont sujets à discussion, parce qu'ils sont mal caractérisés et ils sont expliqués d'une façon insuffisante, qui laisse la place à l'incertitude.

I°- Empoisonnement d'enfant .- Parmi les interprétations nombreuses de ce premier cas, il en est une qui ne nous retiendrait pas longtemps si elle n'avait pas pour caution deux auteurs, dont l'autorité est considérable, le premier c'est Ihering (Indo-Européens avant l'histoire, p. 392) et Girard (Textes de Droit romain, *Leges Regiae*, traduction latine, p. 6 note 2, 6ème édition).

Cette interprétation consiste à mettre une virgule après *γαρμαξία* et à faire d'enfant le complément de *υπενθόλην* qui aurait alors deux compléments, enfants et clefs, et nous trouverions quatre cas au lieu de trois : I°- l'empoisonnement,

puis ὑποβολὴ que l'on traduit par falsification, falsification d'enfant et de clefs.

Girard traduit : Propter beneficium vel suppositionem partus vel falsationem clavum; ce qui nous donne : 2°- supposition d'enfant, c'est-à-dire le fait de tromper le mari en lui faisant croire que sa femme est enceinte, qu'elle est supposée accouchée, à la suite de quoi on introduit un enfant étranger dans la famille. 3°- Falsification de clefs et 4°- adultère.

La nécessité de traduire le même mot grec par deux mots différents, suppositionem vel falsationem montre le caractère insoutenable de cette interprétation. Elle est appuyée sur des motifs bien peu concluants. L'argumentation de Ihering est un bon exemple de cette argumentation sentimentale à laquelle se laissaient entraîner autrefois les meilleurs auteurs.

Ihering nous dit en effet : "La femme , dont tous les désirs et tout l'orgueil s'incarnaient dans le fruit de ses entrailles, pouvait-elle détruire elle-même tout son bonheur ? Mais passons. Elle aurait dû être aussi insensée que dépravée pour vouloir empoisonner ses enfants en s'exposant au danger de voir découvrir son crime. Elle avait des moyens bien plus faciles et pouvait se borner à les étouffer pendant leur sommeil, et pour ce crime qui n'en est pas moins un infanticide la loi n'aurait pas comminé la même peine.

Le deuxième argument qu'il nous donne est plus important ; Pourquoi , du reste, mentionner le seul empoisonnement des enfants commis envers d'autres personnes est-il moins punissable ? La femme empoisonne le père, la mère , les frères , les soeurs du mari et il n'aurait pas le droit de se séparer, mais pourquoi, lorsqu'il s'agit de ses enfants lui réservé encore ce droit ? A coup sûr, tout empoisonnement était puni de mort, et le mari était délivré de la mère dénaturée même sans divorce. Bref cette opinion contient un tel entassement d'absurdités parfaitement incroyables, qu'il faudrait un manque complet de réflexion et de sens critique pour lui accorder confiance.

Cette argumentation éloquente ne nous convainc pas. Le philologue Havet posait cette règle de critique que quand il fallait un signe de ponctuation pour donner un sens à un texte c'était une preuve indubitable que ce sens était faux, car les anciens ne connaissaient pas de signes de ponctuation. L'on attribue à Plutarque la responsabilité d'un style tout à fait impossible : il n'aurait pas à un même mot donné deux compléments si dissemblables et il n'aurait pas pu en grec dire ce qui est impossible en français : falsification d'enfants et de clefs.

Nous dirons donc ici qu'il s'agit d'un empoisonnement d'enfant, mais nous chercherons à en déterminer le sens.

Nous retiendrons le deuxième argument : s'il s'agissait ici d'enfant vivant, ce serait un crime puni de mort et non de divorce, car ce premier cas doit être de même nature que les suivants :

Tous ces cas ont pour caractéristique d'emprunter leur gravité à ce qu'ils sont des fautes contre le mari et contre le mariage, mais qu'en eux-mêmes et en dehors du cas de mariage ce ne sont ni des crimes, ni même des fautes morales, comme nous allons le voir. C'est pourquoi la plupart des auteurs sont dans la vérité quand ils disent que cet empoisonnement d'enfant en réalité est un avortement provoqué par un remède. L'expression qui désigne en grec les enfants dans ce cas veut dire aussi bien partus, foetus, c'est-à-dire l'enfant non encore né, le fruit, que proles et soboles le descendant. Quant à **παρ-μάκεια**, c'est un philtre, une boisson magique, qui est un poison quand il tue, qui est un remède quand il guérit. Mais pour les Romains comme pour les Grecs, c'est le même mot, puisque c'est la même chose qui désigne à la fois le remède et le poison. D'autre part tout remède, pour les Romains, a un effet magique, le mot grec se traduit en latin par *venenum*. Or Ammien Marcellin l'emploie au sens de breuvage abortif. I6,10,18.

Avec l'usage d'un breuvage magique pour provoquer des accouchements avant terme, nous sommes sur un terrain bien connu du droit primitif. L'infanticide, à plus forte raison, le foeticide est une coutume très répandue chez les peuples primitifs. Westermarck : Origine et développement des idées morales, 2 vol. Payot 1928.

C'est la misère et la difficulté de vie des nomades qui amènent ces usages et peut-être faut-il voir dans cette loi de Romulus une réaction des peuples agricoles contre les coutumes qui existaient avant la fixation sur le sol, de même que pour la loi de Romulus défendant l'exposition des nouveaux-nés.

L'avortement pour les Romains n'est pas un meurtre, car l'enfant non encore né n'est pas encore un homme : D. 35,2,9, § I : Partus nondum editus homo non recte fuisse videtur : l'embryon non encore né, à bon droit, n'est pas considéré comme un homme.

Les philosophes et les médecins discutent de l'époque où cet embryon devient vivant, pour assimiler l'avortement à l'infanticide. Ce n'est donc ni un crime, ni même une faute et l'avortement est dénué de sanction.

Interpréta-
tion du texte
commun vi-
sant un avor-
tement provo-
qué par un
breuvage magi-
que.

L'avortement
et sa répres-
sion.

Mais pour la femme mariée, c'est une offense qui est faite à son mari, c'est un tort qui lui est porté. C'est pourquoi elle mérite le divorce.

Dans les derniers siècles de la République et au commencement de l'Empire, avec la démoralisation générale, nous voyons une recrudescence des avortements. C'est pourquoi la législation impériale commence à le punir. Elle commine contre lui des peines assez sévères de relégation à la fois pour celui qui procure le breuvage abortif, surtout s'il entraîne la mort, et pour la femme. Les idées chrétiennes le considèrent comme un péché et le condamnent d'une manière absolue, quelle que soit la personne qui le procure. Il est remarquable que les empereurs chrétiens le considèrent sous son aspect d'offense contre le mari et ils en font une cause de divorce : Novelle 22, chapitre 16 de Justinien, Novelle 31 de Léon.

2ème cas de divorce:
soustraction
des clefs du
cellier.
Rapport entre
ce fait et
l'interdic-
tion pour la
femme de boire
du vin.

2ème cas : soustraction des clefs. Ce deuxième cas se présente sous une forme plus énigmatique encore que le premier. Quelle est cette faute si grave qu'elle est assimilée à l'adultère et qui consiste en une soustraction des clefs ? La femme a les clefs de la maison, elles sont le symbole de son autorité, nous savons en effet que quand le mari la renvoie il lui enlève les clefs : claves ademit d'après les XII Tables.

Il s'agit assurément de certaines clefs que, par exception, elle n'a pas à sa disposition. Les auteurs modernes tombent d'accord pour penser que ce sont les clefs du cellier, les clefs de la cave à vin et cette défense est en rapport avec la vieille interdiction qui pèse sur la femme romaine de boire du vin.

Le premier auteur qui l'aït dit s'est vu objecter que son interprétation était étrange et même présentait un certain caractère de ridicule. Elle est pourtant moins arbitraire que l'interprétation du premier cas qui ne peut pas être contrôlée par des textes différents. Ici, au contraire, il y a un grand nombre d'autres témoignages qui permettent de rapprocher l'interdiction de boire du vin de la soustraction des clefs. De nombreux auteurs citent cette interdiction de boire du vin.

1°- Plutarque, Romulus 22. Je rappelle le texte : Romulus édicta plusieurs lois, dont celle-ci est dure qui ne permet pas à la femme de se séparer de son mari, mais qui permet au mari de répudier sa femme pour cause d'empoisonnement d'enfant, de soustraction des clefs et d'adultère.

2°- Denys d'Halicarnasse, Antiquités romaines, 2,25, Si la femme commet quelque faute elle a pour

juge son mari offensé qui est le maître de la grandeur de la peine et les parents jugeant avec le mari de ces choses, parmi lesquelles sont l'adultère et ce qui paraîtrait aux Grecs le plus minime des péchés le fait de boire du vin. Ces deux fautes Romulus permit qu'elles fussent punies de mort, comme étant les plus graves que puisse commettre une femme.

3° - Aulu Gelle, Nuits Attiques, I0,23,: les écrivains qui ont traité des habitudes et des moeurs du peuple romain nous apprennent que les femmes du Latium devaient être toutes abstinences, c'est-à-dire s'abstenir de vin. Marcus Caton avance même que non seulement les femmes devaient être blâmées, mais qu'elles devaient être frappées d'une amende par le juge si elles avaient bu du vin avec la même sévérité que si elles avaient commis un adultère. On lit dans un traité de Caton sur la dot: Lorsque le mari divorce il a sur la femme les pouvoirs du censeur, il a une espèce d'imperium. Si la femme commet quelque chose de répréhensible ou de honteux, le juge la frappe d'une amende, si elle a bu du vin ou commis l'adultère il la condamne. Sur le droit de tuer il écrit ceci : Si tu surprends ton épouse commettant l'adultère tu peux impunément la tuer sans jugement, si elle te surprend en adultère elle n'osera pas te toucher du bout du doigt et elle n'en a pas le droit.

4° - Valère Maxime 6,3,9 : Pour un motif beaucoup moins grave, Egnatius Métellus tua son épouse à coups de bâton, parce qu'elle avait bu du vin et ce meurtre, loin de lui susciter un accusateur, ne fut même pas blâmé. Chacun trouva qu'elle avait justement expié par une peine exemplaire la violation des lois de la sobriété, car toute femme, qui fait un usage immoderé du vin, ferme son cœur à toutes les vertus et l'ouvre à tous les vices.

5° - Pline l'Ancien. Histoire naturelle, I4, I, 3 : Il n'était pas permis aux femmes romaines de boire du vin. Nous trouvons entre autres exemples que la femme d'Egnatius Metellus parce qu'elle avait bu du vin au tonneau avait été tuée à coups de bâton par son mari et celui-ci avait été absous du crime de meurtre par Romulus.

Fabius Pictor, dans ses Annales, écrit qu'une matrone, parce qu'elle avait descellé les cassettes où étaient les clefs de la cave à vin, avait été condamnée par les siens à mourir de faim. Cneius Domitius, en sa qualité de juge, décida qu'une femme qui paraissait avoir bu plus de vin que cela n'était nécessaire comme remède pour sa santé, serait frappée d'une amende sur sa dot.

6° - Polybe, Lettres, 6,2 : Il est impossible à la femme de cacher qu'elle a bu du vin, d'abord parce qu'elle n'a pas l'administration du vin.

7° - Valère Maxime, 2, I, 5 : L'usage du vin fut inconnu des femmes romaines, de peur qu'elles ne fussent entraînées dans quelque désordre car le degré le plus proche de l'intempérance, de Liber Pater conduit d'habitude à la Venus illicite.

Enfin 8° - Plutarque : Parallèle de Lycurgue et de Numa : Numa apprit aux femmes à être sobres et à garder le silence. Il leur défendit l'usage du vin et ne leur permit pas de parler de choses même les plus nécessaires en présence de leur mari.

Il y a encore quelques autres textes, moins importants que ceux-là sur le même sujet.

Le nombre de ces textes marque l'importance de cette tradition chez les Romains. On peut tout d'abord en tirer cette donnée que le rapprochement des clefs et du vin est moins arbitraire qu'il ne semble à première vue. Fabius Pictor, en effet, nous dit qu'une matrone, parce qu'elle a descellé les cassettes où étaient les clefs de la cave à vin fut condamnée par ses proches à mourir de faim. On remarquera que Fabius Pictor ne dit même pas si elle avait bu. C'est la raison pour laquelle Polybe dit encore que la femme n'avait pas l'administration du vin.

Mais la preuve la plus convaincante est qu'on peut voir par ces textes que celui de Plutarque fait partie d'une tradition d'après laquelle les deux fautes les plus importantes pour la femme, méritant le divorce et même la mort, c'est le fait de boire du vin et de commettre l'adultère.

L'assimilation entre ces deux cas et les étapes de cette assimilation se retrouvent dans notre texte de Plutarque, et dans celui de Denys d'Halicarnasse qui nous dit que ces fautes sont jugées par le mari et par le tribunal domestique et que ce sont les deux fautes les plus graves que puissent commettre les femmes.

Caton l'Ancien nous dit aussi que ces deux mêmes fautes, en même temps qu'étant les plus graves, sont jugées par un juge dans une action civile. Nous voyons alors que le vin et l'adultère sont assimilés non seulement parce que tous deux appellent le divorce, mais parce que tous deux appellent aussi la mort. Non seulement le mari peut divorcer, mais il peut tuer impunément sa femme, il est excusé et ne commet pas un meurtre punissable.

Il n'y a pas de raison à mon avis, de croire que l'une de ces sanctions est plus ancienne que

Assimila-
tion au point
de vue de la
gravité de la
faute entre
l'adultère
et le fait de
boire du vin.

l'autre. Toutes les deux ont des traits qui en font une sanction du droit primitif. De même, au fond, dans notre droit moderne, du moins en ce qui concerne l'adultère, la dualité persiste. On peut dire que chez nous, tout comme dans la Rome primitive, l'adultère au point de vue du droit civil justifie le divorce, mais au point de vue du droit criminel et surtout au point de vue de sa pratique devant les cours d'assises, l'adultère excuse toujours le meurtre.

Disparition du vin comme cause de divorce après Caton.

Après l'époque de Caton, le vin s'efface du droit romain comme faute équivalente de l'adultére. Le dernier exemple d'action judiciaire basée sur cette faute se trouve dans Pline l'Ancien, qui nous dit que Cneius Domitius, qui fut préteur en 562 de Rome fondée, frappa une femme d'une amende sur sa dot parce qu'elle avait bu trop de vin.

Le vin disparaît ensuite du droit, de sorte que dans la catégorie des fautes les plus graves que puisse commettre la femme mariée il ne reste qu'une faute, l'adultére, et c'est le dernier état du droit classique que nous retrouvons dans Ulprien, Regulae, 6,12 : Graviores mores sunt adulteria tantum leviores omnes reliquit : Les moeurs les plus graves sont seulement l'adultére, les moins graves sont tout le reste.

Il s'agit ici d'une particularité essentielle de l'action rei uxoriae. Ulprien parle de retentiones propter mores qui sont les retenues que le mari peut faire sur la dot à propos de ces fautes commises par la femme. Le fait que le droit classique les divise toujours en deux catégories, bien que, dans la première catégorie ne reste qu'une seule faute, l'adultére montre la persistance de la tradition dans laquelle, comme nous l'avons vu, dans cette première catégorie il y avait plusieurs cas de faute. C'est pourquoi, bien qu'il n'en reste qu'une, elle forme toujours catégorie.

On ne retrouve plus le vin dans les justes causes de divorce énumérées par la législation impériale, et les historiens que nous avons cités nous en ont conservé le souvenir à titre de singularité historique dont ils ne comprennent plus la signification et dont ils essaient de trouver une explication rationnelle. Ils sont frappés par le rapprochement que fait la tradition entre l'adultére et le vin et ils essaient de montrer simplement comment l'ivresse conduit à l'adultére. L'intempérance, dit l'un, conduit à l'égarement de l'esprit et l'adultére est un égarement de l'esprit. L'intempérance de Liber Pater (le dieu du vin) conduit à la Vénus illicite (la déesse de l'amour adultère). Assurément nous ne nous contenter-

3^{ème} Cause de divorce l'adultére de la femme.

rons pas de ces explications peu satisfaisantes.

3^{ème} cas : l'adultére. Pour expliquer ce troisième cas, nous n'avons aucune difficulté d'interprétation. L'adultére est évidemment le cas type de rupture du mariage, la faute la plus grave contre la fidélité qu'elle doit à son mari que la femme puisse commettre, quel que soit l'état des mœurs et des idées.

Je ferai seulement remarquer ici que pour les Romains seul l'adultére de la femme est grave, celui du mari ne compte pas. Caton a exprimé la règle de façon pittoresque : Tu peux impunément tuer ton épouse si tu la surprends en adultére, mais toi si tu commets l'adultére, elle ne pourra pas te toucher du bout du doigt et elle n'en a pas le droit.

Il ne s'agit pas seulement ici d'une différence de liberté entre les sexes. Le complice de la femme adultére peut être tué par le mari aussi impunément que la femme elle-même. C'est donc qu'il a commis une faute aussi grave que celle qu'a commise la femme. Au contraire, en dehors du mariage, aussi bien pour la femme que pour l'homme, du moins quand il s'agit d'une femme qui se trouve en dehors des liens d'une famille, la liberté sexuelle est aussi grande pour l'un que pour l'autre. Ce sont ces liens de famille qui font de l'adultére et du stupre, c'est-à-dire des relations sexuelles avec une femme ou un jeune homme d'une famille honorable une faute grave, un crime.

Si, au contraire, ces relations sexuelles ont eu lieu avec une femme qui ne fait partie d'aucune famille, c'est-à-dire avec une affranchie ou avec une esclave, c'est un acte indifférent qui n'offense ni la morale ni la loi. Dans ce cas la liberté sexuelle est la même pour les deux sexes.

Nous en trouvons deux preuves typiques. La première dans l'histoire des bacchanales : les consuls apprennent, par une confidence faite au fils de l'un deux par sa maîtresse, qui était une affranchie, que s'était propagé à Rome ce culte oriental des Bacchus qui était célébré dans des orgies, et ils apprennent ainsi avec horreur que des femmes mariées, des jeunes filles de bonne famille avaient, avec des hommes étrangers à leur famille, des rapports physiques qui leur paraissent des crimes irrémissibles. Le consul demande à l'affranchie qui avait participé à ces Bacchanales de dévoiler le crime, l'affranchie hésite, craignant parce qu'elle y avait participé, d'être elle-même impliquée dans les poursuites qui devaient les punir. Le consul lui répondit que quant à elle elle n'avait rien à craindre et que même on récompenserait sa dénonciation en lui donnant les priviléges

et les droits d'une matrone, c'est-à-dire d'une femme honorable.

La deuxième histoire, nous la trouvons dans Valère Maxime 7,3,10: un père de famille voyant son fils brûler d'une flamme non permise et dangereuse, c'est-à-dire avoir des relations avec une femme mariée ou une jeune fille de famille honorable, voulut le guérir de cette passion insensée et il lui donna un conseil qui, dit l'historien, sut concilier l'indulgence paternelle avec l'excellence du conseil. Il lui demanda de n'aller vers celle qu'il aimait qu'après avoir usé de la Vénus vulgaire et permise. C'est ce que fit le fils et, comme le pensait le père, la satiéte de la jouissance permise éteignit insensiblement l'amour illicite.

Nous voyons nettement dans ces deux histoires et dans quelques autres semblables comment la gravité de la faute dépend uniquement de la question de savoir si la femme est ou n'est pas membre d'une famille honorable.

Ceci nous permet de faire la première constatation que nous retirons de cette étude: ces trois cas sont les fautes les plus graves que puisse commettre la femme, parce que ce sont des fautes contre le mari, contre le mariage et ajoutons contre la famille. Mais en soi ils n'ont le caractère ni de crime, ni de délit. Pour les autres que pour une femme faisant partie d'une famille ce sont des actes indifférents. Tel est le premier trait commun que l'on peut discerner entre ces trois cas.

§ 2 - Caractère religieux de ces interdictions.

Nous devons maintenant rechercher la nature de la faute commise par la femme. Cette faute, c'est une infraction à des prescriptions religieuses. Le caractère religieux de ces défenses portées par la soi-disant loi de Romulus résulte d'abord de l'ensemble même dont elle fait partie: la tradition l'attribue à Romulus, elle fait partie des lois royales.

Ces lois royales, c'est un ensemble de prescriptions qui sont mises sous le nom des premiers rois de Rome: Romulus, Numa, Tullus Hostilius et Servius Tullius. Il a existé un recueil des Leges Regiae, qui aurait été fait par un certain Papirius, soit à la fin de la royauté, soit au début de la République. Nous n'avons plus ce recueil, mais des extraits, que l'on peut trouver dans les auteurs, ont été recueillis par Girard, au début de ses textes de droit romain.

La critique moderne a fait justice de l'idée ancienne qui voyait dans ces lois des lois véritable

Caractère de ces 3 causes de divorce en tant que constituant des fautes graves contre le mari et la famille.

Les leges regiae; leur caractère; caractère religieux de leurs dispositions.

Difficulté
soullevée par
la traduction
du texte de
la loi 4 de
Romulus in
fine.

Explication
du terme vente
par la reman-
cipatio de la
femme répu-
diée.

et émanant réellement des rois de Rome. Les rois de Rome sont des rois légendaires et ces lois n'ont à aucun degré le caractère de lois votées par les comices. Ce sont des prescriptions religieuses du droit coutumier, recueillies par les pontifes et mises par eux ou par la tradition sous le couvert de ces rois. Le caractère religieux de l'ensemble de ces prescriptions est bien établi, mais nous pouvons préciser davantage. La fin du texte nous permet de fixer d'une manière plus précise la nature de la faute commise contre la loi religieuse: *τὸν Μάνοδόπειρον γυναικας θυσίαις*. Romulus exigea que celui qui répudiait sa femme offrit un sacrifice aux dieux souterrains.

Cette traduction, que je donne ici, c'est la plus ancienne, acceptée autrefois par les traducteurs littéraires de Plutarque. Nous la trouvons notamment dans les premiers traducteurs de Plutarque, Cruser et Kylander. Leur traduction est suivie par Reiske et elle est adoptée dans la traduction française d'Amyot.

C'est en effet la traduction la plus naturelle, mais elle est remplacée actuellement par une autre qui triomphe dans la littérature juridique. Elle a été imposée par deux études sur le sujet par un allemand Schlesinger: *Zeit fur Rechtsgeschichte*, 8, 1869, p. 53 et un italien Trincheri, *Bull. dell Istituto di Diritto romano*, 1889, p. 248. C'est la traduction suivante: Celui qui vend sa femme doit être immolé aux dieux infernaux.

Cette traduction a été adoptée par tous les historiens, par tous les manuels généraux, par les Fontes de Bruns et les textes de Girard.

D'où vient le succès si complet de cette interprétation ? Elle n'a pour elle qu'un seul argument direct. En effet, parmi tous les sens nombreux du verbe ~~αγονίζομαι~~, il y a le sens de vendre et jamais ce verbe n'est employé dans le sens de répudier. C'est évidemment un fait certain, mais cette interprétation se heurte à une objection, à mon avis décisive: pour l'adopter il faut isoler dans la dernière partie de la phrase la dernière proposition et la considérer comme étant séparée de tout le reste. Il faut en faire une proposition principale, sans tenir compte du verbe: il ordonna, qui commande les deux propositions finales et, après l'avoir ainsi isolé, on donne à notre proposition un sens différent, sans rapport avec le conteste. Jusque là il s'agissait du divorce, mais il ne s'agirait plus que d'une vente, sans rapport avec le divorce.

Ce changement est si certain que les ouvrages généraux citent ces deux parties du texte à des endroits tout à fait différents. Isoler un membre de phrase,

l'interpréter sans tenir compte du contexte pour lui donner le sens qui paraît le meilleur au point de vue de la logique et de la raison, surtout pour l'utiliser à des fins que l'on veut atteindre, c'est un usage fréquent de la méthode juridique, mais c'est certainement une erreur de méthode si l'on se place au point de vue de l'histoire.

La vraie raison pour laquelle les auteurs sont tombés dans cette erreur, c'est qu'ils n'ont pas pu trouver à la première traduction un sens raisonnable et satisfaisant. Tous ceux sans exception qui l'ont adoptée ne mettent pas en doute qu'il ne s'agisse ici d'une punition et par conséquent d'une sanction supplémentaire contre le mari coupable, c'est-à-dire contre le mari qui a renvoyé sa femme hors des cas prévus. Ce serait donc une sanction qui s'ajoutera à la confiscation prononcée dans la première proposition incidente contre le mari au profit de sa femme et de Demeter. Or, confisquer d'abord toute la fortune du mari lui imposer ensuite un sacrifice expiatoire, c'est-à-dire l'immolation d'un porc, ou d'une brebis, ou d'un autre animal, c'est une échelle de peines qui n'est pas raisonnable, c'est une gradation qui n'est pas vraisemblable.

Pour retrouver le sens véritable de ce texte, nous poserons d'abord comme principe incontestable que la phrase tout entière doit être interprétée dans son ensemble. Nous dirons aussi que, dans toute cette phrase, il s'agit de la loi de divorce et de ses sanctions et qu'il n'est pas possible qu'il soit parlé, dans cet ensemble, d'une vente, si cette vente est sans rapport avec le divorce.

Mais d'autre part, *τὸν δέ* après lequel débute la proposition finale que nous étudions, est disjonctif. Ce pronom, dans cet ensemble, ne peut donc désigner le même personnage que celui qui figure dans la première proposition. Les deux propositions sont réunies par le verbe principal: il ordonna, et il y a une alternative: la loi de Romulus ordonne une chose à l'un, elle ordonne une autre chose à l'autre. Le premier c'est celui qui divorce en dehors des trois cas. La loi ordonne que, de celui-ci, les biens soient confisqués et remis à Demeter et à la femme.

Mais alors qui est l'autre ? Puisque le premier c'est celui qui divorce hors des trois cas, le second sera celui qui répudie sa femme dans l'un des trois cas. C'est à celui-là, quoiqu'il ne commette aucune faute et qu'il se soumette à la prescription légale, qu'est imposé un sacrifice expiatoire.

Comment donnerons-nous au verbe *απολιγόμεται* le sens de divorce, puisque ce terme n'est pas employé

dans ce sens ? Quelques auteurs ont voulu y parvenir à l'aide du sens : rendre, restituer, qui est, en effet, un des sens de ce verbe et la loi dirait que la femme est rendue à son père. Mais c'est un sens impossible, car dans le mariage cum manu la fille est sortie de la famille de son père et le divorce ne l'y fait pas rentrer. Elle est définitivement sortie de sa famille d'origine.

Pour comprendre le sens que je veux donner à notre phrase, il faut s'appuyer sur deux propositions : la première, que je démontrerai dans le chapitre suivant, à savoir que la coutume que nous étudions est une coutume très ancienne, qu'elle est même antérieure à la fondation de Rome, je veux dire au droit de la cité, au droit de la ville. On peut le voir par la sanction portée contre le mari et par la déesse à laquelle cette sanction est consacrée : Demeter, que je traduirai par Tellus. Ce n'est donc pas une coutume du droit civil, mais une coutume gentilice.

Pour la deuxième proposition, il suffira de rappeler ce que nous avons dit dans les premiers chapitres. Nous avons vu que, des trois modes d'acquisition de la manus dans le mariage cum manu : l'usus, la confarreatio et la coemptio, la confarreatio, non seulement est un mode spécial réservé aux familles sacerdotales, mais c'est le mode le plus nouveau. Il ne peut avoir été établi qu'après l'établissement du culte de Jupiter dans la cité. Le temple du Capitole a dû être fondé, et par conséquent, c'est l'époque de la plus grande cité des rois étrusques, celle dont nous conservons encore le souvenir par l'enceinte de Servius Tullius, à l'époque gentilice.

C'est donc la coemptio qui fait la manus dans le mariage, ainsi que l'usus. Le divorce de ces deux formes était procuré par une nouvelle mancipiation, qui faisait sortir la femme de la famille du mari : c'était la remancipation. La source latine de Flutarque devait donc comporter un : qui remanciparet. Or, le grec ne possède pas de terme technique équivalent et la traduction la plus proche était, comme en Français : qui revendait. C'est le mot employé par Flutarque et d'ailleurs cette remancipation du droit primitif était, au fond, très peu éloignée d'une véritable vente.

La remancipation du droit classique est en effet une mancipiation par un pacte de fiducie : le mari vendait sa femme à un tiers, avec un pacte de fiducie de l'affranchir immédiatement.

Cette remancipation, à l'époque classique, quand la liberté du divorce est acquise, la femme a le droit

de l'exiger de son mari, parce que c'est un bénéfice pour elle, comme l'affranchissement, comme l'émancipation du fils de famille. La remancipation a suivi la même évolution que l'émancipation, elle est devenue une faveur, tandis que dans le droit ancien c'était une peine par laquelle le fils était chassé de la famille.

Par conséquent, dans le droit ancien, la remancipation était une lourde peine: la femme était mancipée, vendue sans pacte de fiducie, la remancipation la faisait tomber sous le mancipium d'un tiers, mais de cette façon elle était chassée, expulsée de la famille qu'elle a souillée, elle était vendue et répudiée.

Quant au verbe grec aucun auteur ne fait difficulté à penser que le sens moyen: faire un sacrifice pour cela, est plus grec, plus naturel qu'être immolé.

Ainsi entendue, la loi ordonne que le mari, après avoir répudié la femme coupable, suivant la prescription de la loi, offre un sacrifice aux dieux souterrains.

Quels sont ces dieux souterrains ? Ici nous ne rencontrons pas de difficulté à les identifier: ce sont les morts, les dii manes, les dii inferni, les manes que l'on appelle aussi les dieux souterrains. Ces dieux nous indiquent la nature du sacrifice qui leur est fait: il s'agit, comme toutes les fois que l'on offre un sacrifice aux manes, d'un sacrifice expiatoire, d'un piaculum, comme le sont en général tous les sacrifices aux morts.

Le culte des morts est un rite expiatoire, destiné avant tout à apaiser ceux que l'on appelle par anti-phrasé les bons, mais qui, au contraire, sont craints parce qu'ils sont méchants et sont perpétuellement irrités contre la famille dont ils font partie, et il faut les apaiser parce qu'ils peuvent nuire à cette famille.

De quoi sont-ils irrités ? Ici ils ne sont pas irrités précisément contre la femme qui a divorcé, car celle-ci est chassée de la famille, ou même contre le mari, puisqu'il a obéi à la loi, mais ils sont irrités contre la famille. Celle-ci est exposée à leur colère parce qu'elle a été souillée par la faute de la femme. Cette faute a rendu la famille impure.

On peut rapprocher ce sacrifice d'un autre, de même nature, qui est offert au même ensemble de divinités, à Cérès, à Tellus et aux manes. Ce sacrifice, ou plutôt ces deux sortes de sacrifices, sont une offrande à un groupe de dieux, d'une truie. Au moment des funérailles d'un membre de la famille, et en présence du mort, on fait le sacrifice de la porca praesentanea.

Sacrifice aux dieux souterrains en expiation de la souillure encourue par la famille à raison de la faute de la femme.

au début des récoltes on fait le sacrifice de la porca praescidanea.

Ce sont des rites de purification. La mort est un événement funeste dans la famille, aussi immédiatement après la mort il faut faire un premier sacrifice purificatoire. Mais peut-être, dans le cours de l'année, n'a-t-on pas fait pour les morts tout ce qu'on aurait dû faire, ou ne l'a-t-on pas fait comme on aurait dû le faire. Les jura manium, les droits des morts n'ont pas été observés.

Au moment des récoltes, c'est le moment où il est le plus important que les morts ne soient pas irrités, car ils peuvent nuire à ces récoltes, étant des dieux souterrains. On fait donc une purification pour toutes celles qui n'ont pas été faites.

Ces sacrifices sont des piacula. Aulu Gelle, Nuits Attiques, 6,7, nous dit: Ils sont faits piaculi gratia. Et Varron nous dit encore: Alter familia pura non est: Autrement (si on ne les fait pas) la famille n'est pas purifiée.

Ce piaculum, qui est une expiation, nous amène ainsi à la notion de souillure. Nous voyons que les trois soi-disant cas de divorce de Romulus ne sont pas des hypothèses rationnelles, prévues par un législateur civil et ouvrant au père le droit de divorcer s'il le juge bon; ce sont des défenses religieuses, dont la transgression par la femme souille la famille toute entière. Farcie que c'est une souillure, il est nécessaire d'abord de l'expier, et ensuite de la purifier. L'expiation intéresse non seulement le mari, mais tout le groupe qui est sans cela exposé à la colère des dieux.

A cause de ce caractère de souillure, non seulement le mari peut renvoyer la femme, mais il le doit. Le groupe peut l'y contraindre, car la souillure l'atteint tout entier.

Tel paraît bien être l'état du droit romain primitif, dont nous allons chercher à discerner les traces dans chaque cas.

Pour l'avortement, nous avons une preuve directe qu'il est considéré par la civilisation méditerranéenne comme une souillure religieuse. Ceci nous est indiqué par trois inscriptions relevées à Rhodes, à Attique et à Delos. Ces inscriptions sont du II^e siècle de l'ère chrétienne; elles énumèrent les conditions de pureté que l'on doit remplir pour pouvoir entrer dans ces trois temples, ou plus exactement les transgressions qui empêchent que l'on se trouve dans cet état de pureté permettant l'accès du temple. Pour chaque transgression il y a des purifications à faire et une pé-

les 3 cas de divorce caractérisés comme la transgression de tabous religieux.

riode d'autant plus longue, pendant laquelle il est impossible de rentrer dans le temple.

Parmi ces transgressions, nous trouvons l'avortement et, à côté, le fait d'avoir participé à l'ensevelissement d'un mort. Pour ces deux cas, il est imposé, après une purification, quarante jours d'attente.

Pour le vin et l'adultère, la situation est moins simple. Les historiens qui nous rapportent la défense n'ont plus aucune idée de sa signification primitive. La notion d'adultère a évolué et depuis longtemps, à l'époque classique, c'est une faute morale et un crime réprimé par la loi et non plus une faute religieuse. Mais dans cette conception de l'époque classique entrent des éléments qui seraient inexplicables si l'adultère n'avait pas été avant tout une faute qui emprunte sa gravité à ce que c'est une faute contre la famille, contre le groupe tout entier.

Pour les jurisconsultes classiques, l'adultère et le stuprum, c'est la même notion: D. 48.5.6.: Lex stuprum et adulterium promiscue appellat: D'après la loi, stupre et adultère sont des appellations communes. Le stupre c'est le commerce sexuel avec une jeune fille ou une veuve, ou un jeune garçon ingénue, c'est-à-dire faisant partie d'une famille. L'adultère et le stupre sont des crimes.

Commis avec un esclave, ce commerce sexuel peut être une atteinte à la liberté, mais avec un esclave ou une affranchie, ce n'est ni un crime ni même une faute morale, car ce sont des gens sans famille. Par conséquent il n'y a pas d'offense qui est ici faite contre une institution familiale.

Il en est de même pour la répression. Le mari romain, comme le mari grec, a la stricte obligation de renvoyer sa femme convaincue d'adultère. Les lois d'Auguste sur le mariage, dont le but est de restaurer les anciennes mœurs et de les transformer en obligations civiles, punissent le mari qui, ne pouvant ignorer l'adultère de sa femme, ne la répudie pas. D'après la loi, c'est celui qui a surpris sa femme en flagrant délit, qui par conséquent ne peut pas nier qu'il connaît la faute.

La loi Julia, D. 48.5.2., qualifie sa faiblesse de crime et elle assimile le mari à un laeno, à un entremetteur qui favorise et profite du commerce, des charmes d'une femme honorable. Il doit donc divorcer, c'est une obligation stricte.

En outre, la loi défend au mari de tuer sa femme, mais elle organise la répression de l'adultère. Une fois divorcée, la femme peut être l'objet d'une

action criminelle, qui aboutit à une sévère condamnation. Pendant soixante jours, cette action est réservée au mari et au père de la femme, mais après soixante jours l'action publique est ouverte à tout citoyen.

Nous trouvons dans cette règle la preuve non équivoque que l'opinion traditionnelle voit dans l'adultère non pas une simple affaire privée, n'intéressant que le mari et le père de famille, mais une affaire intéressant tout le groupe dont fait partie cette famille, que ce soit le clan, la gens ou la cité.

Pour le vin, nous avons des indices aboutissant à la même conclusion. Les historiens font un rapport proche et instructif entre la prohibition de boire du vin et le jus ausculi. Le jus ausculi c'est ce droit des parents, cognats et agnats, de donner un baiser sur la bouche aux femmes de la famille, aux femmes honnêtes seulement; les autres n'ont pas droit à l'ausculeum: Cicéron 4.6.

On a donné à cette coutume singulière beaucoup d'explications. Il en est une qui revient constamment: le droit est donné aux parents pour qu'ils jugent si la femme a bu du vin. L'unanimité de ce témoignage est un indice d'une tradition assez sûre. Nous voyons là une juridiction de groupe: les parents surveillent le respect des usages et ils forcent le mari à renvoyer la femme coupable. Mais par contre ce sont eux qui le punissent s'il la renvoie innocente.

En définitive, les cas de divorce de Romulus sont des défenses comminées par la loi religieuse, dont la transgression souille toute la famille. Elle doit être expiée et la famille doit la purifier. Nous retrouvons dans ces défenses toutes les notions caractéristiques d'un tabou.

Il nous reste maintenant à déterminer la nature de ces tabous. Jusqu'ici nous nous sommes exclusivement appuyés sur des textes romains. La littérature romaine ne nous permet pas d'aller plus loin pour essayer de déterminer la nature de ces tabous, surtout pour découvrir les conceptions communes qui ont permis de réunir ces trois défenses, en apparence sans rapport entre elles.

Il est nécessaire de chercher un secours en dehors de cette littérature. Peut-être la sociologie pourra-t-elle nous le fournir. Sans doute il ne s'agit pas ici de transposer purement et simplement dans l'histoire romaine des conceptions que les sociologues ont établies par l'étude des peuples primitifs africains ou polynésiens. Mais tout d'abord, on peut penser que la loi de Romulus remonte à une époque où les ancêtres des Romains n'étaient pas encore dans la cité quiritaire. Ils en étaient certainement au stade agricole,

conception
commune à la-
quelle peuvent
se rattacher
ces tabous.

mais encore à la vie de clans, qui paraît bien pouvoir être qualifiée pour les Romains de période gentilice. C'étaient de véritables primitifs, il est donc légitime d'utiliser les données qu'ethnologues et sociologues ont fait entrer dans le domaine de la science et d'examiner si ces données ne peuvent pas servir à éclairer et à faire comprendre des faits et des croyances que l'on peut relever chez les Romains.

On ne se trompera pas beaucoup en rattachant l'origine de ces défenses à des notions courantes chez les sociologues, aux idées de mana et de tabous.

La femme est mana pour les primitifs, c'est-à-dire qu'elle est le siège de cette puissance mystérieuse et supérieure, à la fois salutaire et néfaste, en tout cas éminemment redoutable. Cette puissance lui vient essentiellement de ce qu'elle est le centre des phénomènes de la vie et de la génération: grossesse, enfantement, menstruation. Ce sont des phénomènes de sang et le sang est le siège de la vie. C'est pourquoi lorsque l'état social s'organise autour du mariage et de la famille, une série de tabous rigoureux tendent à empêcher tout contact entre les femmes de la famille, surtout les femmes mariées et les étrangers, ce contact étranger, même involontaire, même superficiel, pouvant soumettre la femme à des influences contraires, funestes à toute la famille, funestes à tout le clan.

Ces tabous évoluent par la suite en obligations morales.

Sur la femme et sur la femme seule, non sur le mari, pèse l'obligation de fidélité. Mais c'est parce que cette obligation est à peine dégagée des tabous primitifs qu'elle est à la fois beaucoup plus rigoureuse et moins délicate que nos notions morales.

C'est une suite directe des tabous que la défense rapportée par Valère Maxime, 2.I.15, d'après laquelle si l'on appelle en justice une matrone, par l'in jus vocatio, il est interdit de la toucher: ut inviolata manus alienae jactu stola relinquetur: Pour que sa robe reste inviolée de tout contact avec une main étrangère.

On sait pourtant qu'une formalité essentielle de l'in jus vocatio c'est une main-mise: mammumendo jacito.

Ce sont encore des traces reconnaissables des tabous primitifs que ces traits de mœurs relevés aussi bien chez les Grecs que chez les Romains; à une époque déjà évoluée, la femme grecque qui se montre à la fenêtre extérieure de la maison commet une infraction à la fidélité conjugale qui, aux yeux de son mari, mérite le divorce. C'est également une infraction à la fi-

La femme mana;
les phénomènes du sang.

L'obligation
de fidélité
de la femme
et la souillure
du sang.

délité conjugale, pour une femme romaine du VI^e siècle de Rome fondée, de sortir de la maison à l'insu de son mari; de se montrer en public à visage découvert, de s'entretenir en public avec une affranchie, d'assister à des jeux publics. On voit dans ces différents actes des cas de divorce justifiés que le censeur ne blâme pas. C'est donc que l'opinion publique approuve cette sévérité.

De toutes les infractions à la foi conjugale, l'adultère est évidemment la plus grave et la plus évidente. Elle n'a pas besoin du support de l'idée religieuse pour conserver son caractère. Assurément, c'est d'un point de vue rationnel et laïque que l'adultère est considéré par les Romains de l'époque classique, mais leur conception est encore imprégnée de l'idée primitive, commune à tous les peuples indo-européens: chez ces peuples, seul l'adultère de la femme a de l'importance.

La loi de Manou, bien souvent citée sur ce point, donne très exactement l'explication et les raisons: 3. 175: les fils nés d'un commerce adultère anéantissent, dans ce monde et dans l'autre, les offrandes adressées aux dieux et aux manes lorsqu'ils y participent.

Et encore: 9.20: Le sang que ma mère infidèle a souillé en allant dans la maison d'un autre que mon père la purifie. Telle est la teneur de la formule que doit réciter le fils qui connaît la faute de sa mère.

En somme la souillure du sang, principe de la vie, produit ses effets funestes dans les enfants qui naîtront de la femme adultère. Elle introduit par eux dans la famille des éléments étrangers et hostiles qui troublent les rapports de cette famille avec les dieux et les ancêtres.

Ces croyances sont bien proches de celles que nous avons relevées à Rome: la famille n'est plus pure et pour réconcilier les morts irrités, il faut à la fois écarter de la famille l'élément souillé et offrir un sacrifice expiatoire.

Pour les jurisconsultes classiques, c'est la turbatio sanguinis qui fait la gravité de l'adultère, bien plus c'est ce qui caractérise l'adultère et lui donne son nom: Papinien, D. 48.5.6. § I: Sed proprie adulterium in nupta committitur propter partum ex altero conceptum composito nomine: Mais l'adultère est commis spécialement avec la femme mariée, le nom provient de l'enfant conçu dans le sein de sa mère.

Il serait sans doute inexact de prêter aux Romains primitifs nos connaissances précises en matière

de génération. Peu importe sans doute qu'il y ait une relation d'origine entre l'infidélité de la femme et la naissance d'un enfant s'adressant au père. L'adultére souille le sang de la famille, donc rend impurs, d'une façon générale, les enfants à venir.

Le deuxième tabou se rattache sans invraisemblance au même ordre d'idées. Le vin, le jus de raisin fermenté est connu dans l'Italie centrale dès la préhistorie et on a trouvé dans une tombe à fosse du Forum des pépins de raisin pressés. Mais la culture de la vigne, l'usage du vin comme boisson courante ne remonte pas plus haut que le IV^e siècle av. J.C.

La série des fêtes du vin exprime la succession des usages qui en ont été faits. C'est d'abord un breuvage sacré et un remède, c'est-à-dire une boisson magique; plus tard seulement il devient une denrée de consommation. Les rites qui, dans les repas, entourent le moment où on le boit expriment le caractère religieux de son usage, aussi bien chez les Grecs que chez les Romains. Ce sont principalement des rites d'alliance, car Romains et Grecs partagent les croyances des primits, ils assimilent le vin au sang. Comme le sang, le vin leur paraît contenir le principe mystérieux de la vie; il en est le siège et le véhicule, ayant la même puissance, les mêmes propriétés; il remplace le sang dans les rites d'alliance.

Il faut ajouter qu'il se confond avec la puissance divine qui le produit, il est le dieu lui-même. Souviens-toi, o roi! dit Androcyde à Alexandre, qu'en buvant du vin tu bois le sang de la terre. Pline, Histoire naturelle, 14.5.15.

Quand nous appelons le blé "Cérès", dit Cicéron, le vin "Bacchus", nous employons une figure de style très courante, mais croyez-vous qu'il y ait encore quelqu'un d'assez fou pour s'imaginer que ce qu'il mange est un dieu.

On peut apercevoir les raisons pour lesquelles les Romains ont assimilé à l'adultére le fait de boire du vin: c'est un fait de possession, c'est pourquoi il constitue une infraction aussi grave que l'adultére à l'obligation de fidélité qui pèse sur la femme. En buvant, la femme se soumet à un principe de vie étranger, donc hostile. En introduisant cet élément extérieur en elle, dans le sang de la famille, elle en détruit l'intégrité; c'est une souillure de son sang.

D'ailleurs cette interdiction n'est pas un fait isolé, une singularité unique réservée à la femme romaine. On le retrouve chez la femme grecque, à l'état sporadique il est vrai. Elle est signalée pour les femmes de Marseille et de Milet. Aelian, Variae historiae, 3.38. Elle frappe aussi les femmes germanines.

Le tabou du vin, l'absorption du vin et la souillure du sang; son assimilation à l'adultére.

Elle n'est même pas spéciale aux femmes, l'interdiction atteint également d'autres personnes qui, toutes, présentent cette particularité voisine d'être unies à certains dieux par des liens étroits de fidélité.

Le nazir juif, voué à Iahvé, qui lui communique son esprit et sa force en échange de sa fidélité, ne doit pas boire le bin des Baals; le prêtre juif ne doit pas boire de vin avant de monter à l'autel, car il doit être dans un état particulier de pureté.

La même interdiction pèse sur le roi d'Egypte, sur le flamme de Jupiter: celui-ci est enserré dans de nombreux tabous; il ne faut pas qu'il passe sous une vigne; il ne peut ni nommer, ni toucher la viande crue. Tous ces tabous sont des tabous de sang.

Reste enfin le troisième tabou, le tabou de l'avortement, dont l'interprétation est toujours un peu douteuse. Des trois c'est celui qui paraît avoir évolué le plus tôt en une notion rationnelle. De très bonne heure, il cesse d'être considéré comme aussi rigoureux que les trois autres. L'avortement devient une faute moins grave et nous avons vu qu'il reste une faute contre le mari et une juste cause de divorce.

Les études des sociologues nous permettent de noter, dans les conceptions des primitifs, une corrélation étroite entre cette infraction et les deux autres. L'avortement est une souillure de sang. J'invoquerai l'autorité d'une des dernières œuvres de Lucien Lévy-Bruhl: "Le surnaturel et la nature dans la mentalité primitive", spécialement les chapitres IX et X: Le sang et ses vertus mystiques; les sangs de la femme, les fausses-couches et les avortements, dit-il, sont chez les Bantous des événements funestes, qui souillent et ensorcellent la famille et tout le groupe; on impose par la suite à la femme une série de purifications rigoureuses.

Nul doute que, dans les conceptions animistes des Romains primitifs, les fausses-couches et les avortements soient l'œuvre d'une puissance surnaturelle et hostile, d'un esprit qui s'est emparé de la femme.

Je ferais volontiers une hypothèse, qui a l'inconvénient d'être émise un peu arbitrairement, car je ne puis, pour le moment, l'appuyer de l'autorité d'un texte, faute de recherches suffisantes. Il ne me paraît pas indifférent que Flutarque, ou plutôt sa source, emploie une formule indirecte pour caractériser la faute reprochée à la femme. L'accent porte davantage sur la boisson magique, plutôt que sur l'avortement lui-même, soit que toute fausse couche apparaisse en ces temps primitifs comme nécessairement provoquée par un rite magique, soit qu'il s'agisse plus spéciale-

"Les Cours de Droit"

3. PLACE DE LA SORBONNE, 3

W

Répétitions Ecrites et Orales

Reproduction interdite

ment de l'avortement pratiqué par un rite magique. C'est la boisson, le remède qui a la première importance.

Nous trouvons alors une situation absolument semblable aux deux premières: en ingérant une boisson magique, un remède, la femme a commis la même faute qu'en buvant du vin, lui aussi remède et par conséquent boisson magique. Elle s'est soumise à une influence surnaturelle et étrangère, hostile à la famille, au mari; c'est un fait de possession, une infraction à la fidélité conjugale parce qu'il souille le sang de la famille et détruit son intégrité.

Ces trois tabous, dont nous avons essayé de déterminer le caractère, dont nous avons essayé de montrer l'unité de condition, sont les seuls dont le souvenir nous ait été directement conservé, parmi les tabous sûrement plus nombreux qui entouraient la femme mariée. La raison en est que, par suite de leur assimilation à l'adultère, ils étaient les plus graves, ceux qui imposaient au mari l'obligation la plus stricte de se séparer de sa femme, de l'expulser de sa famille.

Chapitre VII

CONSECRATION A DEMETER.

Sanction de la répudiation par le mari en dehors des cas légaux. De l'autorité compétente pour l'infliger.

Avec le chapitre précédent, nous avons vu ce qu'il fallait penser des trois soi-disant cas de divorce de Romulus : ce sont des tabous dont la transgression par la femme impose au mari le renvoi de celle-ci et un sacrifice expiatoire. Il nous reste à expliquer le milieu du texte.

La loi ordonnait que si le mari renvoyait sa femme pour un autre motif, la moitié de sa fortune fut remise à la femme, l'autre moitié consacrée à Demeter.

Ainsi en même temps qu'elle ordonnait la répudiation de la femme dans certains cas déterminés, la loi défendait au mari de la répudier pour d'autres raisons. La sanction de cette défense était très grave : c'était la confiscation de toute la fortune du mari.

Que le divorce ait été défendu aux Romains primitifs, c'est une tradition qui est indiquée de façon concordante chez tous les historiens romains. La liberté du divorce, qui existe en droit classique est une transformation dans les moeurs et dans les usages qui est traditionnellement rattachée au divorce de Carvilius Ruba en 530. Mais notre texte est le seul qui parle d'une sanction contre le mari, dans le cas où il contrevient à cette loi et renvoie sa femme à tort.

C'est cette sanction qui fait difficulté, à ce point que les auteurs modernes, nous l'avons vu rejettent à cause d'elle, l'authenticité du texte tout entier et veulent écarter notre tradition de l'histoire du mariage comme étant une tradition apocryphe. J'ai cité, au début du chapitre précédent, l'opinion de Wissowa, de Bonfante et de Girard.

D'où viennent les difficultés rencontrées par les auteurs ? Pour que cette sanction soit applicable il faut envisager une autorité supérieure au paterfa-

milias et susceptibile de le poursuivre et de le condamner, s'il veut contrevenir à la loi. Pour trouver cette autorité, les auteurs, anciens et modernes, ne voient qu'une alternative : cette autorité, dans la famille, c'est le paterfamilias lui-même ou dans la cité c'est le roi. Et en effet dans la Rome historique, aussi loin que le témoignage des historiens permet de remonter nous ne voyons que ces deux autorités. Dans la famille, la potestas appartient au père : il est juge, il est prêtre, il est propriétaire, il n'a personne au dessus de lui, et dans la cité le roi a tous les pouvoirs, comme le père dans la famille. Or il n'est pas possible ici de voir dans le père de famille cette autorité qui condamne, car on ne peut pas envisager qu'il se condamne lui-même.

En outre, et de plus en plus, les auteurs modernes pensent que la sanction dont il est question ne pouvait être un cas de la juridiction royale. Il n'y a donc pas de solution possible.

A notre avis, il en est cependant une troisième que l'on peut envisager, c'est celle qui reposera sur l'autorité de la gens. A l'époque classique cette autorité a disparu sans laisser de trace, mais nous essayerons d'en retrouver quelques vestiges dans le cas qui nous occupe.

Nous étudierons : dans un § 1er : la juridiction royale; dans un § 2ème : Tellus : - § 3 : les vestiges de la juridiction gentilice.

§ I : Juridiction royale.

Incompétence
de la juridi-
ction royale.

Pour les auteurs du début du XIX^e siècle, il n'y avait pas encore de difficulté. Voir, par exemple, Voigt : *Leges Regiae*, 1876. Pour ces auteurs, les lois royales étaient réellement des lois curiates, votées par le peuple sous la royauté et naturellement l'observation de ces lois était confiée au chef de la cité, au roi et l'on y voyait sans difficulté des cas de juridiction royale.

Mais cette position traditionnelle a été ruinée par les progrès de la critique et les nouvelles idées sur les *leges regiae*.

On a montré que ces *leges regiae* ne pouvaient pas être des lois curiates, car les curies n'ont pas voté de lois. La première loi romaine est la loi des XII Tables, votée par les comices centuriates. Auparavant les Romains vivaient sous l'empire de la coutume. Les lois royales sont des coutumes religieuses, sanctionnées par le fas, par les peines religieuses et réunies plus tard par les pontifes.

D'ailleurs, la jurisprudence civile, la juridiction de la cité était très peu vraisemblable dans notre cas. Nous avons vu que le trait principal de l'organisation primitive c'était l'autonomie de la famille, indépendante dans l'Etat. Or la loi sur le divorce est une loi d'intérêt familial. Dire que le roi dès le début de l'histoire romaine a été juge, c'est dire qu'il a été fait juge de tous les divorces et qu'il est, dès ce moment-là le surveillant des moeurs familiales. Or ceci est absolument contraire à la tradition.

Denys d'Halicarnasse nous dit que Romulus, en ce qui concerne le mariage, n'avait accordé aucune action en justice contre la femme coupable, ni à la femme qui se plaint d'un divorce injustifié, pas plus qu'il n'avait fait de loi pour le paiement de la dot.

Il est bien exact que nous ne trouvons historiquement aucune intervention de l'Etat à l'époque historique entre le mari et la femme par un recours en justice, jusqu'au VI^e siècle de Rome fondée, époque où fut créée l'action rei uxoriae pour la restitution de la dot, et non pour le divorce. C'est la première intervention judiciaire, non pas dans le divorce, mais dans les suites du divorce et Auguste est le premier à intervenir, au Ier siècle de l'ère chrétienne, pour réglementer et restreindre le divorce.

Si l'on veut voir dans notre texte un cas de juridiction royale, il faut supposer que ce cas a disparu sans laisser de trace pendant plusieurs siècles.

Mais Girard : De l'organisation judiciaire des Romains, p. 35 donne encore un argument plus direct et plus précis pour écarter la juridiction royale. La peine religieuse qui est prononcée contre le mari coupable est une confiscation au profit de Demeter, la déesse grecque. Demeter correspond à Rome à la déesse latine Cérès.

Or nous avons vu, au début de l'année, que Démeter-Cérès n'avait pas été admise parmi les dieux de la cité avant la République. On lui a consacré un temple, on lui a donné un flamine mineur, c'est-à-dire un culte public avec un prêtre d'Etat pour exercer ce culte entre 258 et 261 de Rome fondée. Ce temple lui a été élevé sur l'Aventin et on a institué pour la déesse des sacra publica. Ces sacra sont des rites grecs, il y a des prêtresses de Demeter qui sont des femmes grecques. C'est donc avant tout à la Démeter grecque que ce temple a été dédié.

Sans doute nous avons vu qu'à la déesse Demeter

grecque on a réuni de très vieilles divinités latines mais ce n'était pas des dieux de la cité. Demeter n'est devenue une déesse générale de la cité romaine que par la consécration de son temple. Il est donc impossible que le roi ait confisqué les biens du mari, sous le vocable d'une divinité qui n'est pas une divinité de la cité.

Hypothèse
d'une sanction
par la juridic-
tion genti-
lise.

Girard en conclut donc qu'il ne peut s'agir ici d'un cas de juridiction royale. Nous admettrons cette conclusion, mais est-ce une raison pour dénier toute authenticité à la loi ? Je ne le pense pas, car l'étude que nous avons faite au début du cours nous permet d'introduire une troisième solution : la sanction de la loi de divorce ne peut être assurée ni par la juridiction du père de famille, ni par la juridiction du roi, mais elle peut être assurée par une juridiction du groupe dont fait partie la famille, par une juridiction gentilice. Ce n'est qu'une hypothèse, dont la preuve ne peut être apportée, mais nous pouvons réunir ici les indices qui la rendent vraisemblable et nous avons une preuve scientifique.

§ 2 - Tellus.

La confisca-
tion au profit
de Tellus.
La relation
avec les usa-
ges gentili-
ces.

Un premier indice peut être tiré de la divinité à laquelle est consacrée la moitié de la fortune du mari. C'est Demeter et la traduction directe donne en effet Cérès, car Cérès est le nom latin de la déesse des moissons. Les auteurs juridiques n'ont jamais hésité à traduire Demeter en Cérès.

Mais nous avons vu, au début de ce cours en étudiant les divinités du mariage, que quand un texte latin a été transcrit en grec, et c'est le cas de la traduction romaine que Plutarque nous donne en sa langue natale - on ne peut pas savoir si le texte original latin portait Cérès ou Tellus. Cette remarque a été faite par les historiens de la religion, notamment Wissowa, Lydus de mensibus, 3,6 dit que : Les Fördicidia sont la fête de Demeter, et ceci nous prouve indubitablement que, dans son texte, Demeter traduit Téllus.

Il y a d'autres exemples d'une pareille transposition que dans notre texte. Donc quand Plutarque parle de Demeter, il faut comprendre Tellus. C'est l'avis de Wissowa, à la fois dans son article : Cérès Real Encyclopédie der klassischen Altertumswissenschaft et dans l'article Tellus, de l'Ausführliches lexikon der klassischen Mythologie de Roscher.

Etant donnée, en effet, cette incertitude de la traduction il y a des raisons pour penser que Tel-

lus est plus indiqué ici que Cérès.

La première raison est que Tellus est plus sûrement que Cérès la divinité matrimoniale des anciens Romains. Il est donc naturel qu'une offense au mariage, telle qu'est la rupture non permise, soit châtiée par Tellus, par la déesse du mariage.

La deuxième raison est que, à côté de Demeter nous voyons figurer les dieux souterrains, les morts. Or Cérès n'est pas une divinité souterraine, elle fait partie du groupe des divinités célestes. Tellus, au contraire, est par excellence une divinité souterraine. C'est à Tellus et aux manes que sont faits les sacrifices expiatoires, comme par exemple la devotio, par laquelle un consul se sacrifie aux divinités souterraines irritées pour obtenir d'elles qu'un événement funeste soit épargné à la cité.

Il est donc sûr que c'est de Tellus qu'il s'agit ici. Mais alors cela nous permettra d'établir, entre ces sacrifices et la gens, la même relation que nous avons établie entre les cérémonies matrimoniales et les usages gentilices. Tellus avons-nous dit, n'est pas un dieu de la cité, à qui sont accordées des sacra publica ; Tellus n'a eu de temple qu'assez tard dans la cité romaine, en 268 de Rome fondée, à la même époque que Cérès, par conséquent sous la République. Mais Tellus est encore plus sûrement que Cérès une vieille divinité latine, depuis longtemps connue et vénérée chez les Romains. Elle n'a pas eu de sacra publica même après la dédicace de son temple, pas de culte public, mais elle a eu des sacra populaire qui ne sont pas accomplies par le magistrat pour le compte du peuple, mais où participe tout le peuple. Sa fête, ce sont les Fôrdicidia, célébrées le 15 Avril. C'est une fête agraire, célébrée dans les curies, c'est la fête principale, avec les fornacalia, de ces curies.

Or, nous l'avons dit, les curies représentent la plus vieille division du peuple romain. Dans chaque curie, le peuple est divisé en gentes. D'après la tradition, chacune des trois tribus du peuple romain : Ramnes, Luceres et Titienses, sont divisées en dix curies, chacune de ces trente curies est divisée en dix gentes, ce qui représenterait pour l'ensemble du peuple romain trois cents gentes. Assurément le parallélisme de ces divisions est assez arbitraire, néanmoins ce qu'il en reste c'est que les curies sont bien la division du peuple des gentes.

Nous savons, en outre, que primitivement les plébériens ne figuraient pas dans les curies, et c'est une question qui n'a pas encore reçu de solution sûre que la question de savoir si jamais les plébériens ont

été admis dans les curies.

Nous avons donc, par Tellus, une liaison directe entre notre loi et la gens; C'est un premier indice qui nous permet de conclure que, dans cette confiscation au profit de Tellus, il faut voir un droit d'usage gentilice.

§ 3 - Vestiges de juridiction

gentilice.

Le conseil des proches son caractère consultatif à l'époque historique.

Ces vestiges sont assez faibles, mais cependant ils sont assez caractéristiques. A l'époque historique, dans la famille, le mari est juge et notamment il est juge quand il s'agit du divorce, mais il est dans l'obligation de réunir le conseil des proches.

La composition de ce conseil est mal fixée. Ce que nous pouvons savoir c'est qu'il n'a jamais été restreint au cercle des seuls agnats. On peut y admettre tous les proches, agnats et cognats, et même des amis.

Ce conseil n'a qu'un rôle purement consultatif après l'avoir consulté, le père se décide dans le sens qu'il veut. Néanmoins on peut relever dans le texte des historiens, des traces d'une juridiction indépendante de ce conseil, qui fonctionne même contre le pater.

La trace la plus nette nous est donnée par Denys d'Halicarnasse, 2,15 : Romulus imposa aux citoyens romains l'obligation d'élever toute leur descendance mâle et leur fille première née. Il leur défendit aussi de tuer aucun nouveau né jusqu'à l'âge de trois ans, à moins que celui-ci ne fut infirme ou monstrueux. Pour ces derniers, il permet de les exposer, après les avoir montrés à cinq voisins et si ceux-ci jugeaient qu'il pouvait le faire. Contre ceux qui n'obéissaient pas à cette loi, Romulus édicta diverses peines, parmi lesquelles la confiscation de la moitié de la fortune.

Cette loi, qui prohibe le meurtre et l'abandon des nouveaux-nés, impose une restriction assez forte à l'autorité absolue du père. Elle est de même nature que la loi du divorce et on voit qu'elle représente une tradition assez semblable à cette loi. De même que la loi du divorce, elle est tombée en désuétude quant à sa sanction, pour les mêmes raisons : la disparition de la gens.

Sans doute, ici, la tradition est encore plus déformée que dans le texte de Plutarque. Toute trace

de peine religieuse a disparu, la confiscation aurait lieu au profit du Trésor public, dans la forme actuelle du texte. Denys d'Halicarnasse a rendu la tradition plus vague et l'a modernisée. Mais les interprètes modernes voient volontiers dans les autres peines des piacula.

Je qui est plus clair ici, c'est l'autorité chargée de faire respecter la loi; ce n'est pas l'autorité royale, c'est l'autorité des voisins : ils doivent donner leur assentiment. Ce n'est donc pas une simple consultation, mais une décision que l'on attend d'eux et c'est à eux de punir si la prohibition est transgessée et de prononcer la confiscation.

Quels sont ces voisins ? Ils ne peuvent pas être ces étrangers, avec lesquels on n'a pas de relation, lorsque les citoyens sont mélangés dans toute la cité. Mais leur juridiction reprend toute son importance lorsque les gentes sont groupées sur le territoire : ces voisins ce sont les gentiles.

Une deuxième trace de juridiction des parents nous la trouvons dans le jus osculi et cette coutume singulière, dont nous avons déjà parlé, c'est le droit et en même temps l'obligation pour les femmes romaines de saluer non seulement le mari mais tous leurs parents par un baiser sur la bouche.

Les historiens ne connaissent plus l'origine de cette coutume. Plutarque, Questions romaines, 8, nous fournit quatre explications.

Il en est une tirée de la légende de la fondation de Rome. Lorsque les Troyens arrivèrent sous la conduite d'Enée, à l'embouchure du Tibre, les femmes troyennes, fatiguées de cette navigation si longue et si pénible, brûlent les vaisseaux quand les hommes sont partis à la chasse. Craignant à leur retour leur colère, et spécialement la colère de leurs maris elles vont au devant d'eux et s'efforcent d'apaiser les parents et les amis non pas leurs maris, par des caresses et des baisers. Une fois la colère des hommes apaisée, elles gardèrent cette coutume.

Les deux autres explications sont des explications rationnelles. On y voit un signe d'honneur et de considération : c'est une marque, devant toute la cité, qui est donnée par ce baiser que les femmes ont beaucoup de parents. Ou encore dit Plutarque, c'est parce que, le mariage étant interdit entre parents, l'affection pour les parents ne peut aller plus loin que le baiser.

Mais la quatrième explication, c'est celle d'après laquelle le jus osculi est rattaché à l'in-

Le jus osculi,
son explica-
tion par
référence à
l'interdic-
tion du vin.

terdiction que Romulus avait portée de boire du vin. Grâce au jus osculi, il est impossible aux femmes de cacher si elles ont bu du vin, parce que, d'une part, elles n'ont pas la disposition du vin, et, d'autre part, elles sont obligées de donner un baiser à leurs parents tous les matins.

Tous les autres auteurs, qui parlent du jus osculi, le rattachent unanimement et uniquement à cette prohibition de boire du vin. Par exemple, Polybe 6,2 3: Athénée, 10,440; Pline, Histoire naturelle, 14,89 Aulu Gelle 10,23 qui nous rapporte le témoignage de Caton; Tertullien, Apologétique, 6,5 et quelques autres.

Ces auteurs ne connaissent plus la signification de cet usage, car ils ne connaissent plus la juridiction des parents. Néanmoins ils en parlent en des termes qui manifestent ce droit de contrôle et ce droit de punir des proches.

Caton et Aulu Gelle, 10,23 : *Institutumque ut cognatis osculum ferrent reprehendendi causa ut odor indicium faceret si bibissent : il a été décidé qu'elles donneraient le baiser à leurs parents pour pouvoir être châtiées, afin que l'odeur montre si elles ont bu.*

Tertullien: *Idcirco ut osculis propinquis offeret etiam necessitas erat ut spiritu dijudicarentur : C'est pourquoi il fallait donner des baisers aux proches pour qu'ils puissent juger de l'haleine.*

Il faut rapprocher ceci de Pline, Histoire Naturelle, 14,13 et de l'histoire de la matrone qui fut condamnée par ses proches à mourir de faim parce qu'elle avait descellé les casiers contenant les clefs de la cave.

Nous devons tenir compte de cette tradition et de l'unanimité avec laquelle elle est donnée par les auteurs. Ceci nous permet de voir, ou plutôt d'entrevoir dans la gens un pouvoir supérieur au pater familias qui le contrôle. Nous pouvons donc constater que les usages gentilices ne sont pas placés sous la juridiction d'un chef, mais plutôt sous la surveillance du groupe tout entier : la communauté gentilice, les voisins, les co-gentiles, les parents, quelle que soit la façon dont est composé le tribunal chose que nous ne connaissons plus du tout, et le jus osculi nous donne le procédé d'investigation par lequel s'exerce la surveillance du groupe, dans le cas d'une des prohibitions. C'est une surveillance continue qui s'exerce tous les jours.

La juridiction gentilice, supérieure à celle du pater et gardienne des usages gentilices.

Ce droit implique la sanction. Sans doute c'est d'abord la punition de la femme; le groupe impose au père le divorce de la femme coupable, comme il l'impose pour l'adultére. Mais ceci implique encore un droit de contrôle sur le mari: le groupe lui impose le respect de la loi, et maintient le mariage sous peine de sanction.

Pour renforcer ces indices, il faudrait encore étudier la composition du conseil des proches et montrer que si, à l'époque classique, son droit de juridiction propre est effacé par le pouvoir plus fort du père, il reste encore des traces sérieuses, que tous les auteurs reconnaissent, de cette juridiction primitive.

Pour terminer complètement le programme que nous avions tracé au début de l'année, il nous resterait encore deux chapitres:

Chapitre VIII: Le judicium domesticum, conseil des proches, surveillance du censeur.

Nous aurions étudié ici, principalement à l'aide du texte de Denys d'Halicarnasse, Antiquités romaines, 2.25, la transformation qui s'est produite dans notre tradition au moment où le pouvoir propre de la gens a disparu. Le père est devenu le juge et les fautes de la femme sont jugées par le père de famille, assisté du conseil des proches. Parmi ces fautes, les plus graves sont l'adultére et le fait de boire du vin.

Le divorce commence à s'étendre, mais il reste de l'ancienne tradition la règle que, pour pouvoir renvoyer sa femme, le mari doit l'accuser d'une faute. Le respect de cette tradition est assuré par la nécessité de réunir le conseil des proches et puis par la surveillance du censeur. Le censeur, au moment où il dresse la liste du cens, interroge les citoyens sur l'ensemble de leur conduite, publique et privée. Il est le représentant des mores majorum et il remplace, en quelque sorte, le pouvoir de l'ancienne gens.

Chapitre IX: Le divorce dans le mariage sine manu.

Au début du VI^e siècle de Rome, et avec l'établissement du mariage libre, le divorce, lui aussi, devient libre pour les Romains. Cette transformation des moeurs est liée au divorce de Carvilius Ruga, de 530.

Carvilius Ruga est le premier des Romains, semble-t-il, qui, très probablement, dans le mariage cum manu, a renvoyé sa femme sans lui reprocher aucune faute. Il jure devant le censeur, qui l'interroge, qu'il aimait sa femme et ne lui reprochait rien, mais qu'il s'était marié pour avoir des enfants et comme

elle était stérile, il s'est séparé d'elle. Le censeur accepte cette raison, mais nous dit le texte, le peuple fut plus sévère et reprocha à Carvilius Ruga d'avoir manqué aux usages.

Cette histoire montre la contamination des règles plus libres du mariage sine manu sur les règles du mariage cum manu. A partir de cette période, le divorce s'étend et devient fréquent, si bien que les lois d'Auguste doivent le réglementer et essayer de mettre un frein à la liberté des moeurs.

F I N

-:-:-



Cours terminé d'imprimer le 8 mai 1937.