

RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

1934-1935

DIPLOME D'ÉTUDES SUPERIEURES
Droit Romain Histoire du Droit

REPETITIONS ECRITES

DE

DROIT ROMAIN
APPROFONDI

rédigées d'après le Cours et sous le contrôle

de

M. NOAILLES

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

189

" LES COURS DE DROIT "

RÉPÉTITIONS ECRITES & ORALES
RÉSUMES — PRÉPARATION A L'EXAMEN ECRIT

3, Place de la Sorbonne (au premier)

— PARIS —

X BIBLIOTHEQUE CUJAS



D

060 320083 4

DROIT ROMAIN APPROFONDIT

(DOCTORAT)

— 10 —

LES ORIGINES DE LA RESTITUTION

T U T I O N D E L A D O T.

PRELIMINAIRES.

Importance du cours de droit romain approfondi.

La méthode appliquée à l'étude du droit romain.

Le cours de Droit Romain approfondi tient une place très particulière dans l'enseignement des Facultés de Droit. Il est un de ceux qui peut avoir le caractère le plus scientifique. Car il doit être une initiation à la recherche historique. Grâce à la liberté de cet enseignement, nous avons pu choisir un sujet très restreint, et nous traiterons cette année des origines de la restitution de la dot. Il ne s'agit donc même pas de toute l'étude du régime dotal, mais seulement d'un point particulier de ce régime qui n'est pas d'ailleurs le moins important. Ce programme restreint permettra de faire une étude très approfondie du sujet, de n'en laisser dans l'ombre aucun point important, et à cette occasion nous donnerons un exemple du fonctionnement de la méthode historique.

La base solide et indispensable de cette méthode consiste dans l'examen des textes qui doivent être interprétés et expliqués par la conjecture, après avoir été étudiés en eux-mêmes. La méthode historique tient tout entière dans ce dosage délicat de l'examen

des faits et de la conjecture. C'est une chose, dont il faut se rendre compte à tout instant, pour apprécier le résultat que l'on peut obtenir, le degré de certitude qu'il est permis d'atteindre. Il faudra donc réunir un matériel de textes, le plus nombreux et le plus varié possible, le soumettre à un examen dénué de tout esprit de système, et essayer d'éclaircir les données de ces textes par des hypothèses. Voilà en quoi consiste essentiellement la méthode historique.

Nous verrons, nous l'espérons, qu'elle est susceptible d'amener des résultats nouveaux, des études originales, même sur des matières rebattues, comme le sont toutes les parties du droit romain.

Nous voudrions dire quelques mots en guise de préface sur la place du droit romain dans nos Facultés.

L'organisation du Doctorat, tel qu'il existe actuellement, date de 1885. C'est à cette date que furent rendus les décrets célèbres organisant l'enseignement supérieur dans nos Facultés de Droit. Ces décrets furent retouchés en 1926, mais le système essentiel reste toujours celui de 1885.

En 1885 deux doctorats furent créés: le doctorat ès sciences juridiques, le doctorat ès sciences politiques et économiques. Ces deux doctorats divisaient donc les matières enseignées dans la Faculté de Droit en deux groupes, d'un côté le doctorat juridique, comportant le droit privé et le droit romain, de l'autre côté, le doctorat politique et économique, comportant l'ensemble du droit public et de l'économie politique. Aujourd'hui, depuis 1926, les doctorat sont organisés en 4 certificats: histoire et droit romain, droit privé, droit public, économie politique. La réunion de deux quelconques de ces certificats et une thèse permettent d'obtenir le titre de docteur. Le régime présente plus de liberté, mais en réalité il n'est pas essentiellement modifié. C'est de 1885 donc que datent l'organisation actuelle et les cours nombreux dans nos Facultés sur toutes sortes de matières.

C'est un phénomène général dans tous les ordres d'enseignement que la multiplication indéfinie des matières qui y sont enseignées. Cette extension, notamment pour le droit, a été rendue nécessaire par la multiplicité des problèmes sociaux et juridiques. La vie moderne, nationale ou internationale, est de plus en plus réglementée dans tous les domaines. Il est inutile de regretter cette multiplicité de problèmes et leurs complications, il est seulement nécessaire de le constater. Mais devant cette invasion, le

La place du droit romain dans les Facultés de Droit.

Le droit romain disparaît peu à peu de l'enseignement des Facultés.

L'Histoire de l'enseignement du droit romain.

droit romain n'a pas cessé de reculer et il a perdu la situation prépondérante qu'il a eue si longtemps dans l'enseignement du droit. Il s'efface progressivement devant les autres enseignements. Cet effacement se manifeste de façon matérielle par ce petit fait: actuellement, en 1934, sur 50 professeurs à la Faculté de Droit de Paris, il y a 4 professeurs de Droit Romain. Or, avant la Révolution, sous l'ancien régime, il n'existe dans les écoles de droit que deux enseignements: le droit romain et le droit canonique. Le droit coutumier, c'est-à-dire le droit appliqué, n'était même pas enseigné. A titre de curiosité, nous avons relevé dans le registre des chaires du Secrétariat les indications suivantes: la Faculté de Droit de Paris, réorganisée sous le nom d'école de Droit après la révolution, s'ouvrit le 1er Avril 1805 avec 5 professeurs et 4 suppléants. Il y avait parmi les professeurs un professeur de droit romain, de droit civil et de procédure civile. En 1810 la Faculté comportait 1.100 étudiants. En 1835, 3.454 étudiants. En 1822 il existait 4 chaires de droit romain, 6 de droit civil, et 6 d'autres matières, telles que le droit administratif, l'histoire du droit, le droit criminel, la procédure et le droit public. La chaire d'histoire du droit avait été créée en 1819. L'économie politique ne fut enseignée dans les Facultés qu'à partir de 1864. En 1853 il y avait 5 chaires de droit romain, 7 de droit civil et 10 d'autres matières. En 1895 il restait 4 chaires de droit romain, 6 de droit civil et 20 chaires d'autres matières.

Cette prépondérance, puis cet effacement, l'histoire du droit romain en Occident nous en enseigne les causes. Nous la trouvons dans l'histoire de ses influences dans les temps modernes. C'est une histoire étonnante et belle qui est la preuve éclatante de sa supériorité. On a quelquefois parlé dans ces dernières années de miracle romain à propos de l'histoire romaine et de la conquête du monde par les Romains par les armes, et de l'organisation de l'empire romain. Mais il y eut un second miracle, qui fut la résurrection du droit romain dans les pays d'Occident. Ce miracle se trouve dans la façon, dont il s'est répandu de nouveau dans nos pays, sous sa forme dernière, c'est-à-dire sous la forme des compilations de Justinien au Digeste et du code principalement. Cette conquête fut pacifique. Seul le prestige de sa supériorité sur le droit en vigueur lui donna la victoire. Cette résurrection se produisit vers la fin du XI^e siècle, par le renouveau des études de droit romain dans l'Université de Bologne. C'est l'école des glossateur

Les glossateurs et la renaissance du droit romain en Occident.

La méthode des glossateurs.

La place du droit romain en Europe, au moyen âge.

qui fut l'initiatrice de ce mouvement. Les glossateurs découvrirent les compilations de Justinien, et par l'étude du Digeste et du Code, le transportèrent d'Orient en Occident. On se rappelle ce grand travail de compilation de Justinien au VI^e siècle, le Digeste qui parut en 533, le Code en 533 dans sa 2^e édition, et les Novelles de 535 à 565. Ces dates nous montrent que cette compilation eut lieu après la chute de l'empire d'Occident, après la prise de Rome par les Vandales en 476, à une époque par conséquent où la séparation des destinées de l'Orient et de l'Occident était un fait accompli. L'Occident est partagé entre les royaumes barbares, et l'empire d'Orient a sa capitale à Constantinople et son destin est désormais séparé de l'Occident. Par conséquent, en tant que législation imposée par l'autorité, les compilations de Justinien eurent une destinée exclusivement orientale, sauf pendant quelques années dans l'Italie méridionale sous la domination byzantine. Elles furent donc inconnues en Europe. Pour autant que le droit romain était connu et appliqué en Europe, c'est le code Théodosien qui était le livre légal. Ce fut donc une résurrection savante, par l'étude dans les universités, d'une législation qui n'est pas en vigueur. Ce nom des glossateurs porté par cette école provient de leur méthode de travail, et des gloses interlinéaires et marginales qu'ils mirent dans les manuscrits du Digeste et du Code, gloses expliquant et éclairant le texte. Le premier et le plus célèbre de ces glossateurs fut Irnerius, qui enseignait vers 1088 et mourut après 1125. Après lui vinrent les quatre docteurs: Martin, Bulgarus, Jacob et Hugo. Parmi les plus célèbres, nous pouvons relever à Montpellier Placentin, puis Otto et Azo. La compilation méthodique de la glose fut faite par Accurse au XIII^e siècle, 1182-1260, qui composa la grande glose.

De Bologne, le droit romain de Justinien se répand dans toute l'Europe, sans être imposé par aucun autorité législative, par le seul prestige de sa supériorité en face des coutumes variables de pays à pays, coutumes incomplètes et incertaines, issues notamment du droit germanique et de la pratique féodale. En face du droit barbare et gothique, le droit romain apparaît comme un système complet, comme un appareil scientifique incomparable, qui sert à la formation savante de générations de jurisconsultes. Le droit romain apparaît comme la lumière en face de l'ombre et comme l'instrument général du progrès juridique. C'est le seul qui soit étudié dans les Universités, car c'est le seul droit savant, et de l'école ce droit s'infiltre

de toute façon dans la législation et dans la pratique juridique. Les avocats, les magistrats, les administrateurs, reçoivent dans l'université une formation exclusivement romaine et introduisent ce droit dans la pratique des tribunaux. Les légistes l'introduisent dans la législation royale. Une source de pénétration des plus importantes, en effet, dont on n'a pas encore mesuré toute l'étendue, fut la rédaction des coutumes au XV^e siècle et au XVI^e siècle. A ce moment, sur l'ordre de l'autorité royale, furent réunies les règles coutumières en des corps écrits et rédigés par les jurisconsultes. Ces jurisconsultes, imbus du droit romain, en introduisirent constamment les règles et les principes pour clarifier, systématiser et même modifier la coutume.

Le droit romain ainsi arrive peu à peu à régnier dans toute l'Europe. Directement et seul il règne en France, dans les pays du midi, dans les pays de droit écrit et dans presque toute l'Italie. A titre de droit supplétoire, on le trouve en France, dans les pays du Nord, dans le droit coutumier, où devant l'obscurité des coutumes il sert à les éclairer ou à les expliquer, et en cas de silence de la coutume à y suppléer. En Angleterre, il sert de droit accessoire, d'une sorte de droit commun. En Allemagne aussi il est le droit commun de l'Empire jusqu'en 1900. En somme, soit directement, soit indirectement, c'est le recours souverain, au Digeste, au Code, qui reprennent une vie nouvelle et deviennent en Occident du droit appliqué. On continue donc à étudier le droit romain et à l'interpréter au point de vue de son utilité, au point de vue de son application, et il eut de nombreux interprètes. L'activité du droit romain se manifeste au mieux par les éditions innombrables des livres de Justinien. Depuis la 1ère en 1473 à Venise jusqu'à la dernière en 1880, les éditions se succèdent presque tous les ans, soit avec la glose dans les débuts, soit ensuite sans la glose. Même à l'époque moderne, cette activité n'est pas épuisée, puisque de 1880 à 1922, la dernière édition, celle de Mommsen, il y a eu 14 éditions nouvelles.

La droit romain a été commenté par d'innombrables jurisconsultes et dans toutes les matières de ce droit nous trouvons une littérature très abondante. D'abord, en Italie, à la suite des glossateurs; au XVI^e siècle la reprise des études romaines passe à la France avec l'école de Bourges, dont le plus célèbre représentant est Cujas, 1522-1590. Nous citerons ensuite Doneau puis Barnabé Brisson et Godefroy. Au XVII^e

Les commentateurs du droit romain.

siècle l'étude du droit romain a été surtout poussée en Hollande. Avec le XVIII^e siècle et le XIX^e siècle, c'est en Allemagne qu'il est particulièrement étudié, notamment dans l'école des Pandectistes, qui publie de grands commentaires généraux. Comme résumé de tous ces travaux, ou plutôt comme la somme des travaux des Pandectistes, nous citerons le commentaire des Pandects de Gluck 1841-1881, en 60 volumes, qui expliquent livre par livre les 40 premiers livres du Digeste.

Il ne faut pas oublier que le Digeste et le Code, en réalité, sont un droit mort, artificiellement ressuscité par l'école. Le droit romain n'a plus d'organe législatif vivant pour modifier, transformer et corriger, suivant les besoins nouveaux, les règles qu'auraient besoin de cette correction. C'est un droit statique qui ne peut plus évoluer. Il faut ajouter qu'après la floraison de l'école historique de Cujas, au XVII^e siècle, et au XVIII^e siècle et jusqu'au milieu du XIX^e siècle, il y eut chez les jurisconsultes une véritable oblitération du sens historique. Les livres de Justinien, par une interprétation fausse, sont considérés comme les livres sacrés du droit, comme les livres contenant la révélation juridique et l'on tend à considérer le droit romain comme un droit abstrait, comme le droit pur, qui doit être compris et expliqué par la méthode dogmatique, c'est-à-dire par le raisonnement logique maintenu et corrigé par le bon sens. Les principes et les solutions tirés du droit romain sont considérés comme l'expression parfaite du juste par définition, et l'esprit juridique devient une catégorie de l'esprit dialectique. La dialectique juridique met en œuvre les qualités logiques de l'esprit et tend à faire du droit une science abstraite, constituée à l'aide de la méthode dogmatique. La meilleure expression de cette tendance, c'est l'école allemande dite des Pandectistes du XVIII^e siècle et du milieu du XIX^e siècle. Le défaut capital de cette conception est qu'elle méconnaît la réalité. Le Digeste n'est pas l'œuvre d'un seul jet d'un jurisconsulte philosophe. Ce n'est pas un système de droit semblable à l'œuvre d'un Aristote ou d'un Platon. Mais c'est une compilation réunissant par extraits plus ou moins modifiés l'œuvre de jurisconsultes de IV siècles. La grande supériorité du Digeste est donc d'être une œuvre de l'expérience, mais il est nécessairement rempli d'obscurités, d'incertitudes et de contradictions, comme toute œuvre de la vie. La conciliation logique que cherche à y mettre la méthode dogmatique est peu satisfaisante.

La méthode des Pandectistes.

Comme toute œuvre historique, il ne sera remis à sa vraie place que par l'histoire et par la méthode historique. Aussi y eut-il au XIX^e siècle une réaction très vive contre la méthode dogmatique dans le droit, et cette réaction se fit sentir contre l'inspirateur et le soutien de cette méthode: le droit romain.

Depuis la Révolution française, il y a eu en France un immense développement de toutes les disciplines juridiques et sociales. Le droit civil fut codifié, dans le Code Napoléon et dans ses annexes: le Code de Procédure et le Droit Criminel. Puis le Droit Administratif, le Droit Constitutionnel, l'Economie politique se constituant en sciences indépendantes, avec leur matière et leur méthode propres. Ces sciences se libèrent du droit romain et leur libération ne va pas sans luttes. De ces luttes vient en grande partie l'hostilité qui fut vive dans les Facultés et qui existe encore contre le droit romain. Dans l'intérieur même du droit romain, il y eut d'ailleurs une réaction aussi vive contre les Pandectistes. A partir du XVI^e siècle, avec les humanistes, recommencent les études historiques, et dès ce moment il y eut une opposition en droit romain entre les deux méthodes: entre la méthode historique, qui veut renouveler le droit par l'étude des sources et par l'histoire, et la méthode dogmatique des jurisconsultes logiciens. Les grands humanistes de la Renaissance, qui ont porté leur attention sur toutes les disciplines de l'Antiquité, ont aussi étudié le droit romain, comme par exemple Guillaume Budé, 1467-1540, qui publia un *Corpus Juris*. Comme je l'ai dit, le plus grand représentant de cette école, l'ancêtre des historiens romains, c'est Cujas. Après lui l'école historique eut une longue éclipse en France. C'est en Allemagne, au milieu du XIX^e siècle, que l'école historique triomphé avec les historiens de Rome, notamment Niebuhr, Mommsen et les jurisconsultes, Savigny et Ihering. Cette école a eu, et a encore, une importance de tout premier ordre pour le prestige scientifique de l'Allemagne. C'est elle qui rendit pendant longtemps l'Allemagne centre des études d'histoire romaine et de droit romain. En France, Paul-Frédéric Girard fut un des plus illustres représentants de cette école historique. Cette école ruina définitivement le prestige de la méthode dogmatique, et en fit apparaître le caractère artificiel.

D'ailleurs aujourd'hui le droit romain n'est plus nulle part appliqué. Il le fut encore jusqu'en 1900 en Allemagne. A cette date il fut remplacé par un Code Civil. En tant que législation en vigueur,

Utilité du droit romain.

c'est un droit définitivement mort. Il est donc plus nécessaire d'y rechercher des solutions d'espèce, de l'application pratique est plus importante que la réalité historique. Aussi la méthode de déduction logique, basée sur le raisonnement et le bon sens, la méthode dogmatique, ne se comprend plus dans l'étude du droit romain. Il reste l'histoire d'un droit à étudier et à connaître par la méthode historique. Son utilité et son importance dans l'ensemble des études juridiques se trouvent dans ce caractère nouveau. Il est important pour le droit, comme pour toutes les autres sciences, autres que les sciences physiques et naturelles, de faire une place à l'histoire, et en particulier c'est l'histoire qui donne à toutes les sciences sociales leur caractère véritablement scientifique. Sans l'histoire le droit ne serait qu'un empirisme de praticiens, qui serait bien vite condamné à une décadence profonde. Nous en avons des exemples continuellement dans les périodes de l'histoire où le sens historique est oblitéré.

Mais cette importance relative est ce qui justifie la diminution du rôle du droit romain au milieu des autres disciplines juridiques. Le droit romain en qualité de science historique est un complément indispensable à la formation du jurisconsulte. Il n'en est que le complément, sauf pour ceux qui veulent faire métier d'historien ou qui auraient pour l'histoire un goût particulier. Pourquoi donc conserver comme enseignement historique dans nos Facultés de Droit spécialement le droit romain, plutôt que par exemple l'histoire du droit français ou l'histoire du droit comparé ? Pour deux raisons également essentielles et décisives. La première, c'est que aucune autre histoire ne nous donne un exemple d'un développement historique comparable à celui du droit romain aussi bien comme durée que comme qualité. Le développement historique du droit romain embrasse une période qui commence en 754 de R.F. jusqu'en 565 ap. J.C. à la mort de Justinien. Nous avons donc comme matière d'étude 1300 ans d'histoire d'un développement continu. Pour cette histoire nous avons des documents plus abondants que pour n'importe quelle autre période historique, documents à la fois plus abondants et de plus grande valeur, car ils ont été édifiés par des générations de jurisconsultes éminents, qui ont créé une doctrine, dégagé des principes, fondé un système de droit, qui peut servir de modèle. La deuxième raison, nous la trouvons dans ce fait que le droit romain a eu une influence considérable pour la formation de

Nécessité de conserver l'enseignement du droit romain dans les Facultés de Droit.

Droit romain
et droit fran-
çais.

notre droit national. Le droit français est imprégné de substances romaines, non seulement dans ses règles d'application pratique, mais dans ses principes généraux et dans sa méthode. Le droit romain est encore la base de la sciende juridique. Sous cet aspect entièrement désintéressé, uniquement scientifique, le droit romain est appelé à une fortune nouvelle, qui sera probablement aussi durable que son ancienne influence, et même cette influence est plus étendue encore dans l'espace, car le droit romain est adopté comme matière d'enseignement dans les universités anglaises, et depuis peu de temps son empire s'est étendu sur l'Amérique où son enseignement a été créé dans les Universités américaines. Le droit romain s'étend donc à des pays nouveaux.

Différences
entre les
cours élémen-
taires de
droit romain,
des deux pre-
mières années
de licence et
le cours
approfondi
du doctorat.

Le droit romain est représenté en licence par deux cours généraux de première et de deuxième années. Dans ces deux cours, il est fait l'exposé sommaire de l'ensemble du droit romain, non pas à une époque de son histoire, mais dans son développement historique. On ne peut exposer dans ces cours que les grandes lignes de ce développement. Il est impossible d'examiner ou de critiquer la méthode et les éléments de la connaissance historique. On doit se borner à présenter sous les formes les plus accessibles les résultats des recherches et écarter non seulement les détails accessoires, mais les difficultés, les obscurités de ces recherches. On doit présenter notamment comme une donnée certaine ce qui souvent n'est que conjecture. Bref, les cours de licence ne peuvent être que l'exposé des résultats généraux de la méthode historique. Il est impossible de la mettre en oeuvre et de montrer comment elle fonctionne. Cette démonstration doit être l'objet et le but de ce cours de droit romain approfondi. C'est aussi l'objet d'un cours de Pandectes mais nous avons ici plus de liberté, car ce cours peut être moins exégétique, il n'a pas pour principale mission, comme le cours de Pandectes, l'explication des textes, il peut être plus franchement historique.

Le sujet du
cours de
1934-1935.

Nous avons choisi comme sujet les origines et la restitution de la dot. Mon but sera de montrer par un exemple comment fonctionne la méthode historique. Elle repose avant tout, avons-nous dit, sur l'étude des textes. L'étude des textes, c'est le "caput et fundamentum totius historiae", c'est la base solide, dont il ne faut pas s'écarter. Connaître les tex-

L'étude des textes, base de l'enseignement.

tex, les respecter, essayer de voir ce qu'ils disent ne jamais vouloir leur faire dire plus qu'ils ne disent, c'est un principe impératif que l'on doit toujours avoir présent devant l'esprit pour toute recherche historique. Et c'est un principe d'autant plus impératif que l'esprit humain est naturellement porté à le transgérer; même les savants les plus défiants d'eux-mêmes tombent dans le péril de solliciter les textes.

Sur ces textes repose uniquement notre connaissance des choses du passé. Grâce au titre de notre cours, nous ne sommes pas limités aux textes du Digeste et à leur exégèse. Nous pourrons faire un large usage des historiens de Rome et des Antiquaires. Nous nous servirons par exemple de Plutarque, Denys d'Halicarnasse et d'Aulu-Gelle. Nous ferons usage des auteurs littéraires, de Cicéron notamment.

Mais les textes que nous possédonns ne sont que le reste d'une documentation plus abondante. Par exemple la source principale de notre connaissance droit romain, le Digeste, est formée d'extraits de jurisconsultes des trois premiers siècles de notre ère. Cette compilation fut faite par Justinien au milieu du VI^e siècle. Il ne nous reste de l'œuvre considérable de ces jurisconsultes que ces extraits modifiés volontairement par Justinien. Justinien en effet les a mis au courant du droit de son temps par des additions ou des suppressions que l'on appelle des interpolations. Le premier travail de la méthode historique est donc l'établissement et la critique du texte. C'est un travail lent et difficile, qui nécessite des connaissances étendues et de toutes sortes, non pas seulement des connaissances juridiques, mais des connaissances historiques, littéraires, épigraphiques et philologiques. La langue latine est indispensable à connaître pour un historien et la langue grecque extrêmement utile. Si l'on veut persévéérer dans les études historiques, avant tout il faut acquérir une forte culture grecque et latine, sans laquelle il est impossible de faire une véritable carrière scientifique. De même les sciences auxiliaires de l'histoire sont nécessaires à connaître pour l'établissement des textes car l'on doit faire appel à toutes les ressources des sciences historiques pour replacer les textes dans leur cadre originale, en tirer la signification exacte et toute leur signification. A cause de ce travail lent et difficile, les esprits plus logiques qu'historiques reprochent aux historiens de s'attarder aux recherches de détail infinies et trop lentes, de s'abstenir

L'établissement et la critique des textes.

charner à des reconstitutions trop fragmentaires du passé et de faire des efforts de recherches qui sont disproportionnés avec le résultat. C'est le reproche souvent adressé à l'érudition, entendu au sens péjoratif du mot. L'importance, la nécessité des travaux d'érudition n'apparaît pas toujours au profane. Sans nous y attarder dans ce cours, il faudra cependant en montrer l'utilité et les résultats.

L'interprétation des textes.

Le rôle de la conjecture.

L'observation des faits, l'établissement des textes ne suffisent pas. Il est une partie aussi importante, peut-être même plus importante, c'est l'interprétation de ces faits, leur explication. Ici intervient la faculté raisonnante de l'esprit humain; la raison et la logique. C'est la raison et la logique qui permettent d'expliquer ces faits à l'aide de la conjecture. La conjecture, en effet, a une part très importante dans l'histoire, car les documents qui nous restent du passé ne sont plus très nombreux; ils sont fragmentaires et la plus grande partie des témoignages a disparu entièrement sans laisser de trace. Les témoins qui nous restent du passé ne sont pas les plus importants, au contraire, ce sont souvent les détails fragmentaires, les détails insignifiants, parce que le hasard a détruit la plus grande partie des documents anciens; ou même les documents contemporains ne donnent que des détails. Les contemporains sont en général muets sur les principes généraux, les règles fondamentales de leur organisation, ou bien ils font une simple allusion, car ils supposent que tout cela est connu, et même souvent n'en parlent pas. Ces règles fondamentales sont en effet connues des contemporains qui en vivent, mais elles sont inconnues de nous. Nous suppléons donc à notre ignorance par la conjecture, c'est-à-dire l'explication plausible des faits, l'hypothèse la plus simple qui rend compte des faits connus, dégage leur signification, les éclaire et les relie. Une conjecture, pour être scientifique, doit être l'explication la plus simple du fait connu, et en même temps ne doit être contredite par aucun autre fait. Ce mélange délicat des faits connus et des conjectures a une importance capitale dans l'étude historique, et il est essentiel que l'historien se rende compte toujours du degré relatif de certitude des systèmes qu'il imagine. Il doit faire toujours la part du fait connu et acquis, et la part de l'hypothèse. Ces deux parts sont susceptibles indéfiniment de se modifier et de se perfectionner. La science historique se modifie par l'apparition de faits nouveaux, ou plutôt par de nouvelles acquisitions de nos con-

naissances, mais elle se modifie aussi par une meilleure interprétation des faits déjà connus. Peut-être s'attendra-t-on de la part énorme de la conjecture dans l'histoire.

Les sciences historiques sont difficiles et obscures, et en même temps incertaines. Cette incertitude rebute certains esprits amoureux de certitude, même apparente, et fait le scandale de certains autres. On reproche à l'histoire d'être une science conjecturale. C'est un reproche qui peut sembler injuste, mais surtout qui est inutile. Le caractère conjectural de l'histoire est un fait, qu'il est inutile de nier, et d'ailleurs c'est un fait qui n'est pas spécial à l'histoire. Il est commun plus ou moins à toutes les branches de la connaissance, et il est indispensable de sonder le fond de cette infirmité humaine. Rien ne permettra de le faire mieux qu'un cours de droit romain approfondi.

Nous commençons maintenant l'étude des origines de la restitution de la dot. Disons d'abord quelques mots sur le sens de ce mot.

Sens actuel du mot "dot".

Origine de l'institution à Rome dans l'organisation de la famille.

Le sens actuel du mot dot est un peu flottant, car il renferme plusieurs idées. Il a d'abord un sens général, extra juridique: la dot est la fortune que les époux apportent en se mariant. La dot comporte dans ce sens tous les biens que les époux ont au moment du mariage, soit que ces biens leur soient donnés par des descendants, normalement par le père ou par la mère. C'est un usage encore général: si les parents ont de la fortune, ils en donnent une partie plus ou moins importante à leurs enfants au moment de leur mariage. Cette donation n'est pas une obligation juridique; ils n'y sont pas forcés par la loi, mais ils y sont contraints par l'usage, qui même à notre époque de grandes transformations sociales les constraint à faire souvent des sacrifices importants pour l'obéissance à cet usage et pour constituer une dot à leurs enfants.

Les divers sens du mot dot en droit actuel.

On appelle aussi dot, dans le sens général, les biens donnés par tout autre que le père et la mère, non seulement par les grands parents, au besoin même par des collatéraux, mais même par des étrangers. De même ce nom s'applique à la fortune que les futurs époux pourraient avoir déjà d'eux-mêmes, soit par succession soit par leur propre gain. Dans ce sens général, ce nom n'est pas réservé à la fortune de la femme. On parle de la dot du mari comme de la dot de la femme.

Mais le mot dot a un sens plus étroit, plus juridique, qui ne s'applique qu'à la femme. La dot est l'apport de la femme à son mari pour subvenir aux charges du mariage. C'est sa part contributive dans ces charges. Telle est la définition de notre Code civil, art. 1540 "La dot est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage". Cette définition, le Code civil la tient des jurisconsultes classiques romains, qui ont rapproché dot et charges du mariage. Nous trouvons par exemple un texte très net de Tryphoninus, Dig. 23, 3, 76 libro X (disputatum) "Quia nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est", parce que si elle ne sert pas aux charges du mariage, il n'y a pas de dot. Ainsi, au sens strict du mot, dans notre droit civil, la dot est devenue un bien avec affectation juridique spéciale, et ce bien tire de cette affectation le régime particulier, auquel il est soumis. Il ne s'agit plus de façon vague des biens que la femme possède, mais de la partie de ses biens qu'elle abandonne au mari en vue du mariage et de ses charges. Dans notre code civil, la femme ne transfère plus au mari la propriété de ses biens, mais la jouissance. Le mari administre les biens et en gagne les revenus, aussi n'y a-t-il pas dot au sens véritable du mot dans tous les régimes matrimoniaux possibles en droit français. Il n'y a pas de dot notamment dans la séparation de biens : le mari n'acquiert pas la jouissance des biens de sa femme dans ce régime, il n'en a pas davantage l'administration. La femme a seulement une obligation légale de coopérer pour un tiers aux dépenses du ménage. Cette obligation lui est imposée dans l'article 1438 à l'article 1440.

La dot existe déjà dans tous les régimes de communauté. La communauté, en effet, représentée par le mari, jouit des revenus des deux époux. On peut dire que tous les biens de la femme sont dotaux, au moins quant aux revenus, mais c'est par excellence dans le régime dotal que la dot existe. Ce régime dotal n'est plus un régime très usité. Il était autrefois le régime des pays de droit écrit, c'est-à-dire des pays de droit romain. Dans ce régime, une partie des biens de

Au sens strict, la dot est l'apport de la femme à son mari.

Le régime dotal est peu usité en droit actuel.

la femme est confiée au mari à titre de dot. Il a sur cette dot les pouvoirs d'un administrateur, et la condition très spéciale des biens découle directement du droit romain. Il y a eu beaucoup de transformations depuis l'époque spécialement romaine et le régime dotal français est ce qui subsiste de la dot romaine.

D'après la définition de notre code civil, qui est tirée des jurisconsultes classiques, la dot est "donatio marito delata ad onera matrimonii sustinenda", la donation faite au mari pour soutenir les charges du mariage. Cette définition indique le but économique, la fonction sociale de la dot. Le mariage, en effet, fonde un foyer en vue d'avoir des enfants. Chacun des deux associés met son apport : le mari, son travail et toutes ses ressources, la femme sa dot. Mais ce but économique est encore pour le droit français une cause juridique qui donne à la dot son caractère. Il n'en est pas de même en droit romain. La plus grande transformation entre les deux institutions est que, en droit français, la dot reste en propriété à la femme. En droit romain, au contraire, c'est le mari qui est propriétaire de la dot et, en principe, il est propriétaire pour toujours de ses biens. Mais dans le patrimoine du mari, les biens de la femme suivent une condition spéciale. Ils sont soumis à des règles juridiques différentes des règles que suivent les autres biens du mari. La dot, en effet, conserve dans le patrimoine du mari une individualité, parce qu'elle doit se retrouver à la fin du mariage pour être restituée à la fin. Or, à partir du moment où le droit romain a imposé la restitution, à ce moment seulement la dot devient une institution juridique, une institution précisée et réglementée par le droit civil. C'est la nécessité de la restitution qui lui a donné son individualité juridique. Or, l'obligation civile de restituer n'existe pas dans le droit romain primitif. Elle apparaît avec l'action *rei uxoriae*, approximativement au Vème siècle de R.F. (Fondation de Rome : 754 av. J.C.). Auparavant, la coutume de doter l'épouse, de remettre au mari au début du mariage une dot, était déjà connue, et pratiquée par les Romains. De tout temps, les Romains ont suivi cet usage. Mais la condition de cette dot, les droits respectifs des époux sur elle, dépendaient, non du droit civil, mais des coutumes familiales. Ce n'est donc pas le droit de la cité qui s'occupe de la condition de la dot, mais le *mos majorum*, la coutume des anciens et les quelques règles que nous pouvons connaître sont sanctifiées par le droit religieux, le "fas" qui s'oppose au "jus civile". Si le droit civil, si la loi de la cité est contrainte de s'occuper de réglementer la dot au Vème siècle, c'est que les coutumes fa-

En droit romain, le mari est propriétaire de la dot.

Le *mos majorum* règle la condition de la dot dans l'ancien droit.

La fréquence des divorces conduit l'Etat à réglementer la condition de la dot.

miliales perdent de leur empire, leur autorité s'affaiblit. On ne les respecte plus autant qu'avant, et cet affaissement de leur autorité se manifeste surtout par le fait qu'à cette époque, les divorces deviennent très fréquents. Jusqu'alors, en effet, les divorces étaient presque inconnus et le mariage romain était considéré comme une institution qui dure toute la vie. C'est de cette époque que date la définition donnée par les jurisconsultes classiques qui présentent le mariage comme le "consortium omnis vitae", l'association de toute la vie et qui conservent cette définition même à leur époque, où le divorce est devenu si fréquent, et alors que le mariage a perdu ce caractère d'association perpétuelle. Tant que le mariage dure toujours, le mari peut garder sans inconvénient la dot d'une façon définitive. Mais à partir du Vème siècle, quand les divorces deviennent si fréquents et peuvent être prononcés même sans qu'il y ait faute de la femme, le mariage devenant moins solide, le sort de la dot dans ces mariages précaires doit être réglé. Le principe de la restitution de la dot est posé par le droit civil à cause du divorce, et par conséquent pour étudier d'une manière complète l'origine de la restitution de la dot, il nous faut d'abord étudier le milieu dans lequel est née l'organisation familiale de Rome et l'institution du mariage. Cette étude fera l'objet de trois chapitres préliminaires de ce cours :

Chapitre I : Organisation de la Famille.

- I - La Famille.
- 2 - La Gens.

Chapitre II : Le Mariage.

- I - Cérémonies religieuses du mariage "Deductio uxoris in domum mariti".
- 2 - Mariage cum manu et ses formes "Confarreatio, coemptio et usus".
- 3 - Mariage libre sine manu.

Chapitre III : La dot, son caractère primitif : "Dotis causa perpetua est".

Après ces trois chapitres préliminaires, nous aborderons l'objet direct du cours, en examinant les coutumes familiales qui préparent et expliquent la restitution de la dot.

Chapitre IV : Les Tabous du mariage.

Ce chapitre sera essentiellement constitué par l'examen d'un texte de Plutarque (Vie de Romulus, 22), par lequel nous pouvons connaître les vestiges des

coutumes les plus primitives des Romains.

I - Les Tabous du mariage, qui sont au nombre de trois : défense à la femme de commettre l'adultère, interdiction de boire du vin et de se faire avorter.

2. Caractères de ces Tabous : ce sont des prescriptions religieuses, dont la transgression par la femme rend la famille impure, impose au mari la répudiation et rend nécessaire une expiation religieuse. Ces trois Tabous sont en même temps les cas les plus anciens du divorce.

3. Nature de ces Tabous. Nous en donnerons une explication sociologique.

Chapitre V : Consécration à Cérès.

Nous examinerons ici les sanctions religieuses des Tabous. Ces sanctions nous permettront de voir que la famille, le père de famille et sa femme, était soumise à la surveillance et à la juridiction du groupe, non pas à l'autorité de la cité, à l'autorité du roi, mais à l'autorité du groupe familial qui forme les gens. Nous étudierons notamment le "jus osculi" et l'histoire de 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 VI : juridiction du paterfamilias.

Notre guide principal ici sera Denys d'Halicarnasse (Antiquités romaines, II.25). La disparition de la gens amène la disparition des coutumes familiales reposant sur l'autorité gentilice. Ces coutumes se transforment dans la mesure où elles sont respectées et appliquées par le père de famille. C'est lui qui est le juge au cas de divorce et il rend à sa femme la part de la dot qu'il estime juste.

1. Judicium domesticum.

2. Conseil des proches.

3. Surveillance du censeur.

Le censeur, représentant dans la cité le mos maiorum, 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 voyons enfin comment ces coutumes familiales, que la jurisprudence du censeur a précisées, passent dans le droit civil.

Chapitre VII : Institution légale de la dot.

I. Le divorce de Carvilius Ruga au début du Vème siècle, divorce qui marque l'époque à laquelle les divorces deviennent fréquents.

2. Cautiones rei uxoriae. La fréquence du divorce amène la femme et ses parents à stipuler la restitution de la dot.

3. Judicium de moribus, et cette stipulation, rendant obligatoire la restitution de toutes les dots, amène la ruine des coutumes familiales. Aussi le magistrat judiciaire, le préteur, rétablira la jurisprudence du seul censeur, mais en la transposant dans le plan du droit civil par la reconnaissance d'une action du judicium de moribus.

Chapitre VIII : L'action rei uxoriae.

1. Apparition et date.

2. Cas d'application.

Chapitre IX : L'origine familiale et censorienne explique les caractères anormaux dans le droit civil de l'action rei uxoriae et sa nature particulière.

1. Caractères de l'action rei uxoriae.

2. Formule de l'action et signification originale.

Enfin, dans les trois derniers chapitres, nous déterminerons la nature civile de l'action rei uxoriae, et nous examinerons les controverses auxquelles cette action a donné lieu.

Chapitre X : De l'action rei uxoriae et de quelques actions archaïques dans l'œuvre de Cicéron : Aequus, melius ; "Ne propter te fidemve tuam captus fraudatus siem ; ut inter bonos bene agier oportet".

A l'époque de Cicéron, on opère un rapprochement entre ces actions archaïques et les actions de bonne foi.

Chapitre XI : L'action rei uxoriae et les actions in aequum et bonum conceptae, les actions in factum, les actions in jus.

Chapitre XII : Les retentiones.

Chapitre I

LA FAMILLE ET LA GENS.

Nous étudierons ici le milieu familial et d'après les règles générales de la famille quelle sera la situation de la femme. Il nous faut étudier, non seulement la famille au sens strict du mot, mais le groupe familial plus étendu qui s'appelle la gens.

§ I. La famille.

Caractéristiques essentielles de la famille romaine.

L'autorité du paterfamilias.

On se rappelle les principes essentiels qui dominent l'organisation de la famille romaine. La famille romaine est une famille du type patriarcal. Tel que nous la connaissons, c'est-à-dire par les textes des jurisconsultes romains, elle est déjà affaiblie par l'intervention de l'Etat. Quelques-uns des adoucissements modernes sont déjà acquis. L'autorité du père de famille est quelque peu diminuée et est réglementée par l'autorité de la cité. Mais ces interventions, même à l'époque classique, sont encore fragmentaires et timides, et elles nous ne nous empêchent pas de reconnaître d'une façon très claire le type primitif, le type original. Ce type de famille patriarcale est commun à tous les peuples de race indo-européenne, et c'est le type le plus absolu de cette organisation que nous présente la famille romaine. Sa caractéristique essentielle est qu'elle forme un groupe uni sous l'autorité de son chef. Cette autorité est absolue et viagre, c'est-à-dire qu'elle dure toute la vie du père. Elle porte à la fois sur les personnes et sur les biens. Il y a unité de puissance dans la famille. Tous les membres de la famille sont placés sous l'autorité viagère du père. Ce sont d'abord les descendants : les petits fils et petites filles, les petits enfants, nés de ces fils, mâles, quel que soit leur degré, quel que soit leur âge. Tous les descendants restent sous la potestas du père, tant que celui-ci vit. A côté de ces descendants naturels, qui proviennent de la génération il en est d'autres, qui sont agrégés à la famille d'une façon artificielle. C'est d'abord - la première de tou-

Agrégation artificielle à la famille romaine.

Sens étymologique du mot pater.

tes - la femme mariée *cum manu*. Pour indiquer sa place dans la famille, les jurisconsultes classiques disent qu'elle est "loco filiae", à la place d'une fille. Entendez au point de vue strictement juridique, dans lequel ils se placent, qu'elle a des droits d'une fille sur le patrimoine de la famille et qu'elle a le même droit de succession que les filles. De même sont appelées sous la potestas du père les femmes de ses fils et de ses petits-fils. Il ne faut, en effet, jamais oublier que la femme *in manu* est soumise à la potestas, non de son mari, mais du paterfamilias de son mari. Puis viennent les enfants adoptifs. Le recrutement de la famille romaine par l'adoption est un usage universel et très fréquent dans la famille romaine. Le lien artificiel de l'adoption est aussi solide, aussi complet dans le droit romain que le lien naturel. Le fils adoptif a la même situation dans la famille primitive que le fils naturel. D'autres personnes encore font partie de cette famille. Ce sont les clients, et les esclaves, qui sont sous la potestas du paterfamilias. Originairement, le pouvoir qu'avait le père sur eux est de même nature et de même étendue que sur ses enfants. Aussi il faudra remarquer que le mot de pater implique, non pas l'idée de génération (ce n'est pas la paternité physique qui est ainsi désignée ; la paternité physique est plutôt désignée par le mot de parents ou de genitor), mais une valeur sociale. Voyez ce qu'en dit Ernout (Dictionnaire étymologique de la langue latine) au mot "pater". Ce mot désigne celui qui a l'autorité, celui qui a la puissance, celui qui a la charge et la protection. Aussi appelle-t-on paterfamilias même un citoyen non marié qui n'a pas d'enfant. On appellera paterfamilias, même un *infans*, quel que soit son âge, pourvu qu'il n'ait plus son père. Ulprien, Dig. 50.16,195.2. "Paterfamilias recte hoc nomine appellatur etsi filium non habet. Non enim solam personam ejus sed et jus demonstramus ; denique et pupillum paterfamilias appellamus, cum paterfamilias moritur" : on appelle justement du nom de paterfamilias même celui qui n'a pas d'enfant, car nous désignons non pas seulement la personne de celui-ci, mais son droit. Enfin même, nous appelons paterfamilias le pupille, lorsque son père est mort, parce qu'il n'a pas de père ou de grand-père, il a un patrimoine, il a donc une familia, il en est le chef et il a une puissance qu'il est incapable, en fait, d'exercer. C'est l'autorité qui règle les personnes qui font partie de la familia. Elles sont membres de la famille parce qu'elles sont soumises à l'autorité du père. Leur parenté vient de ce lien d'autorité et non pas du lien du sang. Aussi ne font pas par-

tie de la famille, ne sont pas parents, ceux qui sont descendants du père de famille par les femmes, parce qu'ils ne sont pas soumis à l'autorité du même paterfamilias. Ils sont soumis à l'autorité du paterfamilias de leur père.

Cette famille est donc constituée de façon autonome et monarchique. L'Etat n'intervient pas dans l'intérieur de la famille. Nous avons dit que l'intervention de l'Etat est très postérieure et qu'elle est toujours restée dans le droit romain fragmentaire et timide. Dans l'intérieur de sa famille le père a tous les pouvoirs du magistrat domestique. Il est prêtre et juge. Toute famille a, en effet, un culte domestique, qui lui est particulier : ce sont les "sacra privata", le culte des lares et des mânes, des ancêtres de la famille. Le père règle ce culte, et c'est lui seul qui le célèbre. Toute sa famille a sa place autour de lui et sous lui. Il est juge. C'est lui qui ordonne et punit dans la famille. Les peines les plus graves, il peut les prononcer. Emprisonnement, flagellation, peine de mort, vente de ses enfants, il a tous les droits. Il a le jus vitae necisque, le droit de vie et de mort sur les membres de sa famille et il en a souvent usé. Nous en avons des exemples historiques jusqu'à la fin de la République. Sous la conjuration de Catilina, à l'époque de Cicéron, un complice de Catilina, Aulus Fulvius, fils d'un sénateur a été arrêté et mis à mort par son père. Ce n'est qu'à l'époque de Sévère, à la fin du 2ème siècle, que l'on restreignit ce pouvoir. Enfin, il fut interdit sous Constantin de tuer son enfant. Constantin décide que le père qui tue son fils est coupable de parricide. Code 9.17.I.

Jusqu'alors, il n'y avait pas de garantie judiciaire donnée aux membres de la famille. Il leur est impossible de faire appel de la décision du père devant le magistrat. Ils n'ont pas de droit. La famille est une cellule fermée à toute intervention du dehors.

Le père de famille a la même puissance absolue en ce qui concerne les biens. Le principe est l'unité du patrimoine familial. Tout ce que possède la famille appartient au père. Il n'y a qu'un patrimoine, dont le père a la disposition et l'administration sans contrôle sa vie durant. Il peut même en disposer pour après sa mort par le testament. Ce pouvoir absolu du père masque le caractère collectif primitif de cette propriété. Ce caractère collectif a laissé quelques traces reconnaissables dans le droit postérieur, mais il a très vite évolué en propriété individuelle, la propriété du père.

Les pouvoirs du paterfamilias.

La condition juridique des personnes soumises à la puissance du paterfamilias.

Constitution autonome de la famille romaine.

Rôle de la famille.

Cette unité du patrimoine familial entraîne la condition juridique des personnes soumises à la puissance : le fils et la femme *in manu*. Ces personnes sont *alieni juris*, c'est-à-dire ne peuvent rien garder en propre. Tout ce qu'ils peuvent recevoir d'autres personnes, gagner par leur industrie, ils ne peuvent le conserver, la propriété passe automatiquement sur la tête du père de famille, sur le seul qui soit "sui juris".

Ce principe a une importance capitale en ce qui concerne la constitution juridique de la dot, car les biens que la femme avait avant son mariage, biens qui lui sont donnés par son père en vue du mariage ou par une autre personne, sont des biens qui vont appartenir au paterfamilias de la famille dans laquelle elle entre.

Ainsi la famille patriarcale forme un groupe autonome, une monarchie que l'on peut dire de droit public qui a le même caractère que la souveraineté du roi dans la cité. Ce caractère de souveraineté, ce caractère de droit public a été mis en relief, établi et étudié par Pietro Bonfante, un des derniers historiens du droit romain, notamment dans l'*Histoire du Droit Romain* en deux volumes, 1928-1929, traduite de l'Italien et publiée par la Librairie du recueil Sirey. Cette constitution autonome de la famille s'explique par son origine. La famille patriarcale romaine n'est qu'un rameau de la famille patriarcale des peuples indo-européens. Cette famille, sa constitution a précédé la constitution de l'Etat. L'Etat, en effet, n'est qu'un groupe de familles autour d'un chef militaire, qui est lui aussi comme le père de famille juge et prêtre. Avant la constitution de la cité, la famille est le groupe fermé qui assure la vie de ses membres, leur défense et leur protection contre leurs voisins immédiats, qui ne peuvent être considérés par eux que comme des ennemis. Ce n'est pas du tout comme dans notre famille moderne : un groupe de pur intérêt privé, de droit civil, qui a pour but l'éducation des enfants, et qui procure aux enfants et à leurs parents des ressources pour leur vie privée sous le contrôle et la surveillance de l'Etat. Mais la famille a un rôle si important que, d'après son caractère, il semble bien qu'il a été le rôle primitif. Il semble que la famille, au sens strict du mot, n'est pas bien adaptée que pour remplir pleinement ce rôle de protection et de défense autonome. La famille est un groupe trop petit. Elle ne comprend, en effet, que le père et ses descendants. D'autre part, ce groupe est d'une durée trop instable, puisque d'après les règles du droit classique que nous connais-

sons, chaque famille est dissoute par la mort du paterfamilias. Ce groupe est donc trop faible, même dans une famille riche et puissante, pour avoir pu assurer complètement ce rôle de protection. Aussi entre la famille, au sens strict du mot, telle qu'elle fonctionne à l'époque historique et l'Etat, la cité, s'intercale un autre groupe plus étendu, qui remplit mieux ce rôle de protection, avant que la cité ne soit organisée pour assurer la tranquillité de ses membres. Il s'est interposé donc un groupe plus étendu plus stable, dont la dissolution ne dépend pas de la vie de son chef et ce groupe, c'est la gens.

§ II - La gens.

A l'époque classique, telle qu'elle nous apparaît chez les historiens et dans les textes des jurisconsultes, la gens n'est qu'une survivance, une institution presque disparue, qui conserve quelque existence à l'état de préjugé social, à l'état de prétention nobiliaire des vieilles familles riches et anciennes de Rome qui forment des gentes. Q. Mucius Scaevola nous donne une définition de la gens qui est rapportée par Cicéron, Topiques, 6, 29. "Gentiles sunt inter se qui eodem nomine sunt, qui ab ingenuis oriundi sunt, quorum majorum nemo servitutem sertiit, qui capite non sunt deminuti". Sont gentiles entre eux ceux qui portent le même nom, qui descendent d'ingenus, dont les ancêtres n'ont jamais été en servitude, et qui n'ont pas subi de capitum deminutio. Festus, de Verborum significatione : "Gentilis dicitur et ex eodem genere ortus, et is qui simili nomine appellatur". Est dit gentilice celui qui est de la même race, celui qui est appelé par le même nom. Ulprien, Digeste, 50. I6.I95. 4 "Idem appellatur familia plurium personarum quae ab ejusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur, sicuti dicimus familiam Julianam quasi ex fonte quodam memoriae". De même on appelle familia le groupe de ceux qui sont nés d'un auteur commun; ainsi nous parlons de la familia Julia, parce qu'il est de mémoire que ces personnes proviennent d'une certaine origine.

Ce qui caractérise une gens, c'est :

I°- Le même nom, le nomen gentilicium. (Gens Julia, Claudia, etc ...)

2°- Les mêmes sacra gentilicia, le culte commun que les membres de la gens célébrent ensemble.

A cause de cette communauté de nom et de culte, les gentiles prétendent descendre d'un auteur commun. C'est une prétention qui ne peut s'appuyer sur une filiation reconnue. En effet, tant qu'on peut remonter

Définition de la gens.

Eléments distinctifs de la gens.

à l'ancêtre commun par une filiation certaine, il y a entre ceux qui sont ainsi parents des liens d'agnation. Assurément les familles nobles de Rome sont parmi celles de tous les temps et de tous les pays qui ont le mieux conservé leur tradition familiale et leurs titres. Néanmoins les liens gentilices remontent à une si haute antiquité qu'il est impossible de rapporter un titre régulier de cette filiation. Par exemple la gens Julia est, si on en croit la légende, une des 6 gentes qui ont été admises à la chute d'Albe dans la cité romaine. Ce sont les Cloelii, les Curia-tii, les Giganii, les Julii, les Quintilii, les Servilii. Tite-Live. I. 30. Ces gentes prétendent à une origine troyenne. A l'époque d'Auguste il y avait encore 50 gentes romaines qui se prétendaient troyennes: gentes trojanae, la gens Julia aurait eu pour éponyme et ancêtre Julius, compagnon d'Enée, venu en Italie après la guerre de Troie. Les gentes remontent donc par leur origine jusqu'aux temps légendaires et on remplace les souvenirs perdus de ces origines par des légendes, légendes en l'honneur bien entendu de la gens et qui sont une preuve de leur très haute antiquité.

Conditions requises pour faire partie d'une gens. La pureté d'origine est maintenue par deux exigences indiquées par Cicéron.

1°-. Pour faire partie d'une gens, il faut descendre d'ingenuus. L'origine servile empêche que l'on fasse partie de la gens. Aussi les clients sont gentilles au sens passif, en ce sens qu'ils ont des devoirs vis à vis de leur patron, mais ils ne sont pas membres de la gens, ni eux ni leurs descendants.

2°-. Il ne faut pas avoir subi ce capitio deminutio. L'adrogation et l'émancipation faisant sortir d'une famille font aussi sortir de la gens, dont fait partie cette famille. Il y a eu rupture de puissance, il y a donc rupture du lien de famille, par conséquent rupture du lien de gentilité.

Nous savons encore que seules les familles patriciennes avaient un droit véritable à former des gentes. Les familles patriciennes sont composées des descendants des citoyens de l'époque royale, des plus anciens citoyens de Rome. Ce sont eux qui forment le peuple des gentes. Les plébéiens, qui n'avaient pas de droit de cité avant la République, ne peuvent pas prétendre former une gens véritable, et ils forment ce qu'on appelle des "stirpes". Cicéron, de Oratore, I.39. I76 dit que là où un patricien parle de sa gens le plébéien parle de sa stirps. Dans Tite-Live un plébéien dit : (IO.8.9.) "Semper ista audit a sunt ea- dem vos penes auspicia esse, vos solos gentem habere".

Les gentes
plébéiennes.

nous entendons toujours la même chose : vous seuls êtes maîtres des auspices, vous seuls avez une gens. Sous la République les plébéiens deviennent citoyens. Ils finissent par pouvoir être élus magistrats, même consuls. Ils forment donc des familles plébéiennes riches et puissantes qui deviennent anciennes et se constituent aussi une nobilitas nouvelle, qui usurpe dans les derniers siècles de la République les priviléges du patriciat. Cette usurpation leur permet d'acquérir avec l'illustration et la richesse, la noblesse. Par une usurpation ensuite consacrée ils forment des gentes plébéiennes.

En dehors de leur importance sociale considérable, les seuls effets civils produits par les gentes sont entre les gentiles des droits de succession et des droits de tutelle. Si un membre de la gens meurt sans avoir d'agnat, sa succession est déférée aux gentiles. C'est ce que nous disent les XII Tables en nous donnant ces règles de succession. 5.4. "Si intestat moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto. Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento." Lorsqu'un membre de la gens meurt laissant un héritier mineur, s'il ne fait pas de testament, dans lequel il désigne un tuteur, et s'il n'y a pas d'agnat, la tutelle revient aux gentiles.

A l'époque des jurisconsultes classiques, cette succession gentilice est complètement en désuétude, aussi ne savons-nous plus quelles sont les règles qu'a suivies. Telle est donc la situation de la gens à l'époque de la République, et ce que nous avons exposé ici est tout ce que nous savons par des témoignages historiques de ces règles.

Les principaux travaux historiques consacrés à l'étude des gentes.

Les manuels de droit romain, par exemple les manuels de P.F. Girard ou de Cuq s'en tiennent à cet exposé. Il en est de même dans Mommsen, Droit public Romain, tome VI, I^e. Nous trouvons dans ce livre l'exposé le plus complet de ce que tous les textes historiques de droit romain nous permettent de savoir sur la gens à l'époque républicaine. Les auteurs n'ignoraient pas d'ailleurs que dans cet état la gens n'est qu'une survivance d'une époque antérieure où elle a joué un rôle beaucoup plus important. Fustel de Coulanges l'avait déjà mis en relief notamment, et il fut sur ce point un précurseur des idées modernes. Fustel de Coulanges, Cité Antique, p. 110 et s. Mais les historiens modernes du droit romain ont été beaucoup plus loin. Ils tentent de reconstituer par hypothèse toute l'importance primitive de la gens dans les premières années de Rome. Parmi ceux-ci les plus importants que nous pouvons signaler sont : Pietro Bonfani, la gens et la familia, publié en 1888, réimprimé dans

les "Scritti giuridici", I. p. 3 et s. Il a repris les mêmes idées dans l'Histoire du Droit Romain. I. p. 66 et s. Arangio-Ruiz, "Les gentils et la Citta, Messine, 1914 de Francisci, "Storia del Diritto Romano, I. p. 5 et s. 1926." Ces idées développées par ces auteurs ont été suivies par les historiens généraux de Rome, par exemple on les retrouve dans Homo, "L'Italie primitive", Bibliothèque de Synthèse historique, 1925, ou encore Ettore Pais et Fayet, Histoire romaine, tome I. dans Histoire générale, sous la direction de G. Glotz, 1926.

Le secours de la sociologie et du droit comparé pour la reconstitution de la gens.

Pour opérer la reconstitution de la gens, il faut sortir de l'histoire romaine pure. On s'appuie, en effet, d'abord sur les données sociologiques. Non seulement en Grèce où le Genos a laissé des traces plus importantes qu'à Rome, chez les Celtes avec leur clan, chez les Germains, chez les Italiques autres que Rome, nous retrouvons des institutions semblables à la gens romaine, et même chez quelques peuples modernes nous retrouvons les mêmes institutions, par exemple chez les Slaves, et plus près de nous, chez les Berbères et les Kabyles.

Il faut encore appeler à notre secours l'archéologie. On a découvert un peu partout en Europe, et en Italie, des traces des anciens établissements des peuples primitifs d'avant l'histoire, notamment des sépulcres et des objets funéraires, qui nous renseignent sur la vie primitive. Toutes ces données, non pas appliquées directement à Rome, mais servant de contrefort à ce que l'histoire romaine proprement dite peut nous offrir, fournissent de précieuses analogies. Grâce à ces données adventices, dans l'histoire romaine elle-même, nous pouvons trouver des assises plus sûres pour les hypothèses basées sur les textes.

En ce qui concerne l'histoire romaine, la méthode suivie pour la reconstitution de ces institutions à l'époque préhistorique, consiste à rechercher et à relever dans les documents de l'époque historique proprement dite, c'est-à-dire de celle pour laquelle nous avons des textes, les survivances de l'époque antérieure. Dans ces textes nous pouvons trouver quelques indications singulières et souvent incompréhensibles, qui ne s'éclairent que d'après des hypothèses reconstituant la période antérieure. C'est la même méthode que la paléontologie, qui, d'après le mot célèbre de Cuvier, avec un os peut reconstituer tout l'animal. Bonfante notamment a défini et employé cette méthode.

Grâce à ces recherches la constitution de la société primitive apparaît. A peu près tous les histo-

Les données admises à propos de la gens.

La gens organisme politique, extension de la famille.

riens sont actuellement d'accord pour admettre dans leurs grandes lignes les données suivantes:

A l'époque de la fondation de Rome, et pendant longtemps après la réunion sur les collines qui dominent le Tibre et où est le berceau de Rome, les familles italiques, les Ombro-Sabelliens, qui arrivèrent en migrations successives sur le sol du Latium étaient groupées en gentes. Ces gentes formaient un groupe de familles qui de temps immémorial se considéraient comme de même race, comme descendants d'un auteur commun d'un héros éponyme. Ce groupe est un organisme politique. Il est impossible de déterminer si cette prétention à l'origine commune est exacte, si réellement ces familles ont été unies par les liens du sang, si elles descendent vraiment, comme elles le pensent, d'un auteur commun. S'il en était ainsi, le groupe gentilice se rapprocherait plus étroitement de la famille au sens réel du mot. Mais il se pourrait aussi que ce groupe soit une agglomération plus artificielle de familles d'origine différente, que la vie commune a réunies sur un même territoire ou qui ont traversé les mêmes périls et les mêmes dangers. Ce sont ces périls et ces dangers et la communauté de vie qui ont soudé leur vie commune. S'il en était ainsi la gens serait une création plus complexe et qui se rapprocherait davantage de l'Etat. Depuis Niebuhr qui voyait dans la gens un groupement artificiel, les historiens se partagent sur ce point sans se mettre d'accord. Bonfante voit davantage dans la gens un groupe de familles de même race. Au contraire de Francisci y verrait plutôt un groupe uni par la vie commune, par le voisinage, un groupe habitant dans le même village, où se trouve la maison des patresfamilias, et autour duquel se trouvent les terres, dont ils tirent leur subsistance.

Ce que nous pouvons dire, c'est que les Romains croyaient eux-mêmes à cette origine commune, croyaient eux-mêmes que la gens est une extension de la famille. Cette origine commune, ils savaient qu'elle était impossible à prouver, mais elle était supposée par une tradition immémoriale. Or, contre cette conception traditionnelle, nous n'avons au fond pas de bonne raison de nous inscrire en faux. Mais ce que tous les historiens modernes font ressortir, c'est le caractère politique de ce groupement, qui forme un organisme de défense et de protection complet, qui se suffit à lui-même. C'est lui qui assure par ses propres ressources la vie des membres, qui assure leur protection. Le groupement est indépendant en fait et en droit du groupement voisin, c'est-à-dire des autres gentes voisines. Plus tard, lorsqu'ils eurent senti la nécessité de se réunir en groupe plus vaste, c'est alors

et alors seulement que se forme la cité. Cette réunion, ce sont les rapports de voisinage qui la rendent nécessaire, quand ces peuples, d'abord migrants, furent fixés définitivement dans leur établissement. Puis, après les rapports de voisinage, ce sont les rapports inverses de guerre avec les voisins, et il est très probable que ces groupes se sont unis entre eux pour résister à une menace plus forte, notamment les gentes romaines ont senti la nécessité de se fédérer pour résister aux entreprises de peuples voisins, tels que les Sabins, les Volsques ou encore plus pour résister à la menace des Etrusques, de ce grand peuple ennemi qui était établi de l'autre côté du Tibre. C'est alors que ces gentes voisinent, se fédèrent, et sacrifient une partie de leur indépendance. Par un traité, le foedus, ils créent un organisme central, sur le modèle d'ailleurs de l'autorité déjà existante dans la gens.

La fondation de Rome est due, sans doute, à la fédération des gentes habitant le sol romain.

Les agrégations successives des gentes.

La fondation de la ville de Rome fut sans doute effectuée par la fédération des gentes habitant le sol romain. Ces gentes créèrent un centre commun de défense, une cité entourée de murailles sur le Palatin, et fondèrent la Roma Quadrata. Ils la créèrent autour d'un organisme central, le roi, qui fut un des patres-familias, le chef de gens peut-être le plus plus riche et le plus puissant. Cette union fut consacrée par l'établissement d'un culte de cité, et la création d'un dieu protecteur, dont le roi est prêtre en même temps qu'il est chef de guerre. Ce pouvoir du roi, analogue dans son origine à celui de la gens devient exclusivement politique et de droit public, tandis que le rôle du chef de la gens était à la fois politique et familial. Mais il n'en est pas moins de même nature et a suivi longtemps les mêmes règles.

Cette fédération des gentes, l'histoire légendaire la place vers l'an 754 avant J.C. Les détails, et même les noms que nous donnent les historiens, sont exclusivement du domaine de la légende. Puis cette cité s'agrandit par la réunion de deux cités voisines: la cité du Palatin et la cité du Quirinal. Ces deux cités réunies prirent comme centre religieux le Capitole, colline qui se trouve entre les deux, et consacrèrent la cité ainsi formée au dieu, qui devint le plus grand dieu de Rome, le dieu protecteur par excellence, Jupiter Optimus Maximus.

Cette histoire de la fondation de Rome, nous en retrouvons des traces dans les collines sur lesquelles la Rome moderne est encore bâtie. Nous voyons en effet par les recherches d'archéologie qui ont été faites des traces d'établissements plus petits, plus anciens, que la Rome, soit de Romulus, la Roma Quadrata,

soit de Servius, la Rose du Palatin et du Quirinal. En effet, on peut encore suivre dans le sol le tracé des anciennes murailles, et surtout trouver des monuments de la plus haute antiquité, des tombeaux. Or, nous savons que par les règles de la religion romaine, règles jamais enfreintes, il était absolument interdit d'enterrer des cadavres dans l'intérieur de la ville. Ces tombeaux relevés, soit sur le Palatin, soit au pied du Quirinal, soit sur le Forum, dénotent la présence d'établissements antérieurs et plus petits. C'étaient donc des villages, et probablement des villages de gentes.

De ces agrégations successives de gentes, formant la cité, l'histoire a conservé quelques traces, notamment celle-ci : A l'époque historique les gentes sont classées en majores et minores gentes. Dans les comices votaient d'abord les majores et ensuite les minores gentes. Les historiens eux-mêmes expliquent cette division par l'ancienneté des premières représentant les plus anciens romains, ceux de la fondation de Rome, et d'autres gentes plus nouvelles qui ont été agrégées aux premières. Nous avons aussi des traditions historiques, d'après lesquelles à la chute d'Albe les gentes Albaines ont été agrégées à la cité romaine. Tite-Live I. 30. De même il y a des traces d'une réunion des gentes Sabines aux gentes Romaines au début de la République romaine. La plus connue de ces gentes sabines, c'est la gens Claudia, qui représente peut-être la dernière de ces agrégations de gentes. Tite-Live. 2. I6. Denys d'Halicarnasse. 5.6., nous donne la même histoire avec des détails peut-être en partie inexacts.

La gens Claudia, sous la direction de son chef Attus Clausus, quitta le territoire Sabin, sans doute après une guerre. Les Claudi étaient plus de 5.000 gentiles et clients, et après avoir probablement fait la guerre à la cité romaine, cette guerre se termina par un traité d'union, donnant droit de cité à la gens Claudia. On lui donna même un territoire au delà de l'Anio, où elle s'établit et forma une tribu du sol romain: la tribu Claudia.

Dans la cité romaine autour du roi il y a un conseil, qui forme l'assemblée des patres : c'est le Sénat. Les sénateurs, patriciens à l'époque républicaine sont les seuls qui sont appelés patres. Les nouveaux sénateurs plébéiens sont appelés conscripti, et les patres étaient très probablement originairement les chefs des gentes, et ce serait pour distinguer les chefs de famille des chefs de gentes qu'on aurait appelé le chef de la famille, au sens strict du mot, pater-familias. L'origine de ces institutions est obscure,

Majores gentes
et minores
gentes.

Le rôle de
la gens dans
la cité romaine.

parce que quand le pouvoir politique des gentes disparaît devant celui de la cité, lessénateurs furent choisis par le roi, puis par les consuls, et ne sont pas exclusivement composés des patresfamilias. Ainsi la cité romaine est une fédération de gentes. Sans abdiquer immédiatement leur autonomie, les gentes se groupent dans un ensemble plus étendu et se placent sous la direction d'un chef unique souverain à l'intérieur de Rome.

Quoi qu'il en soit, dans le temps antérieur, cette souveraineté avait été gardée aux gentes elles-mêmes, et dans cette conception la gens à l'époque primitive est un groupe de défense qui assure la vie et la protection de ses membres par son organisation. Elle est organisée, en groupe souverain, autour d'un chef. Elle a un culte commun à toute la gens, des coutumes particulières à chaque gens. Chacune d'elles tient des assemblées et prend des décisions, et surtout chaque gens habite en commun sur un territoire qui lui est réservé, dans un village entouré de terres, qui forment la propriété commune de la gens d'où elle tire ses ressources agricoles et pastorales. Ce sont les débris de cette organisation primitive, que nous devons maintenant reconnaître dans les quelques rares survivances de l'époque postérieure.

Nous disons d'abord que chaque gens a un chef. L'existence de ce chef est en général admise par les historiens modernes pour l'époque primitive. Ce n'est qu'une hypothèse, car le chef de la gens a complètement disparu sous la République. En effet l'antagonisme entre les gentes et la cité a dû avoir pour premier objectif la suppression du chef de la gens. L'existence de ce chef ne peut être supposée que par suite de quelques traces légères. D'abord nous nous trouvons en face de la tradition de la gens Claudia et de son arrivée à Rome conduite par son chef Attus Clausus. Suétone et Tibère nous disent qu'Attus Clausus était le "Princeps gentis". Quelques autres textes nous parlent encore du princeps gentis. Cicéron, ad familiares nous dit : "Gens Papiria, gens minorum gentium, quorum princeps Lucius Papirius Mugillanus, qui censor cum Lucio Sempronio Atratino, qui antea consul cum eodem..." la gens Papiria, gens des gentes minores, dont le chef fut Lucius Papirius Mugillanus, qui fut censeur avec Sempronius Atratinus, et auparavant consul avec le même, en l'année 312 de Rome fondée. Festus, de Verborum significatione, verbo "familia", "Dux et princeps generis". Il est difficile de voir dans ces textes si l'on veut désigner plutôt le fondateur, l'auteur commun, qu'un véritable chef. C'est au fond la nécessité d'une direction politique du groupe, qui fait

Chaque gens
a, à sa tête,
un chef.

affirmer l'existence d'un chef pour l'époque où la gens avait toute son importance. Nous verrons en réalité que dans les coutumes gentilices, que nous essaions de relever dans le cours de cette année, ce n'est pas précisément l'existence d'un chef qui apparaît l'hypothèse la plus vraisemblable; nous verrons que l'autorité dans l'intérieur de la gens était sanctifiée par l'autorité du groupe lui-même, par l'ensemble des patresfamilias du groupe plutôt que par un chef individuel.

Le culte gentilice.

2°- Le culte.

Les *sacra gentilicia* sont des institutions par lesquelles nous avons davantage de renseignements. Le culte commun est en effet le lien le plus fort et le plus actif qui unit les groupements antiques. Les toriens citent souvent les *sacra gentilicia*. Tite-Live, 5.52.5. Pline. Panégyrique de Trajan. 37. Denys d'Halicarnasse. 2.67. Festus. De Verborum Significatione "Publica sacra, quae publico sumptu pro populo fiuntur at privata, quae pro singulis hominibus, familiis, gentibus fiuntur", les *publica sacra* sont ceux qui sont faits pour le peuple aux frais communs, mais les *privata* sont ceux qui sont faits pour chaque homme particulier, pour chaque famille, pour chaque gens.

Les *sacra* sont le culte des ancêtres, le culte des mānes, le culte des morts de la famille. Ces *sacra* vont même plus loin. Comme l'Etat, chaque gens a sa divinité tutélaire, et parmi les gentes il en est qui ont identifié leur divinité tutélaire avec l'un des grands dieux de la cité par la suite, notamment les Nautii ont pour divinité particulière Minerve, la gens Julia a Apollo, la gens Aurelia, le soleil, la gens Horatia, Junon et Janus. Nous le savons, parce que ces dieux, lorsqu'ils devinrent dieux de la cité, ou plus exactement lorsque les dieux de la cité portant ces noms ont été identifiés par les gentes avec leur protecteur particulier, le culte public de ces dieux fut attribué par privilège à ces familles.

Les lieux du culte.

Les lieux des cultes des gentes sont avant tout les tombeaux. Or les familles patriciennes, c'est-à-dire les plus anciennes, sont les seules qui aient des tombeaux de gens. Les autres familles ont des beaux familiaux. Aux *sacra gentilicia* se rattachent les institutions de la famille, la naissance, le mariage, l'adoption, l'adrogation et les funérailles.

Institutions particulières de la gens.

Enfin chaque gens a ses coutumes et des institutions particulières. Elle tient des assemblées, elle rend des ordonnances, *decreta gentis*, et elle inflige des censures à ses membres. Tite-Live, 20.I4, nous raconte qu'après le crime et l'exécution de Manlius

Torquatus, sa gens, la gens Manlia, a pris un décret défendant qu'aucun des gentilices ne fât par la suite appelé Manlius.

La gens n'a pas un caractère militaire.

La gens n'a plus sous la République aucun caractère militaire. L'organisation des citoyens en armes est tout autre. Néanmoins dans l'armée romaine il y a quelques souvenirs de l'importance de la gens comme organisme de défense militaire. Nous savons notamment que la gens Fabia (Tite-Live, 2.48 et Denys d'Halicarnasse, 9.22.I.) sous la République, vers l'année 277 de R.P. a pris à sa charge une guerre de la cité contre les Véiens. A ce moment l'Etat était en grande difficulté. La ville de Rome avait en Véies, cité voisine, une ennemie continue. L'Etat ne pouvait se charger de la guerre, qui renouvelait continuellement avec cette ville, fut libéré d'une campagne par la prise en charge de cette campagne par la gens Fabia. Nous savons que la gens Fabia, commandée par son chef Kaeso Fabius, est composée de 306 familles et de 4 à 5.000 clients partis en guerre contre la ville de Véies. Après quelques succès elle périt tout entière dans une embuscade et ce fut le désastre de Cremère. La légende veut qu'un seul enfant en bas âge subsistât et qu'il fut de nouveau l'auteur de la gens Fabia sous la République.

Comme souvenir de la gens en armes nous trouvons cette règle que les gentiles doivent être enrôlés ensemble et combattent ensemble dans le même manipule.

Le régime foncier de la gens.

Mais beaucoup plus importantes que ces traces de coutumes de la gens sont les traces du régime foncier. Ces traces nous permettent de voir que la gens était territorialement organisée, et par conséquent était une véritable nation, non seulement avec ses chefs, son culte et ses tombeaux, mais avec son territoire. C'est cette vie commune sur un territoire qui est l'élément le plus fort de son unité. Lorsque disparut la propriété gentilice par le mélange des citoyens sur le territoire de la cité, à ce moment c'est la décadence des gentes, et bientôt après leur disparition.

A l'époque classique le pater seul dispose de la propriété de famille.

Quelles sont les traces de cet état de choses originaires ? Dans le droit privé de l'époque classique nous nous trouvons en face d'un seul régime de propriété : la propriété individuelle, ou plus exactement la propriété de famille, dont le seul titulaire est le père de famille. Nous avons dit, en effet, qu'il n'y a dans une famille qu'un seul patrimoine et un seul titulaire. Par conséquent, les pouvoirs absolus du père sur les biens de famille masquent le caractère collectif de cette propriété. Elle existe cependant et elle réapparaît, d'après les jurisconsultes, à la

mort du père, lorsque les fils héritent de lui. Les enfants héritant du père sont appelés "heredes sui", et ils sont dits par les jurisconsultes recueillir le patrimoine du père, comme s'ils continuaient une propriété qu'ils avaient déjà de son vivant. Ce titre de "heres uus" marque bien le caractère collectif primitif du patrimoine familial. Mais il n'en est pas moins une propriété individuelle, en ce sens que le père de famille seul a le pouvoir d'en disposer pendant sa vie, de le vendre, de le donner, et surtout à la mort du père ce patrimoine change de titulaire et se partage entre les enfants, ou bien est partagé par le père lui-même dans son testament. Or, le droit de disposer pendant sa vie du propriétaire le partage après sa mort entre ses différents héritiers, ce sont les deux caractéristiques essentielles de la propriété individuelle.

La propriété individuelle était exclusivement mobilière à l'origine.

Mais l'idée de propriété individuelle s'est développée d'abord pour la propriété mobilière exclusivement. Dans l'institution primitive de la propriété, la propriété individuelle ne comportait que des objets mobiliers, la terre en était exclue. Ceci nous est indiqué :

1°- par la langue du droit. La désignation technique jusque dans le droit classique de la propriété individuelle de l'hérité est faite par deux mots : familia et pecunia, tantôt réunis, familia pecuniaque tantôt séparés, familia ou pecunia. Les deux mots sont réunis dans la formule rapportée par Gaius de la mancipatio hereditatis. La mancipatio familiae emploie pour faire un testament le procédé normal d'aliénation : la mancipation. Le familiae emptor, qui est l'exécuteur testamentaire, prononce les paroles suivantes : (Gaius, 2,104) "Familiam pecuniamque tuam mandatela tua custotela mea esse aio", Je déclare que ta famille et ta pecunia, c'est-à-dire ta fortune, sont sous ton autorité et sous ma garde. Familia tout seul est employé dans les XII Tables, 5.4. "Agnatus proximus familiam habeto". 5. "Gentiles familiam habeto". Le droit de succession du patron sur les biens de l'affranchi est ainsi désigné, XIII Tables, 5.8. "Ex ea familia". Nous avons vu que l'exécuteur testamentaire est appelé "familiae emptor", l'action en partage porte le nom d'actio familiae erciscundae, Le mot "pecunia" tout seul est employé dans les XII Tables, 5.7 pour désigner le bien de l'individu en curatelle : "Agnatus gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas est que la puissance des agnats et des gentiles porte sur lui et sur sa fortune. 5.3. Le droit de faire des legs : "Uti legavit super pecunia tutelave".

Sans que l'on puisse apercevoir d'une façon bien nette la distinction qu'il faut faire pour l'époque primitive entre la *familia* et la *pecunia*, cette désignation montre nettement que le sol n'était pas compris dans la fortune, notamment en matière de succession, parce que *familia* et *pecunia* désignent originellement, soit des objets vivabts, qui sont sous propriété du père, esclaves et animaux de labour, si même les membres de sa famille, et *pecunia* originellement a le sens de troupeau.

2° - Nous trouvons encore la même confirmation de cette idée dans la forme des procédés d'acquisition des biens, notamment la *mancipation*, et dans le procédé de revendication des mêmes biens, le *sacramentum*. Les différentes cérémonies qui les constituaient ont été créées pour des meubles et pour les meubles seulement. Elles ont pu être appliquées plus tard à la terre, mais cette application n'a été faite qu'à l'aide, nous le verrons, de solutions difficiles et incertaines. La *mancipation*, en effet, vient de *manu capere*, de mainmise, et montre que l'appréhension matérielle d'un objet était la formalité essentielle de l'acquisition. L'appréhension matérielle avec la main n'a qu'un sens véritablement primitif, pour un objet mobilier que l'on prend et que l'on emporte. De même dans la revendication qui est le procédé de protection de la propriété, la présence réelle des objets était indispensable devant le juge, car la partie plaignante devait tenir la chose à la main, "Rem tenens", dit Gaius, I. 189. Aussi, lorsque la propriété incivique s'est étendue aux immeubles, il y eut des hésitations sur la possibilité d'étendre aux immeubles le *sacramentum*. Nous trouvons la trace de ces hésitations, la trace des procédés plus ou moins boiteux qui furent imaginés, dans Gaius, 4. 17, Cicéron, pro Murena, I2.26, Aulu-Gelle, 20.10

Pour la revendication il y a trois procédés successivement employés. On se transporta d'abord sur les lieux. C'est Aulu-Gelle qui nous l'indique. Puis on chercha un procédé moins mal commode. Cicéron nous indique que le magistrat fait faire aux parties un simulacre de départ et les fait revenir immédiatement devant lui. Le magistrat dit en effet aux parties, à un certain moment de la procédure : "Inita viam", allez-vous en, et immédiatement "Redite viam", revenez. Enfin Gaius nous indique le procédé qui fut définitif. Comme il était impossible d'apporter l'immeuble devant le juge, et qu'il était pratiquement impossible de transporter le juge et les plaideurs sur la situation de l'immeuble, on se contenta de le représenter symboliquement par un fragment tiré de

La mancipiation et le sacramentum ont été créés pour des meubles.

la chose, une nette de terre ou du gazon. Ces différents procédés montrent nettement comment la création primitive a été étendue à un cas d'application pour lequel il n'était pas fait. Si en effet on avait créé le sacramentum pour les immeubles, les cérémonies auraient été différentes.

Ainsi les termes désignant les procédés d'acquisition, les procédés de défense de la propriété s'accordent pour écarter le sol de la propriété privée, et le paterfamilias a sous son autorité sa femme, ses enfants, ses esclaves, puis les animaux, ceux qui lui servent à la culture, et ses troupeaux. Il a la manus sur la femme, la patria potestas sur les enfants, la dominica potestas sur les esclaves, le dominium sur les biens. Autant d'aspects de sa puissance, différenciés dans le droit évolué, au début confondus sous un aspect unique, ceux qu'il a in manu, ceux qu'il a sous sa main ou in mancipio, ceux qu'il acquiert avec la main. L'idée de puissance est donc prise pour base de la propriété. Cette idée de puissance ne comporte d'application directe qu'aux objets mobiliers, hommes et animaux, et non pas au sol.

L'heredium atteste qu'à l'origine la terre n'appartenait pas au paterfamilias

3° - Enfin nous avons une troisième preuve de la soustraction du sol à la propriété privée : c'est l'heredium. Une tradition incontestée est qu'à l'époque la plus ancienne chaque paterfamilias n'avait comme bien propre qu'un heredium, un petit terrain de deux arpents, bina jugera, environ un demi hectare. La légende attribue à Romulus cette organisation. C'est Romulus qui aurait donné cet heredium à chaque citoyen. Varron, de re rustica, I.10.2. "Bina jugera quot a Romulo primum divisa dicebantur viritim, quae heredem sequerentur heredium appellarunt". On appela heredium les deux jug'res qui furent divisés par tête par Romulus, et qui suivent l'héritier.

La signification de cette légende, le caractère primitif et très ancien de cette institution nous montrent qu'un demi hectare seulement était la propriété primitive du citoyen romain. Or un demi hectare ne peut suffire à la vie de toute une famille. Ce n'est donc pas la terre qui sert à la subsistance de la famille. Dans la langue des XII Tables "hortus" désigne encore la maison du paysan. L'heredium, c'est donc cette maison et le verger qui en dépend, et ce ne peut être autour de la "domus", de la maison du paterfamilias que l'enclos et le jardin qui en dépendent.

Cette institution a des analogies dans le droit des Francs Saliens, dans la situation du paysan russe sous le régime de la communauté de village. Cette tradition, déjà déformée, nous montre cependant que

la propriété primitive immobilière ne s'étendait pas aux terres labourables, qu'elle était restreinte à la maison et au jardin, qui seuls passent aux héritiers à la mort du paterfamilias. Ce groupe de maisons et de jardins formait le village, le "vicus", habité par la gens, entouré de terres labourables formant le "pagus", le canton. Nous savons, en effet, que le sol romain a été divisé en "vici" et en "pagi" avant d'être divisé en tribus. Ce sol autour du village est cultivé par les paterfamilias, leurs esclaves et le bétail. Nous ne savons pas comment. La possession individuelle du bétail et des esclaves suppose un partage de fait et une culture individuelle pour chaque paterfamilias de la partie qui lui est donnée. Etais-elle partagée périodiquement ? Ou bien y eut-il partage définitif, attribution à vie ? Cela est impossible à déterminer dans l'état actuel de nos connaissances. Mais enfin le dernier terme de notre hypothèse nous montre que ces terres labourables étant soustraites à la propriété individuelle, sont la propriété des gentes plutôt que la propriété de la cité.

4°- Organisation territoriale de la gens.

En effet de cette propriété collective des terres labourables, il y a deux titulaires concevables: l'Etat ou la gens. Il y a d'abord quelques considérations générales qui rendent vraisemblable la possession de ces terres par la gens. D'après ce que nous avons dit ici, les hypothèses historiques sont en faveur de l'antériorité de la gens sur la cité. La cité, nous l'avons vu, c'est une fédération de gentes. La gens, dans la constitution primitive romaine, est l'institution qui d'abord fut la plus forte et qui perdit ensuite du terrain. La cité, au contraire, est l'institution la plus faible qui gagne continuellement du terrain. La gens est donc la seule institution qui nous apparaît comme titulaire appropriée du droit primitif sur le sol. Mais en dehors de cette vraisemblance générale, il est une hypothèse plus précise et assez délicate, qui permet d'entrevoir le passage de la propriété gentilice à la propriété privée par l'intermédiaire des tribus. Nous voyons ainsi comment s'est organisé le sol romain en propriété privée. Cette organisation, nous ne pouvons l'étudier en détail. Nous nous contenterons d'indiquer les points principaux de cette démonstration.

Vous savez que dans son organisation la plus ancienne, le sol de Rome, le sol du Latium était divisé en circonscriptions territoriales, qui portent le nom de tribus. Il y a d'abord quatre tribus urbaines, les quatre quartiers de Rome :

Le gens a la propriété du sol à l'origine.

Les divisions du sol de la cité en quatre tribus.

- 1°- Cuccucana ou Subur na
- 2°- Palatina.
- 3°- Esquilina.
- 4°- Collina.

Cette division du sol de la cité en quatre tribus est attribuée au roi Servius Tullius. Ce n'est qu'une légende, mais une légende marquée que cette organisation n'est pas primitive, puisqu'elle n'est pas indiquée comme étant faite par le fondateur de la cité : Romulus. Il est une hypothèse qui réunit cette division aux heredia de deux arpents possédés par les premiers citoyens romains et qui semblerait indiquer qu'il y a eu concentration de tous les citoyens dans la ville de Rome. C'est une conception peu vraisemblable. L'heredium est bien davantage la maison et le verger dans chaque village possédé par les patresfamilias de chaque gens.

Les tribus urbaines dénotent déjà un grand développement de la vie, une civilisation urbaine développée et une agglomération assez importante de citadins, par conséquent ce n'est pas une division primitive, mais la division la plus intéressante est la division du sol romain en tribus rustiques.

D'après les renseignements historiques, le renseignement le plus ancien que nous ayons sur la formation des tribus date de l'année 367 de R.F. Tite-Live 6,5,8. "Tribus quatuor ex novis civibus additae: Stellatina, Tromentina, Sabatina, et Arniensis easque vingt et quinque tribuum numerum complevere". Quatre tribus furent ajoutées pour les nouveaux citoyens : la tribu Stellatina, Tromentina, Sabatina et Arniensis, et elles portèrent le nombre des tribus à 25.

Cette augmentation des tribus romaines fut causée notamment par la conquête de Veies en 351 et l'extension de son territoire en 367. Il y a donc 25 tribus en 367. Et nous savons par ce texte qu'avant 367 il y en avait 21 - 4 urbaines et 17 rustiques.

Nous avons un renseignement plus douteux de Tite-Live, 2,21. Pour l'année 259, il est dit dans l'Épitome : "Appius Claudius ex Sabinis Roman transfugit. ob hoc Claudia tribus adjecta est numerusque tribuum ampliatus ut essent XXI", Appius Claudius passa des Sabins à Rome, et à cause de cela la tribu Claudia fut ajoutée, et le nombre des tribus s'étendit à XXI. Ce texte présente des difficultés dans lesquelles je n'entre pas et ce renseignement ne paraît pas avoir de valeur historique pour la date de 259. Mais le chiffre de 21 tribus paraît avoir été atteint en 283 par la création d'une tribu Clustumina, qui paraît devoir être comptée à part à cause de son nom.

L'augmentation du nombre des tribus romaines.

Restent enfin les 16 premières tribus rustiques, qui ont pu être créées, soit ensemble, comme semblerait indiquer l'unité de leur nom, soit peu à peu. Elles ont été créées avant 287. Leur nom est très important.

- 5° - Emilia.
- 6° - " [Damilie]"
- 7° - Claudia.
- 8° - Cornelia.
- 9° - Fabia.
- 10° - " [Galeria]"
- 11° - Horatia.
- 12° - " [Lemonia]"
- 13° - Menenia.
- 14° - Papiria.
- 15° - " [Pollia]"
- 16° - " [Pupinia]"
- 17° - Romilia.
- 18° - Sergia.
- 19° - " [Voltinia]"
- 20° - Veturia ou Veturia.

De ces tribus, 10 portent le nom de gentes romaines que nous connaissons, 6, dont les noms sont entre crochets, portent des noms qui n'existent plus dans l'armorial romain de la République, mais qui ont tous le caractère de noms de famille et qui sont très probablement le nom de gentes disparues. Après ces 16 tribus, dont l'établissement est le plus ancien, à partir de 283, d'autres tribus ont été créées au fur et à mesure de la conquête romaine.

Nous en connaissons les dates d'établissement.

283. 21 - Clustumina.

365 ou 367. 22 - Stellatina.

23 : Tromentina.

24 : Sabatina.

25 : Arnensis. 396

26 : Pomptina.

27 : Poplilia - 422

28 : Maecia.

29 : Scaptia - 436

30 : Oufentina.

31 : Falerna - 454

32 : Anionsis.

33 : Teretina - 513

34 : Velina.

35 : Quirina.

Ces nouvelles tribus ont toutes des noms d'origine locale, soit des cours d'eau ou des lacs, soit des noms de lieux ruraux ou de villes disparues, comme Clustumina, Pomptina, ou Scaptia. Aucune n'a de nom

de famille, aucune ne porte le nom de ville existante.

A partir de 513, il ne fut plus créé d'autre tribu nouvelle. Les Romains en restèrent au chiffre de 35. Ce n'est pas que la conquête romaine s'arrête. Au contraire, le grand moment de la conquête est le VIème siècle de Rome. Toute l'Italie, après ce VIème siècle, est conquise par Rome, mais le régime des terres et des citoyens nouvellement conquis a changé. La terre, qui est organisée en propriété romaine, est inscrite artificiellement dans l'une des 35 tribus déjà existantes. Même les nouveaux citoyens sont inscrits au point de vue électoral dans l'une de ces 35 tribus sans que l'on tienne compte de leur lieu de résidence.

Quelle est la signification de la création d'une tribu ? La création d'une tribu, l'admission d'un territoire dans le cadre des tribus, est liée à l'établissement de la propriété romaine sur ce sol. Il devient sujet du dominium ex jure Quiritium, de la propriété privée. Vous savez qu'après la conquête d'un peuple vaincu, tout son territoire devient propriété de l'Etat. Après une période de pacification, d'assimilation plus ou moins longue, ce territoire est organisé. Nous parlons ainsi pour la première conquête, la conquête du Latium et des peuples voisins. Le territoire de la cité pacifiée est intégré dans la cité romaine. Les habitants deviennent citoyens, la terre devient sol main. Cette transformation est marquée par ce fait que le nouveau territoire est compris dans les tribus, et il est délimité par les "agrimensores" ou arpenteur public. Les "agrimensores" viennent poser les bornes des champs, qui deviennent des "agri privati", "agri limitati". Ce sont ces champs ainsi limités qui font seule partie du sol des tribus. A côté des agri limitati se trouvent d'autres terres, dont le propriétaire est toujours l'Etat : ce sont des "agri publici". L'Etat permet à des citoyens de les occuper, ou bien il laisse usurper cette occupation par eux. Ce sont les "agri occupatorii" qui ne sont pas objets de propriété romaine.

Par conséquent, cette règle de droit public, qui établit une liaison étroite entre les tribus et la propriété d'une part, et ce fait, d'autre part, que les seize plus anciennes tribus rustiques portent des noms de gentes, nous conduisent à cette conclusion : la création des tribus rustiques est une création de l'Etat. Cette création coïncide avec la disparition de la propriété collective des gentes, et les tribus en ont pris la place. Elles en gardent le nom. L'établissement de la propriété privée s'est fait par le partage des terres des gentes. Le nom de celles-ci a d'ailleurs été

La tribu a remplacé la gens.

Le partage des terres des gentes.

conservé, et le "pagus", le canton habité par la gens, est devenu la tribu. Nous ne savons pas d'ailleurs comment s'est opérée cette transformation. Les érudits romains, Denys d'Halicarnasse et Varron, ne nous le disent pas. Ils savaient pourtant qu'au moment où Servius a divisé la ville en quatre tribus urbaines, le sol de la campagne était divisé en "regiones", ou "pagi". On voit donc que la division en tribus urbaines et en tribus rustiques ne leur paraît pas être une division de même nature. Mais on ne sait comment ils se représentaient la transformation des "pagi" en tribus. Ces tribus, qui proviennent certainement des "pagi" des "gentes", ont pu d'ailleurs grouper plusieurs pagi sous une seule dénomination. On leur a donné le nom de la gens qui était peut-être la plus puissante, celle dont les terres étaient plus nombreuses.

L'indice tiré de ces noms est confirmé par une tradition, que nous avons déjà indiquée : la tradition de l'établissement de la gens Claudia, sur un territoire au-delà de l'Anio, d'où est sortie la tribu "Claudia".

Le passage de la gens à la tribu est pleinement réalisé à l'époque des XII Tables. Ce partage des terres des gentes a été une transformation qui n'a pas dû se faire sans luttes, car la disparition de la propriété gentilice fait disparaître la puissance des gentes. Il y a eu des luttes, qui n'ont pas été sans doute sans quelque analogie avec celles qui ont accompagné les lois agraires de la fin de la République. De ces luttes, les historiens ont perdu jusqu'au souvenir. Cette transformation paraît être un fait accompli à l'époque des XII Tables en 305 de R.F. Et même si nous nous tenons aux dates traditionnelles en 259, ou plus exactement en 283. Cette transformation est faite à l'époque des XII Tables, car pour les XII Tables le "fundus" est objet de propriété privée. En effet l'usucaption ne s'applique pas seulement à l'heredium, mais au fundus d'après les XII Tables.

5° - Disparition des gentes.

La cité, dans son organisation primitive, était donc la fédération des gentes, qui ont gardé une grande partie de leur autonomie. Cette époque dans le cadre historique ou légendaire de l'histoire de Rome peut se placer à l'époque des premiers rois.

Les quatre premiers rois de Rome sont : Romulus, le fondateur supposé de la cité ; Numa Pompilius, fondateur supposé de la religion ; Tullus Hostilius et Ancus Martius, qui paraissent être des doublets de Romulus.

Leur histoire est entièrement légendaire. Avec les trois derniers rois de Rome, au contraire, les légendes ont un fondement historique. Ces trois der-

La domination étrusque.

niers rois sont d'origine étrusque : Tarquin l'Ancien Servius Tullius, et Tarquin le Superbe.

D'après les historiens modernes, cette légende des rois d'origine étrusque cache une conquête de Rome par l'Etrurie. Le peuple des gentes est asservi au peuple voisin. L'Etrurie est une grande puissance, qui s'étendait des deux côtés du Latium : L'Etrurie, au Nord, la Campanie, au Sud. Il est, en effet, bien remarquable que les rites de la fondation des villes, suivis par la suite par les Romains, lorsqu'ils fondent une colonie, lorsqu'ils fondent une ville nouvelle, sont des rites étrusques. La religion de la cité et le droit public font beaucoup d'emprunts à la religion étrusque. Notamment la prise d'auspices, qui est un des points les plus importants de la religion romaine, l'observation des signes favorables donnés par les dieux, par lesquels tout acte public doit commencer, sont des traditions étrusques.

Quant à Tarquin, la tradition le fait originai-
re de la ville étrusque de Tarquinies. Dans la tradi-
tion romaine, Servius Tullius est le gendre de Tarquin.
Mais dans la tradition étrusque, qui est plus vrai-
semblable, c'est un chef de bandes, du nom de Mastarna,
qui après s'être emparé du Coelius, colline voi-
sine de celle du Palatin et du Quirinal, succède au
premier Tarquin. Tarquin le Superbe est considéré par
les Romains comme un tyran, car il aurait régné "ne-
que jussu populi neque auctoribus patribus". La domi-
nation étrusque paraît avoir duré un siècle environ:
de 138 de R.F. à 244, la mort de Tarquin.

Les rois étrusques renforcent l'organisation de
la cité, en même temps que le pouvoir royal, et par
conséquent c'est d'eux que date la décadence des gen-
tes. La chute de la domination étrusque est attribuée
par les Romains à une révolution de Rome contre Tar-
quin. En réalité elle a été surtout provoquée par la
ruine de l'Empire étrusque, qui succombe notamment de-
vant les attaques des Grecs. Battus à Cumæ, les Etrus-
ques doivent abandonner la Campanie, et la révolte
latine leur fait perdre le Latium.

La fondation de la République est donc due à une
révolte du peuple des gentes contre les rois étrus-
ques. Leur révolte est soutenue et renforcée par
l'aide de gentes Sabines, qui descendent de leurs mon-
tagnes vers le Latium. Les charges de l'Etat, en ef-
fet, les fastes consulaires nous le montrent, sont
tenues immédiatement après la chute des rois par des
membres de gentes Sabines, par les Valerii, Claudi, Postumii et Lucretii. Ces gentes se partagent les con-
sulats et les grandes charges de l'Etat avec les gen-
tes latines ou Albaines : les Emilii, Horatii et Ju-

Ruine de l'Em-
pire Etrusque.
Fin de la domi-
nation étrus-
que.

lui. Pendant plus de cent ans; ce sont ces noms-ci qui apparaissent tour à tour dans les fastes consulaires. Mais cette réaction patricienne ne peut restaurer complètement l'ancien état de choses. Dans la cité définitivement fondée, et dont les institutions sont fortifiées, arrive un nouvel élément: les plébéiens

Lutte des plébéiens contre les patriciens.

Les plébéiens luttent avec les patriciens pour obtenir l'égalité de droit. Dans cette lutte l'interposition des gentes indépendantes et de ses chefs entre l'Etat et les familles est condamnée à disparaître. Dans cette période s'achève donc la décadence de la gens comme organisation politique. Elle en arrive à une disparition complète. Le pouvoir des gentes disparaît sans laisser de trace. Les historiens romains n'en ont même plus conservé le souvenir, et il ne reste plus dans les institutions que des traces très peu nombreuses, dont on ne connaît plus à Rome la signification originale.

Conséquences de la disparition des gentes.

Des coutumes gentilices, dont la naissance et l'autorité résultent de la manière de vivre des gentes, quelques unes vont disparaître. Ce sont celles dont l'existence est basée sur l'autorité de la gens. D'autres se transforment et se concentrent dans la famille au sens strict du mot. Le paterfamilias en particulier voit son autorité renforcée. Puis la cité s'en occupe et à son tour les admet dans le droit civil transformé. Nous allons essayer dans le chapitre suivant de déterminer les coutumes gentilices du mariage. Nous les trouverons dans les cérémonies religieuses nuptiales.

Chapitre II.

MARIAGE CUM MANU- MARIAGE SINE MANU -

PLACE DE LA FEMME DANS LA FAMILLE.

Nous venons de voir que la famille romaine est une famille du type patricial, dans laquelle l'autorité est concentrée entre les mains du père de famille. Dans les familles de ce type la condition des filles, la condition des femmes, en principe, est très inférieure à celle de l'homme, car la femme ne peut avoir l'autorité. Aussi d'habitude les femmes sont en sujexion perpétuelle et ne participent pas aux biens. La femme ne prend pas d'habitude sa part dans les biens de la famille. En Grèce, la fille ne succède aux biens

Situation de la femme en droit comparé ancien.

du père que si elle n'a pas de frère. La présence d'un frère l'exclut de la succession. La fille est dite "epiclère", lorsqu'elle n'a pas de frères. Dans ce cas alors elle touche la succession de son père. À égalité de degré les femmes sont donc exclues. Chez les Chinois les femmes sont complètement exclues de la succession. Chez les Germains elles sont admises au partage des biens meubles, mais elles sont exclues du partage de la terre. Enfin chez les Hébreux, chez les Hindous, chez les Musulmans, la femme est complètement exclue de la succession de son père.

Condition privilégiée de la femme romaine.

Tutelle perpétuelle des femmes.

Comment se justifie la tutelle perpétuelle des femmes.

Si nous comparons cette situation générale des droits de la femme avec la situation de la femme romaine, nous trouvons que cette dernière a une condition privilégiée. Dans la famille, en qualité de fille de famille, elle a évidemment les mêmes droits de succession que ses frères. Quand le père meurt, elle a l'avantage considérable de participer pour une part égale avec ses frères à la succession du père. Elle est appelée à égalité dans cette succession. Ceci dénote un état très avancé de civilisation. Mais il subsiste des traces très importantes de son infériorité primitive. Elle ne peut pas gérer elle-même ses biens. La femme sui juris, qui est par conséquent celle qui n'a ni père, ni époux cum manu, est placée en perpétuelle tutelle, quel que soit son âge. Elle est sous la tutelle de ses parents les plus proches mâles, qui sont en même temps ses héritiers. Si elle n'a pas d'agnats, elle est sous la tutelle de ses gentilles. Cette tutelle des mâles de sa famille est établie dans l'intérêt de la famille pour conserver les biens patrimoniaux, et non pas pour subvenir à la faiblesse, à l'incapacité naturelle de la femme. Quelques auteurs classiques disent le contraire mais ils ont perdu jusqu'au souvenir des origines. Cicéron, en effet, nous dit, Pro Morena, XII, que la femme est mise en tutelle perpétuelle, "propter infirmitatem consilii", à cause de sa faiblesse de jugement. Ulprien, Regulæ, II, I. "Propter sexus infirmitatem et propter rerum forensium ignorantiam", à cause de l'infirmité du sexe, et à cause de son ignorance des affaires civiles. Il n'y a aucune bonne raison à cette tutelle pour les femmes ayant l'âge requis. Mais les tutelles légitimes des patrons et des parents ont cette efficacité d'empêcher que l'héritage ne leur soit enlevé malgré eux par un testament ou soit appauvri par des aliénations. La femme en tutelle ne peut aliéner ses biens, ne peut s'engager sans le consentement de ses tuteurs. Par suite pour se marier, aussi bien dans un mariage cum manu que sine manu, la femme a besoin du consentement de ses tuteurs.

Existence de la monogamie en droit romain.

Une autre supériorité de la civilisation romaine est que le mariage est monogame. Aussi loin que l'on remonte, les Romains paraissent toujours avoir pratiqué la monogamie. Or la famille patriarcale a d'habitude pour conséquence la polygamie. Les patriarches de la Bible sont polygames, les Grecs connaissent une polygamie à peine masquée, et la femme légitime est très peu séparée en Grèce de la concubine. Quant aux enfants, naturels et légitimes, il n'y a guère de différence : ils sont tous appelés à la succession.

Le connubium.

Par contre, le trait caractéristique de la société romaine, le "connubium", marque une différence profonde entre cette société et les sociétés modernes. Le principe des droits modernes, c'est la liberté des mariages, pourvu que deux personnes soient de sexe différent, et aient l'âge requis, le mariage est possible entre elles, sans avoir égard aux différences de condition et de nationalité. Au contraire, dans le droit romain, les citoyens forment une série de castes fermées où le mariage, le "matrimonium legitimum" n'est permis que dans l'intérieur de la caste. Nous allons faire une revue rapide de ces différents groupes, hors desquels le mariage n'est pas possible.

I^o - Le connubium n'existe probablement dans les débuts de la civilisation romaine qu'entre membres de la même gens. Il est assez vraisemblable que le mariage fût interdit entre membres de deux gentes différentes, à l'époque où les gentes formaient de petites nations indépendantes et habitant des territoires séparés. A un stade de leur vie, les Romains paraissent donc avoir connu l'impossibilité de se marier en dehors de la gens. Ceci semble résulter de quelques traces relevées par Mommsen, Droit public, VI, p. 21. Tacite nous dit en effet, 39, I9, 5. que la conjuration des Bacchanales avait été dénoncée par une affranchie sui juris, Fecennia Hispala, en 566. Elle fut récompensée par le Sénat, et entre autres récompenses le Sénat lui accorda la gentis enuptio, la dispense d'obéissance à la loi, qui l'obligeait à se marier dans la gens. Par conséquent pour se marier hors de la gens la permission des tuteurs ne suffisait pas, semble-t-il, à Fecennia Hispala. Elle avait encore besoin d'une loi la dispensant d'obéir aux autres. Il en reste encore un usage en vigueur sous la République : c'est la coutume d'un père de famille, membre d'une gens, de choisir son gendre dans sa gens. Saint Augustin, De civitate Dei, I5, I6, "Fuit autem antiquis patribus religiosae curae ne ipsa propinquitas se paullatim longius abiret", c'était chez les anciens patriciens un soin religieux pour que la parenté ne s'éloignât pas trop peu à peu. On cite à cette époque com-

Interdiction du connubium entre membres de gentes différentes.

me une exception la fille qui se marie hors de la gens où elle est née. On dit "enubit", on dit d'elle qu'elle se marie hors de sa gens, tandis qu'au contraire il est strictement défendu de se marier entre membres d'une famille vivant sous l'autorité d'un chef unique. Ce sont des noces néfastes, ce sont des incestes. Gaius, 59, 64.

Inexistence du mariage entre personnes de condition sociale différente.

Ce qui est beaucoup mieux prouvé que cette trace en somme légère, c'est l'inexistence du connubium entre gentiles et clients dans la même gens, car subsiste à l'époque historique l'interdiction de mariage entre le patron et ses clients, entre le patron et les affranchis, entre les ingénus et les affranchis. Cette interdiction dura pendant toute la République. Elle fut modifiée en 736 de R.F. par la première loi matrimoniale d'Auguste, lex Julia de maritandis ordinibus. Cette défense fut remplacée par l'interdiction à la classe sénatoriale d'épouser des femmes de moeurs ou de professions honteuses.

De très bonne heure le connubium existe entre tous les citoyens, tous les cives pleno jure, c'est-à-dire entre les patriciens. Il existe même avec les latins, qui sont liés par un traité avec Rome, traité prévoyant la possibilité des mariages.

Nous voyons s'élever une nouvelle barrière : l'interdiction du mariage entre patriciens et plébéiens. Nous savons que les plébéiens formaient cet élément nouveau du peuple romain, qui n'avait pas encore acquis le droit de cité à l'époque royale. Sous les derniers rois Etrusques leur situation s'améliore. Les rois Etrusques apparaissent comme ayant favorisé spécialement la plèbe. Lors de l'organisation de Servius Tullius du peuple en centuriae pour l'assujettir au service militaire, les plébéiens sont admis dans les centuriae. Sous la République, les XII Tables leur donnent l'égalité du droit civil. Ils n'ont pas encore le connubium avec les citoyens, mais ils l'acquièrent peu après par la loi Canuleia en 305.

La loi Canuleia.

Interdiction du mariage entre citoyens et pérégrins.

Nous trouvons alors une dernière barrière : l'interdiction du mariage entre citoyens et pérégrins. Les pérégrins forment la classe des sujets de Rome, qui devinrent de plus en plus nombreux avec la conquête du monde, beaucoup plus nombreux même dans l'intérieur de l'Empire que les citoyens. Il n'y a pas de connubium entre Romains et pérégrins. Le pérégrin suit la loi de sa nation ou de sa cité, et suivant ce droit il est possible de trouver dans l'intérieur de l'Empire romain et dans la même province, de ville à ville, l'interdiction de se marier entre membres de cités voisines, car ils peuvent ne pas avoir le connubium les uns avec les autres. L'Edit de Caracalla donne le

droit de cité à tous les habitants de l'Empire.

Il est bien entendu que jamais il n'y eut, même jusqu'à la fin de l'Empire romain, de possibilité pour un citoyen d'épouser un esclave. Il n'y a pas de conubium entre citoyens et esclaves.

La conséquence directe de ces interdictions de mariage est la formation de cloisons étanches entre les différentes classes de l'Empire, et a pour résultat la fréquence des concubinats, ainsi que l'existence de nombreux enfants naturels. Il faut dire d'ailleurs qu'il n'y avait dans l'Empire romain aucun préjugé défavorable contre les concubines et les enfants naturels. La classification en enfants naturels et légitimes est une classification sociale, qui n'a pas de rapport avec la loi morale. Ce sont les idées chrétiennes, les idées religieuses, qui amènent un changement dans ces conceptions.

Quoi qu'il en soit, entre personnes de sexe différent ayant le conubium, le mariage est nécessaire pour fonder une famille : c'est la façon de rattacher les enfants à la famille du père par des liens de filiation légitime. Ce mariage, c'est le "matrimonium legitimum" ou le "matrimonium justum", ou encore les "justae nuptiae". Mais le mariage n'est pas une institution simple dans le droit romain. Il est composé d'usages divers, et même contradictoires. Vous savez, en effet, que les Romains connaissent deux sortes de mariages : le mariage cum manu et le mariage sine manu. Le mariage cum manu est caractérisé par ce fait que la femme est placée sous l'autorité du chef de la famille de son mari, c'est-à-dire sous l'autorité du mari lui-même, soit du père du mari. L'effet du mariage est de produire une *capitis deminutio*, un changement du *status familiae* dans la personne de la femme. Avant le mariage elle était, ou *sui juris* si son père était mort, ou *in potestate* du père. Après le mariage, elle est toujours *alieni juris*. Elle a changé de famille et de *potestas*, mais elle est tombée sous l'autorité du *paterfamilias* de son mari. Cette modification forcée de sa capacité et de ses droits retentit sur son patrimoine. Mais à côté de ce mariage, les Romains connaissent une deuxième espèce extrêmement différente : le mariage libre, le mariage sine manu.

La femme ne change pas de condition juridique. Si elle était *sui juris*, elle le reste, et elle garde ses biens, sous la tutelle de ses agnats. Si elle est *alieni juris*, elle reste sous la *patria potestas* de son père. Elle est prêtée en quelque sorte par sa famille originale à son mari, tout en restant dans cette famille originale. Ce n'est pas qu'elle soit une simple compagne de fait, une concubine, c'est une

Conséquences
des interdic-
tions de ma-
riage.

Les deux sor-
tes de mariage.
Mariage cum
manu.

Mariage sine
manu.

uxor, c'est une épouse légitime. Au point de vue religieux; nous verrons qu'elle a sa place dans la famille du mari, qu'elle participe au culte de sa famille. Au point de vue social, au point de vue des moeurs, elle a aussi la situation d'une épouse, mais sa condition juridique reste inchangée. Au point de vue du droit civil, elle reste dans sa famille originaire. Elle n'entre pas dans la famille civile du mari, elle n'est pas soumise à sa potestas.

Cette dualité de formes du mariage pose un problème, qui est parmi les problèmes les plus irritants du droit romain. Car en effet cette rupture complète de l'unité de la famille n'a jamais pu être expliquée d'une façon suffisamment décisive par les historiens modernes. Dans l'opinion générale, on voit dans le mariage cum manu le plus ancien des mariages romains, le seul existant dans le droit primitif. Le mariage sine manu serait un mariage plus moderne, contraire aux principes anciens et il aurait été une brèche apportée à ce système, une brèche qui aurait été la première et en même temps la plus importante à l'unité de la famille sous l'autorité du père. Mais cette conception est une supposition logique et moderne, sans aucun support dans les textes. Nulle part nous ne voyons que le mariage sine manu est apparu à un moment quelconque comme une innovation dans le droit, comme une nouveauté révolutionnaire ayant provoqué des difficultés. Nulle part le mariage sine manu n'est opposé au mariage cum manu, et envisagé comme ayant apporté quelque chose de nouveau.

D'autre part, cette nouveauté, si elle en était une, aurait été elle-même très ancienne, car le mariage sine manu est connu des XII Tables, par conséquent déjà du droit primitif. La dualité des deux mariages reste donc inexpliquée.

D'autre part, le mariage cum manu lui-même n'est pas une institution simple. Il y a trois modes de le contracter : la confarreatio, la coemptio et l'usus. Ces trois modes posent donc un deuxième problème : Dans quels rapports sont-ils entre eux, quelle est leur signification historique ? Leur origine ? Quelles sont de ces formes du mariage celles qui sont les plus anciennes ?

Ici encore l'opinion commune cherche une explication dans la relative ancienneté de chacune de ces formes et dans les circonstances historiques de leur admission. L'opinion commune est que la confarreatio est le mode le plus ancien, parce qu'il est le plus romain. C'est un mode réservé aux patriciens, et c'est un mariage religieux. Tandis que la coemptio et l'usus sont des mariages civils. Ce sont ces derniers

Controverse
sur la date
d'apparition
des deux for-
mes de maria-
ge.

Les trois mo-
des de contrac-
ter un mariage
cum manu.

Hypothèses sur
les formes les
plus anciennes
du mariage cum
manu.

seulement qui sont ouverts aux plébéiens, et qui auraient été inventés quand ils eurent le connubium avec les citoyens. La coemptio et l'usus seraient donc des formes plus nouvelles que la confarreatio. Ici encore nous pouvons faire la même critique générale. Ce sont des hypothèses purement logiques, sans aucun soutien dans les textes. Si la confarreatio apparaît dans les historiens, notamment chez Denys d'Halicarnasse, comme étant le mariage patricien, la coemptio n'est nulle part indiquée comme étant le mariage plébien.

Peut-être sera-t-il possible d'apporter à ce problème quelque élément nouveau, en abandonnant le terrain purement juridique, qui est insuffisant pour résoudre la question, et en cherchant un supplément d'information dans le droit religieux des Romains. Nous verrons que ce droit religieux procure quelques données, qui sont plus conformes au droit comparé et aux données de la sociologie.

Le mariage en effet, pour le Romain primitif est un acte essentiellement religieux, qui est entouré de cérémonies religieuses, comme d'ailleurs chez nous et pour les mêmes motifs. Nous allons donc commencer l'étude du mariage par l'étude des cérémonies religieuses qui l'entourent.

I^e - Cérémonies religieuses du mariage.

Les cérémonies sont décrites par plusieurs historiens, notamment Rosbach, Römische, Stuttgart, 1853, (C'est toujours le livre fondamental sur la question) : Marquardt, Vie privée des Romains, I, P. 35 et s.. Tome XIV du Manuel des Antiquités Romaines de Mommsen et Marquardt, Daremburg et Saglio; Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines, au mot mariage; Madeleine Rage-Brocart, "la Deductio in domum mariti", thèse de Paris 1933.

Ces cérémonies sont décrites par de très nombreux écrivains romains, des historiens et des archéologues comme Festus, Servius, le commentateur de Virgile, Varro, Plutarque, Pline et Aulu-Gelle. Elles sont également décrites par des poètes : Catulle, Juvénal et Martial. Enfin nous trouvons de nombreux détails dans les Pères de l'Eglise, qui condamnent ces usages: Saint Augustin, Arnobe et Tertullien. Tous ces auteurs nous donnent de nombreux détails de ces cérémonies religieuses. Mais nous n'avons aucune description d'ensemble qui nous permette de voir d'une manière sûre quelle était la suite des cérémonies nombreuses et compliquées, dont l'ensemble formait la fête nuptiale. C'est donc par hypothèse que les modernes ont reconstruit cet ensemble, et nous ne savons pas toujours

Les cérémonies religieuses sont imposées par le droit religieux.

bien pour chaque détail à quel moment il prend sa place dans la cérémonie. L'importance dans la vie romaine de ces cérémonies est donc marquée en premier lieu par le grand nombre d'auteurs qui en parlent. Comme chez nous, et pour la même raison, elles ne sont pas indispensables dans le droit classique pour la conclusion du mariage. Le mariage est valable sans elles, mais elles sont imposées par le droit religieux, et cette nécessité est d'autant plus impérative que nous remontons plus haut dans l'histoire des Romains. Servius, Ad Aeneidem, 336 : "Apud veteres, neque uxori duci neque ager arari sine sacrificiis peractis poterat", chez les anciens l'épouse ne pouvait pas être épousée, le champ ne pouvait pas être cultivé, sans que l'on accomplisse des sacrifices.

Nous n'entrerons pas dans le détail de ces cérémonies, mais nous avons un but plus précis, qui sera de déterminer les dieux qui étaient invoqués pendant l'accomplissement de ces rites, les dieux qui sont les protecteurs du mariage. Cette détermination des dieux nous permettra de reconnaître la période pendant laquelle ces rites ont été fixés. Ils ont en effet survécu tels quels, malgré la transformation de la religion et des croyances.

Les cérémonies du mariage durent tout un jour, depuis le matin jusqu'au soir, et composent ainsi une fête familiale et une fête religieuse, avec des rite minutieux et compliqués. La veille de son mariage, la fiancée a quitté ses habits de jeune fille, la *pretextata*. Tous les documents que nous possédons sur cette description du mariage se rapportent au mariage de la jeune fille, et laissent dans l'ombre le mariage de la veuve. La jeune fille consacre sa peau et ses jouets à ses dieux domestiques, et elle revêt le costume de mariée, la *tunica recta*, tunique tissée d'une certaine façon à l'ancienne mode et la résille rouge qui enferme ses cheveux. Le matin, elle prend le voile de mariée, le "flammeum", qui est un voile rouge. De très bonne heure la cérémonie commence. Elle peut se diviser en trois actes :

- 1°- La remise de l'épouse à l'époux dans la maison paternelle.
- 2°- La conduite de l'épouse dans la maison de son mari: la *deductio in domum mariti*.
- 3°- La réception de la femme dans cette demeure

I^e - Remise de l'épouse à l'époux.

Dès le matin sont pris les auspices pour savoir si les dieux sont favorables ou non au mariage et permettront de l'entreprendre. Ces auspices se prennent par l'observation du vol des oiseaux, plus tard par l'observation des entrailles des victimes. Ces auspices sont les cérémonies religieuses par lesquelles commence obligatoirement tout acte important de la vie romaine, aussi bien de la vie privée que de la vie publique, aussi bien du mariage que de la réunion des comices. Servius Ad Aeneidem, 4,3,46. "Nihil nisi captatis faciebant auguriis et praecipue nuptias", les Romains ne faisaient rien sans avoir pris les auspices, et principalement ne faisaient pas les noces. Cette consultation comporte un sacrifice, probablement d'une brebis. Lorsque les hôtes sont réunis, les auspices viennent annoncer le résultat de la consultation. C'est à ce moment que les auteurs placent la conclusion des actes civils du mariage, le contrat de mariage pour l'établissement de la dot, l'instrumentum dotale, et la conclusion du mariage par la confarreatio, et aussi, quoique les textes ne le disent pas, par la coemptio. C'est à ce moment que doit se prononcer la formule traditionnelle : *Quando Gaius ibi, ego Gaia, quand tu seras Gaius, je serai Gaia.* Quelques auteurs placent cette formule plutôt à l'arrivée de l'épouse devant la maison de son mari. C'est encore à ce moment que se place la cérémonie de la "dextrarum junctio", qui symbolise le consentement à l'union. Une femme mariée, la "pronuba", qui est une sorte de maîtresse des cérémonies conduit l'un vers l'autre les deux époux. Ils se donnent la main, "dextras jungunt", puis il se fait un sacrifice que les auteurs décrivent d'habitude en fonction de la confarreatio, et ceci par une hypothèse qui ne me paraît pas justifiée, car si l'oblation du pain d'épeautre est lié formellement par Gaius, (I,12) à la confarreatio, les autres cérémonies décrites par les auteurs anciens, c'est pure hypothèse que les historiens modernes les joignent à la confarreatio. Ils les joignent à la confarreatio à cause de ce préjugé que la confarreatio est la forme la plus ancienne du mariage et la seule forme religieuse. Nous verrons ce qu'il faut en penser.

Les autres sacrifices, autres que le pain d'épeautre, sont le sacrifice, d'après les bas-reliefs qui nous ont conservé différentes cérémonies du mariage, d'un bœuf, et aussi le sacrifice d'un porc. Varro de *Rebus*, dit (4,9) "Nuptiarum initio antiqui reges

Cérémonies accompagnant la remise de l'épouse à l'époux.

Les sacrifices.

Les divinités
du mariage.

in Etruria in conjunctione nuptiali nova nupta et novus maritus, primum porcum immolant, primi quoque Latini etiam Graeci in Italiam idem factitasse videntur", au début des noces les anciens rois et les Héros en Etrurie dans l'union nuptiale, la nouvelle épouse et le nouveau mari immolent d'abord un porc, et aussi les anciens Latins et de même les Grecs en Italie paraissent en avoir fait autant. Ces sacrifices sont faits par les époux eux-mêmes, et ils récitent des prières, qui montrent à quelle divinité ils les adressent. Ils s'adressent à Junon, Servius Ad Aeneidem, 4, 58. "Junoni cui curae sunt nuptiae, 59, an Varron pronubam dicit", ils s'adressent à Junon, à qui sont confiées les noces ; Varro dit qu'elle est une pronuba. Mais en dehors de Junon, dont la présence ici sera expliquée plus loin, c'est aux divinités champêtres, aux divinités agraires que s'adressent ces sacrifices. La première de toutes, c'est "Tellus" la terre. Servius, 4, I66. "Quidam sane Tellurem praesesse nuptiis tradunt, nam et in auspiciis nuptiarum vocatur cui etiam virgines, vel cum ire ad domum mariti cœpernit, vel jam ibi positae diversis nominibus vel ritu sacrificant", quelques uns rapportent que la Terre préside aux noces, car elle est nommée dans les auspices, c'est à elle aussi que les vierges, soit quand elles se préparent à aller dans la maison de leur mari, soit quand elles y sont arrivées,牺牲ent sous des noms divers et sous des rites variés.

Ces sacrifices sont aussi adressés à deux petits dieux champêtres : Picumnus et Pilumnus. Nonius, p. 528. Pilumnus et Picumnus dii praesides auspiciis conjugalibus dicuntur. Le nom de Pilumnus vient de Pilum. Ce dieu est symbolisé par le pilon qui moud le grain. C'est un des Dii indigetes qui président aux travaux agricoles. Quant à Picumnus, c'est un dieu indigète du même genre, mais de sens plus incertain, et il a été identifié quelquefois à Mars, Mars Picumnus. Ce sont des dieux agricoles.

Après le sacrifice, se placent les félicitations aux nouveaux mariés, qui se font selon la formule rituelle : feliciter. Puis vient la "cena", le banquet de noces, qui en général est fait dans la maison du père de l'épouse. La fête dure toute la journée. Ce n'est qu'à la tombée de la nuit que commence le deuxième acte.

2°- *Deductio in domum mariti.*

Le cortège nuptial.

Les convives se lèvent. On feint d'arracher la vierge des bras de sa mère par allusion, disent les Romains, à l'ancienne coutume du rapt. Le cortège se forme. Il est précédé de joueurs de flûte, de porteurs de torches. Le cortège sort de la maison du père. Il est entouré de la foule des gens qui s'intéressent au mariage. Notamment le cortège est poursuivi par les petits enfants qui demandent qu'on leur jette des noix. Les invités comme le public, chantent des chants fescennins. Festus, fescennini versus qui canebantur in nuptiis⁷, les vers fescennins qui étaient chantés dans les noces, ce sont des vers libres et qui sont les témoins les plus anciens que nous ayons de la littérature romaine. Ils sont libres aussi dans un autre sens. Je veux dire au sens moral. Ce sont en effet des chants phalliques de paroles très indécentes et très précises. Saint Cyprien et les Pères de l'Eglise, d'une façon générale, sont choqués par l'indécence de ces chants et de ces cérémonies. Les assistants poussent encore un cri, dont la signification n'est pas précise : Thalasse. L'épouse est entourée de trois jeunes garçons, les pueri matrimi et patrimi, qui sont des enfants qui doivent être des fils nés de mariage légitime dont les parents sont encore vivants. L'un deux conduit et soutient l'épouse, un autre porte le flambeau nuptial. Ce flambeau nuptial est un rameau d'aubépine, arbre consacré à Cérès. Festus, "Patrimi et matrimi pueri praetextati tres nubentem deducunt : unus qui fascem praefert, ex spina alba, quia noctu nubebant, duo qui tenent nubentem. Trois enfants patrimi et matrimi, revêtus de la prétexte, conduisent la mariée, l'un qui porte le flambeau, fait d'aubépine, parce qu'on se mariait la nuit, deux qui tiennent la mariée. Festus : "Fascem in nuptiis in honorem Cereris praeferebant". On portait le flambeau dans les noces en l'honneur de Cérès. Le cortège, qui conduit les époux est donc placé sous le vocable de Cérès.

3°- Réception de l'épouse.

Le cortège arrive à la porte de la maison du mari. L'épouse oint de graisse et d'huile le montant de la porte et l'entoure de bandelettes de laine. On l'introduit dans la maison de son mari en la soulevant au-dessus du seuil, soit comme souvenir du rapt, comme l'enlèvement des bras de sa mère, soit seulement

Cérémonies accompagnant la réception de l'épouse.

pour éviter qu'elle ne trébuche sur le seuil, et que par là elle commence sa vie de mariée par un mauvais présage. Ces deux explications sont données par les anciens. Le mari la reçpit dans l'atrium de sa maison. Il lui communique l'eau et le feu. Cette communication de l'eau et du feu est le symbole de la vie commune avec le mari, et le symbole de la communauté de culte. Digeste, 24, I, 66. "Igni et aqua accipere novam nuptam". C'est la formule technique. On accepte la nouvelle épouse par l'eau et par le feu.

Dans l'atrium la pronuba a préparé le lectus genialis, un lit dressé en l'honneur du genius de la famille. C'est là que la femme prie les dieux de la maison de bénir son union. Elle prierà le lar familiaris, seigneur ou fondateur de la famille, qui est devenu le génie de la maison.

Le lendemain de ses noces, elle reçoit ses parents et elle présente aux dieux de la maison sa première oblation. Elle fait son premier sacrifice sur l'autel des ancêtres.

Nous terminerons par l'indication d'un rite qui est décrit par Varron et que les auteurs ne s'expliquent pas.

Varron dit que les épouses, d'après une vieille loi romaine, venant vers leurs maris, avaient coutume de porter trois as: l'un qu'elles tenaient à la main et qu'elles donnaient au mari comme pour l'acheter, "emendi causa", l'autre qu'elles avaient au pied et qu'elles posaient sur le foyer des lares familiers, le troisième qu'elles enfermaient dans une bourse et qu'elles faisaient sonner sur l'autel élevé au carrefour du vicus.

Dans ces deux actes de la conduite à la maison d'une part, de la réception et de l'accomplissement du mariage d'autre part, la femme est complètement placée sous la conduite et l'invocation des dii indigetes. C'est ce qui nous est dit par les Pères de l'Eglise, Saint Augustin et Tertullien notamment, qui se scandalisent et qui s'indignent de ces croyances. Les dii indigetes sont de petits dieux chargés de contrôler et de diriger tous les actes, même les plus intimes et les plus particuliers du mariage. Quand l'épouse est en route vers la maison de son époux, elle est conduite par Domidusa. Arrivée devant la maison, elle est retenue par Domitius; pour qu'elle reste avec son mari s'exerce l'industrie de Manturna. Unxia l'aide à cindre la porte de son mari. Puis il y a la série des dieux qui scandalisent les Pères de l'Eglise: Cinxia, qui fait quitter la ceinture de la jeune fille, Virginensis qui l'assiste quand elle va perdre sa virginité, Subigus pater, le dieu dont l'office est de

Le rite des trois as.

Les dii indigetes.

la placer sous l'époux, Prema Mater qui l'y maintient pour qu'elle ne se sauve pas, et enfin les deux derniers les plus obscènes : Pertunda, qui assiste le mari, virginalem sirobem effodientem, Perfica, qui donne à l'épouse les sensations agréables qui doivent accompagner l'acte nuptial.

Il y a eu encore d'autres dieux indigetes, qui ont coopéré au mariage : Deus Jugatinus ou Junojuga, le dieu qui fait les mariages, Afferenda, la déesse qui s'occupe de faire donner la dot aux parents de l'épouse, Mutunus Tutunus, dieu phallique, duquel on approche la femme, lorsqu'elle arrive dans la maison de son mari.

Importance des divinités qui coopèrent au mariage.

Nous avons vu avec quelques détails les nombreuses divinités qui coopèrent à des degrés divers aux cérémonies du mariage, parce que ces divinités sont susceptibles de nous fournir plusieurs conclusions intéressantes. D'une façon générale elles nous montrent le caractère religieux de cet acte. Mais chaque catégorie des dieux invoqués est intéressante. Ce sont d'abord ceux que nous nous attendons à voir ici, les mānes, les lares, le génie de la famille, tous les dieux du culte familial, les dieux de son ancienne famille qu'elle quitte, les dieux de la famille de son mari, auxquels elle sacrifie en arrivant et le lendemain matin. C'est la preuve qu'elle participera au culte de son mari et qu'elle va prendre sa place dans les différentes cérémonies de ce culte. Par conséquent nous voyons qu'elle participe au culte de la famille, non seulement comme on le dit quelquefois dans le mariage par confarreatio, mais même dans toutes les autres sortes de mariage, car toutes ces cérémonies qui nous sont décrites, tous ces sacrifices dont nous parlent ces auteurs, sont d'une époque où il n'y a plus de mariage par confarreatio, il n'y a plus de mariage cum manu. Les auteurs que nous venons de citer sont pour la plupart de l'époque impériale. Si donc ils décrivent des cérémonies, s'ils nous les donnent, non pas comme des souvenirs archéologiques, mais comme des cérémonies vivantes à leur époque, c'est qu'elles s'appliquent au seul mariage existant à ce moment, au mariage sine manu. Par conséquent aussi c'est que ce mariage sine manu est un mariage religieux comme l'autre, un mariage qui fait participer la femme au culte privé de son mari. Et c'est bien à lui que s'applique la définition de Modestin donnée par le Digeste au début du titre "de ritu nuptiarum, Digeste, 2.I. Modestinus, Liber I, Regularum, "Nuptias sunt conjunctio mariti et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio ", les noces sont la réunion du mari et de la femme, l'asso-

Le mariage sine manu est un mariage de caractère religieux.

ciation de toute la vie, la communauté du droit divin et humain. Modestin écrivait au IIIème siècle de l'ére chrétienne à une époque où il n'y avait plus de mariage cum manu. Il n'a pas donné, comme on le dit quelquefois, une définition archéologique, valable seulement pour le mariage cum manu, qui n'existe plus, mais il a donné une définition valable pour tous les mariages.

A côté de ces dieux de la famille, nous voyons figurer les dii indigetes. Toutes les cérémonies du mariage, du commencement à la fin, sont placées sous le signe de la croyance aux dii indigetes. D'après l'opinion acceptée par tous les historiens de la religion romaine, cette croyance fait le fond le plus ancien de la religion romaine. Ce sont les croyances les plus primitives et par où les Romains rejoignent la religion d'autres primitifs que nous connaissons. Ce sont des croyances animistes. L'animisme est conçu par eux sous une forme plus matérielle que ne l'est l'animisme grec, mais il consiste essentiellement pour les Grecs comme pour les Romains dans la personnification des différentes forces de la nature, dans la dépendance desquelles se trouvent les hommes. Pour les Romains primitifs, tous les phénomènes de la nature, tous les actes de la vie sociale publique ou privée, dans le détail le plus infini, sont dirigés, sont produits par des esprits, par des genii, par des dieux. Ces dii à la fois personnifient et animent tous ces actes. Ce sont tous les actes de la vie humaine, depuis la naissance jusqu'à la mort, ce sont tous les actes de la vie sociale : agriculture, élevage, comme les autres, sont placés sous le vocable d'esprits en nombre illimité. Ces dieux sont les dii Certi, qui sont ainsi appelés parce qu'ils ont tous un nom et une fonction déterminée. Ce sont des dieux essentiellement spécialisés. Ils sont encore appelés dii indigetes, de indigitare, designer, parce que pour leur faire bien remplir leur emploi et au besoin pour les forcer à le remplir, il faut les prier suivant un rituel minutieux. Il faut d'abord les nommer de leur nom précis avec indication de ceux des pouvoirs dont on attend le secours. Aussi les anciens Romains avaient des Indigitamenta, recueils de prières et de noms, dressés par les Pontifes, qui indiquent à qui on doit avoir recours, pourquoi on doit le faire et comment il faut que ce recours soit introduit. Le rôle important des dii indigetes dans le mariage est la première preuve de la très haute antiquité du rituel du mariage. Ce rituel a été établi et a été fixé à une époque où les croyances primitives régnait, et régnait sinon seules, du moins principalement.

L'importance des dii indigetes dans le mariage prouve que le rituel du mariage est très ancien.

Importance
des dieux
agraires,
dans le maria-
ge.

Tellus Mater.

Les dieux indigètes, les dii nuptiales conduisent les différents actes du mariage, mais le mariage est consacré d'une façon plus générale aux dieux agraires. Ceux-ci ne sont pas des dieux spéciaux aux mariages. Ils n'en sont pas moins invoqués et le mariage est placé sous leurs auspices.

Nous trouvons d'abord deux dieux indigètes de l'agriculture: Picumnus et Pilumnus, puis Tellus et Cérès. Tellus mater est une des plus anciennes divinités de la religion primitive des Romains. C'est la déesse de l'agriculture. Elle personnifie le sol conçu comme devant être cultivé, le sol producteur, c'est-à-dire la terre ouverte au germe. Elle fait elle-même partie des indigitamenta. La terre est naturellement détaillée. Tellus et Tellum sont le couple divinisé personnifiant la terre fertile. Altor Rusor, Dea Rusina, personnifient la terre cultivée dans la plaine. Deus Jugatinus, Dea Collatina, Dea Vallonia, exercent leur action sur les monts, sur les collines et sur les vallées. Mais ces figures s'éliminent assez rapidement. Reste la divinité la plus générale: Tellus Mater. Elle devient un dieu de la Cité en 268 par la fondation d'un Temple qui lui est voué par le Consul Publius Sempronius, au cours d'une campagne contre les Picentins et à la suite d'un tremblement de terre survenu pendant une bataille. A partir de ce moment, Tellus Mater reçoit un culte public, mais jamais elle ne fut d'une importance considérable dans la religion publique des Romains. Elle n'est pas comptée parmi les grands dieux de la cité, parmi les Dii Majores. Sous la République et sous l'Empire, elle est moins connue, et est souvent confondue avec une autre divinité: Terra Mater.

La deuxième divinité agricole qui est invoquée dans le mariage est Cérès. Cérès est la divinité de la végétation: "creare", "crescere". Cicéron, de natura deorum, 2.67. "Mater autem est gerendis frugibus Ceres" Cérès est mère des fruits qui doivent être produits. Nous retrouverons à plusieurs endroits de ce cours cette divinité, et nous aurons l'occasion de l'étudier davantage.

Elle a, si l'on peut dire, mieux réussi que Tellus, car elle a été admise dans le groupe des grands Dieux, des Dii Selecti, lorsque l'antique religion romaine se transforma sous l'influence des éléments grecs. Ennius dans un vers bien connu, Fragment 45, nous dit:

"Juno, Vesta, Minerva, Ceres, Diana, Venus, Mars, Mercurius, Jovis, Neptunus, Volcanus, Apollo".

Sauf Volcanus, ces XII Dieux font partie également du Panthéon romain et du Panthéon grec. Nous

Origine du
culte de
Cérès.

voyons parmi les divinités Cérès ou en grec Demeter. Elle a atteint ce rang de grand dieu d'une façon particulière. C'est seulement en 261 qu'un temple lui fut voué à Rome par le consul Spurius Cassius. Elle devint un dieu de la cité avec des *sacra publica*. Trois ans auparavant le dictateur Postumius avait consulté les livres sibyllins pour remédier à une disette et à la stérilité qui désolaient la campagne romaine, par suite des guerres. Il y trouva l'ordre d'élever un temple à Cérès Liber et Libera, mais cet ordre fut donné sous les noms grecs de ces divinités dans leur équivalent dans le Panthéon grec: Déméter, Dyonisos, et Coré. Le culte qui fut ainsi établi le fut d'après des rites grecs, sur le modèle des fêtes helléniques. Les prêtresses de Cérès étaient des prêtresses grecques prises dans l'une des villes de Naples ou de Velia. C'est donc un culte d'origine campanienne. Les *sacra* de Cérès furent toujours considérés comme des *sacra peregrina*, un culte étranger. Son temple devint le centre de la plèbe, le lieu de réunion des tribuns de la plèbe et l'endroit où ils déposèrent la caisse de la plèbe. L'origine grecque du culte public de Cérès a abusé quelques auteurs, et ils n'ont vu dans la Cérès romaine que Déméter. On a cherché aussi dans l'histoire de Déméter les raisons pour lesquelles elle pouvait être protectrice du mariage. Mais en réalité les historiens de l'histoire de la religion romaine sont d'accord pour constater que l'on a réuni dans le culte public de Déméter de très vieilles divinités essentiellement romaines, et parmi lesquelles la plus importante, Cérès, dont le nom est tout à fait romain. Car si les rites sont en général grecs, il y a des détails du culte qui sont du plus ancien fonds romain. Dans ce culte, Tellus et Cérès sont étroitement unis. Ils sont dans leurs fêtes commune invoqués ensemble, et souvent confondus par les historiens. Ovide, *Fastes*, 671: "Placentur frugum matres, Tellusque Ceresque farre suo gridae visceribus suis officium commune Geres et Terra tuentur haec praebet causam frugibus, illa locum". Les mères des fruits: Tellus et Cérès, seront rendues 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. Les fêtes de Cérès et de Tellus suivent au début et à la fin des récoltes. La fête de Cérès, les *Cerealia* sont le 19 Avril. La fête de Tellus, les *Forcitia* sont le 15 Avril. Dans ces fêtes Tellus est invoquée au même degré que Cérès. L'ancienneté de ce culte est prouvée par la présence des dieux indigènes, qui en marquent en même temps l'époque et le

caractère. Servius, *Georgiques*, I.21. "Fabius Pictor enumerat hos deos quos invocat flamen sacrum cereale faciens Telluri et Cereri, Vervactorem, Redaratorem, Imporcitorem, Insitorem, Obaratorem, Occatorem, Sarritorem, Subruncinatorem, Messorem, Convectorum, Conditorem, Promissorem". Fabius Pictor énumère ces dieux que le flamen de Cérès invoque, lorsqu'il célèbre le culte de Cérès, en invoquant Tellus et Cérès: Vervactor, c'est le dieu du premier labour donné à la friche; Redarator, le deuxième labour; Imporcitor, le dieu qui fait traverser les sillons; Incitor, celui qui fait faire les semaines; Obarator, celui qui fait les nouveaux labours; Occator, celui qui fait le herbage; Sarritor, celui qui fait le houage; Subruncinator, celui qui fait le sarclage; Messer aide à la moisson; Convector rassemble les récoltes; Conditor les rentre; et Promissor les retire des greniers.

Que le mariage ait été mis sous le vocable commun de Tellus et de Cérès, ou que Cérès ait remplacé peu à peu Tellus dans cette fonction de dieu, auquel le mariage est consacré, c'est aux dieux de l'agriculture qu'a été faite cette consécration. Les dieux agricoles sont ceux qui protègent et qui gouvernent les mariages, et c'est bien en leur qualité de dieux agricoles qu'ils y président.

Pourquoi cela ? Sans doute, parce que au moment où ces rites se forment, au début même du mariage, dans la civilisation romaine, les dieux les plus importants, ceux par lesquels la communauté arriva à une conception plus générale que les dieux indigètes, les dieux les plus sacrés et les plus invoqués étaient sans doute les dieux agraires, les dieux de la culture des champs.

Ceci nous montre que ces rites du mariage se sont formés au moment de la période pastorale de l'humanité, période à la fois du nomadisme et de l'élevage des troupeaux, et peu à peu remplacée par une civilisation agricole où les peuples se fixent d'une manière définitive sur un canton de l'univers, qu'ils cultivent, et dont ils tirent leurs principales ressources. Ce moment, c'est l'état du groupe gentilice. Si nous rapprochons cette constatation de l'hypothèse que nous avons faite dans le chapitre premier sur la propriété gentilice, -(nous avons vu, en effet, que la terre de culture n'était pas encore propriété individuelle des familles, mais était propriété commune de la gens), nous pouvons nous apercevoir pourquoi les dieux de la culture, les dieux qui président aux travaux sur les terres communes, sont ceux qui représentent l'idée la plus générale et qui représentent le mieux à cette époque l'intérêt commun. Mais il nous est

Explication du rôle des dieux agricoles.

Les rites du mariage se sont formés pendant la période pastorale de l'humanité.

Rapport entre les dieux agraires et les gentes.

de plus possible d'établir un rapport plus précis entre les dieux agraires et les gentes. Il nous sera possible de fournir une preuve directe de cette parenté.

D'abord le mariage a toujours été considéré comme faisant partie des *sacra gentilicia*, par conséquent du culte de la gens en général, et non pas des *sacra familiaria* ou des *sacra publica*. Nous savons en outre que le culte religieux public des Romains est divisé en deux parties: les *sacra popularia* et les *sacra publica*. Les *sacra popularia* sont célébrés par tout le peuple. Le peuple tout entier, patriciens et plébéiens y prend part d'une façon active. Les seconds, au contraire, les *sacra publica* sont célébrés par les prêtres et les magistrats, sans que le peuple y participe. Ce sont donc les cultes officiels, célébrés uniquement par les prêtres et les magistrats, et pour la prospérité de l'Etat. Ces *sacra publica* s'adressent aux grands dieux de la cité. Ce sont des fêtes de l'Etat proprement dites et des dieux de l'Etat, tels que Jupiter, Mars, Quirinus.

La fête de Tellus fait partie des *sacra popularia*.

La fête de Tellus appartient aux *sacra popularia*. Ce sont les *Ferdicidia* ou *Ferdicalia*, au 15 Avril. A ce moment, on offre des sacrifices à Tellus pour la demander une année fertile. Cette fête est l'une des deux fêtes principales des Curies: *Sacra curiarum*. Vous connaissez cette division du peuple romain qui est la plus ancienne, d'après laquelle le peuple des gentes est divisé en 30 curies. Cette division précède celle qui vint ensuite en *tribus*. Or, les historiens sont d'accord pour établir un rapport certain et très précis entre les curies et les gentes patriciennes. Les curies sont les plus anciennes des divisions des gentes, et les fêtes des curies sont essentiellement des fêtes des gentes.

Cette remarque augmente encore de son importance par la constatation suivante: si les dieux agraires président au mariage, par contre les grands dieux protecteurs de la cité sont absents de ces cérémonies. Plutarque est le seul des auteurs de l'antiquité qui dit le contraire. Questions romaines, 2. Pourquoi dans les noces cinq torches, pas plus, quelquefois sont-elles allumées? Parce qu'en pense que ceux qui se marient dépendent de cinq dieux: Jupiter, Junon, Vesta, Suada et Diana. Dans leurs noms grecs, puisque Plutarque est un écrivain grec: Zeus, Hera, Aphrodite, Peitho et Artémis. Mais on a déjà fait remarquer (Rosbach, p. 301, note 954) Plutarque mélangeait coutumes grecques et les coutumes romaines, et qu'il fait allusion ici aux noces grecques et non pas aux noces romaines. Ce texte est donc à écarter de nos

Les grands dieux de la Cité sont exclus des cérémonies du mariage.

Junon, protectrice des femmes et du mariage.

histoire. Il y a une seule exception apparente à cette absence des grands dieux. Nous voyons dans les noces romaines Junon figurer. Junon est avec Jupiter un des plus anciens des grands dieux connus et honorés à Rome. Junon incarne le principe féminin de la lumière céleste dont Jupiter est le principe mâle. Junon incarne la lune. Pour les Grecs et les Romains, il y avait un rapport étroit entre la lumière et l'enfancement. Junon est donc devenue la protectrice des femmes mères et par conséquent la protectrice du mariage. Mais dans ce rôle on voit qu'elle n'est pas la protectrice primitive du mariage. Les auteurs ne disent pas que c'est à elle que les sacrifices sont offerts, que c'est sous ses auspices que sont placés les mariages romains. Elle a été introduite par conséquent parmi les dii nuptiales, lorsqu'elle a été consacrée et est venue prendre la place de divinités plus humbles et plus anciennes qui sont les protectrices du mariage. Junon, en effet, pour pouvoir être introduite parmi les dieux protégeant le mariage romain, a été identifiée avec les Dii nuptiales, avec les dieux indigènes du mariage. On l'appelle dans ce rôle: Junon Pronuba, où elle prend la place de la femme qui accompagne la fiancée le jour du mariage. On appelle Junon Juga, celle qui unit, Junon Domiduca, celle qui conduit, Junon Unxia, celle qui aide à oindre d'huile la porte du mari, Junon Cinxia, celle qui dénoue la ceinture de la vierge. On voit qu'ici Junon a pris la place des dieux indigènes que nous avons déjà cités: Domiduca, Unxia, Cinxia, qui la plupart du temps sont cités par les auteurs sans qu'on accole à leur nom le nom de Junon.

On voit donc quel est son rôle. Elle a été identifiée avec les Dii Certi, spécifiques du mariage, mais elle ne figure pas d'une façon indépendante en qualité de grand dieu de la cité constituée. Tandis qu'au contraire nous avons vu que Tellus et Cérès sont des divinités agraires qui comme telles en qualité de divinités agraires, coopèrent au mariage, sans y avoir aucune fonction spéciale.

Quelles sont les conclusions que l'on peut tirer de ces explications? Nous dirons d'abord qu'elles montrent que les rites des cérémonies du mariage sont extrêmement anciens. Ils dépendent du fond le plus primitif de la religion romaine.

D'autre part, les grands dieux de la cité étant absents de ces rites, ceci montre que ces rites sont antérieurs à la fondation de la cité. Cette constatation vient rejoindre les hypothèses formulées dans le chapitre précédent: l'existence de cette période gentilice précédant la cité. Dans cette période, avons-nous

Les rites du mariage sont antérieurs à la fondation de la cité; ils datent de

la période gentilice.

dit, les gentes habitent dans des villages, dans des "vici", au milieu du "pagus", des terres cultivées en commun par la gens. La civilisation agricole, qui règne exclusivement à cette époque, explique assez naturellement l'importance prise dans les mariages par les dieux agraires. Ce sont les divinités, qui assurent l'existence des gentes, et par conséquent qui peuvent être considérées par elles comme les plus importantes.

D'autre part, elles sont communes à toute la gens, elles sont même communes entre les différentes gentes. C'est donc le premier échelon par lequel elles s'élèvent au-dessus de la notion de dieux spécialisés à la protection des actes de la vie, au-dessus des dieux protecteurs de chaque famille, par conséquent de dieux, dont il faut capter la bienveillance, quand on fait un acte dépassant l'intérêt de la famille. L'invocation des dieux agraires caractérise donc assez bien la période gentilice, dans laquelle les rites du mariage se sont fixés.

Quelle est l'importance de ces rites religieux, dans le mariage romain ? A l'époque historique, ils ne sont pas indispensables à la conclusion du mariage. Seul le mariage Farreo, que nous allons maintenant étudier, comporte des cérémonies religieuses obligatoires et fondant du droit civil, c'est-à-dire créant la manus du mari. Les autres mariages sont conclus, d'après le droit civil, par des modes exclusivement laïques. C'est la coemptio et l'usus pour le mariage cum manu, c'est le consentement sans forme pour le mariage sine manu. Le droit civil s'est laïcisé à partir de la République. Le jus civile se constitue indépendant du Fas, indépendant du droit religieux. On peut dire que le droit civil n'a pas recueilli l'obligation religieuse de célébrer le mariage par des cérémonies traditionnelles. Plus exactement on peut dire que les coutumes gentilices sont restées en dehors du droit de la cité et n'ont pas été consacrées par l'autorité civile de l'Etat constitué. Elles sont restées en dehors du jus civile, sans pour cela cesser d'être en usage, mais à titre de coutumes gentilices, telles qu'elles avaient toujours été.

Cependant le droit religieux a eu une certaine influence sur la formation du droit civil. D'après une théorie très répandue chez les Romanistes modernes, soutenue encore dernièrement par Ernst Levy. Ehesshuddungen bei der Römer, Weimar, 1925: le mariage sine manu n'est pas contracté par le simple consentement. Pour qu'il soit valable, il faut encore que l'épouse soit mise à la disposition du mari. Il n'est pas nécessaire que le mariage soit consommé pour être valable. Digeste 50.17.30. "Nuptias non concubitus, sed consensu

Les rites religieux ne sont indispensables que dans le mariage farreo.

Importance du droit religieux sur la formation du droit civil.

fait ", ce n'est pas la consommation, c'est le consentement qui accomplit le mariage. Mais il faut cependant que la femme soit conduite dans la maison du mari et soit mise à sa disposition. On déduit en effet cette conséquence des Sentences de Paul, 2.19.8. "Vir absens uxorem ducere potest, femina absens nubere non potest". Le mari sans être présent peut épouser une femme, mais la femme absente ne peut pas se marier. Nul doute que si telle est la conception romaine, ce sont les cérémonies du mariage religieux qui l'ont fait naître. C'est, en effet, la nécessité dans le droit religieux de la deductio in domum mariti qui a créé cette règle du droit, d'après laquelle la femme doit être mise à la disposition du mari pour que le mariage soit valable. Elle existait donc déjà dans le droit religieux. Elle est passée à l'état de règle abstraite dans le droit civil. Nous allons examiner maintenant les différentes formes du mariage du droit civil.

§ 2 - Mariage cum manu.

Nous avons vu que les Romains anciens connaissaient deux formes de mariage: le mariage cum manu où la femme est placée sous l'autorité du mari, et le mariage sine manu où la femme reste libre et demeure, au point de vue du droit civil, dans son ancienne famille.

Nous avons vu de même que le mariage cum manu n'est pas non plus une institution simple. Il est contracté par trois modes. Gaius, I.110, "Olim itaque tribus modis feminae in manum conveniebant: usu, farreo, coemptione". Autrefois, en effet, les femmes tombaient sous la manus du mari de trois façons: par l'usage, par la confarreatio et par la coemptio.

C'est un problème toujours posé devant les historiens que de déterminer les rapports historiques qui ont pu exister entre ces trois formes, quelle est l'explication qui peut être donnée de ces diverses formes, à quoi elles répondent, quel ordre historique a suivi l'apparition de ces trois formes, et quelles sont les formes les plus anciennes. Toutes ces questions restent encore sans solution définitive.

Un certain nombre d'auteurs, se basant sur l'énumération de Gaius, pensent que cette énumération correspond à l'ordre historique de l'apparition de ces formes. D'après cette idée, l'usus serait donc la forme la plus ancienne, la confarreatio viendrait ensuite et la coemptio serait la dernière. Cette conception a été reprise dans le Manuel de Droit Romain le plus récent, qui vient de paraître en langue française, Raymond Monnier, Manuel élémentaire de Droit Romain, 1935.

Les trois modes de contracter un mariage cum manu.

Quelle est la forme la plus ancienne du mariage ?

Mais l'immense majorité des auteurs est d'avis que le mariage le plus ancien à Rome, c'est la confarreatio.

Notre étude sur les rites nuptiaux gentilices va maintenant nous servir à essayer de résoudre cette question. Elle nous permettra de montrer, au contraire, que la confarreatio est une forme relativement plus nouvelle que les autres. L'étude des dieux qui y président permettra de déterminer l'époque de la création de la confarreatio et les circonstances probables de cette création.

1°) La confarreatio.

Gaius, I.II2. "Farreo in manum conveniunt feminae per quodam genus sacrificii, quod Jovi Farreo fit, in quo farreus panis adhibetur; unde etiam confarreatio dicuntur. Complura praeterea hujus ordinandi gratia cum certis et sollemnis verbis presentibus decem testibus aguntur et fiunt". Les femmes tombent sous la manus de leur mari par l'épeautre au moyen d'une certaine espèce de sacrifice, offert à Jupiter Farreus, au cours duquel on emploie un pain d'épeautre; c'est même de là que vient le nom de confarreatio. Mais pour accomplir cet acte, il faut en plus procéder à de nombreuses autres formalités, prononcer des paroles solennelles et déterminées, en présence de 10 témoins. Servius, Georgiques I.31. "Farreo cum per pontificem maximum et dialem flaminem per fruges et molam salsam conjungebatur, unde confarreatio appellabatur", par l'épeautre, lorsque les époux étaient unis par le pontifex maximus et le flamine de Jupiter, au moyen des fruits et de la farine salée, d'où le nom de confarreatio.

De ces textes, il résulte que l'union est faite par un sacrifice, offert par le flamine de Jupiter, et peut-être aussi par le pontifex maximus. C'est un sacrifice de fruits, et principalement d'un gâteau d'épeautre, de cette farine du blé de culture plus ancienne en Italie que le froment. Le sacrifice est fait en présence de 10 témoins, et bien entendu des époux. Il est accompagné des "verba solemnia", des paroles solennelles. C'est une cérémonie religieuse. L'opinion, que l'on peut encore appeler l'opinion dominante voit dans ce mariage la forme la plus ancienne du mariage romain.

Quelles sont les raisons de cette opinion ?

Tout d'abord l'autorité d'un historien de Rome, l'autorité de Denys d'Halicarnasse, Antiquités Romaines I.24 et s. Il présente le mariage farreo comme fondé par Romulus, et le mariage des anciens Romains comme étant uniquement le mariage cum manu contracté par la confarreatio. Les anciens appellent ce mariage les no-

Les rites de la confarreatio.

La majorité des auteurs pensent que la confarreatio est la forme la plus ancienne. Arguments en faveur de cette opinion.

ces légitimes et religieuses. Denys d'Halicarnasse est un auteur de l'époque d'Auguste. Il est donc inutile d'insister pour montrer qu'il n'est pas une autorité incontestable sur cette question d'origine, qu'il ignorait comme nous, et même plus que nous. Mais cette opinion est encore fondée sur le caractère archaïque des cérémonies, sur le pain d'épeautre, sur leur caractère religieux, qu'on oppose au caractère purement civil des deux autres formes, et enfin sur ce que le mariage par confarreatio est réservé aux patriciens, et paraît leur être resté toujours réservé.

En se basant sur cette opinion, les auteurs ont l'habitude de considérer toutes les cérémonies que nous avons décrites plus haut et qui sont des cérémonies religieuses, comme étant primitivement des cérémonies dépendant de la confarreatio. Elles n'auraient été détachées que par la suite, puisque, comme nous le savons, au temps historique, toutes ces cérémonies qui nous sont décrites par les auteurs accompagnent les mariages sine manu. Nous avons indiqué avec quelques détails ces cérémonies, et nous avons étudié spécialement les dieux qu'elles invoquent pour faire ressortir le mal fondé de ces conjectures.

Critique de l'opinion dominante. Mal fondé des conjectures.

Ces conjectures, en effet, qui lient indissolublement toutes les cérémonies religieuses à la confarreatio sont basées, non pas sur des textes, mais sur des idées préconçues. Les textes, en effet, comme nous venons de le dire, décrivant ces cérémonies, ne les relient en aucune manière à la confarreatio, mais les relient au mariage en général, et même pour leur temps, au mariage sine manu. Nous voyons, au contraire, que les cérémonies propres à la confarreatio s'opposent de la manière la plus nette et la plus tranchée aux cérémonies, que nous avons décrites. Toutes ces cérémonies sont essentiellement familiales et privées. Elles sont faites sans la présence de prêtre. Seuls les époux et les pères de famille les célèbrent. Normalement ces sacrifices sont faits dans une maison privée; dans la maison du père de famille de la femme se prennent les auspices et se font les sacrifices à Tellus et à Cérès; dans la maison du mari se font les sacrifices à l'autel des ancêtres. Dans la confarreatio, au contraire, nous voyons intervenir le principal des prêtres du culte public de Rome, le flamine de Jupiter. C'est lui qui est chargé dans le temple du Capitole du culte de Jupiter. Nous voyons intervenir probablement aussi le grand pontife. Sans que les textes le disent, mais par suite d'une conjecture très vraisemblable, cette offrande du pain d'épeautre devait être faite par le flamine dans le temple de Jupiter lui-même. La confarreatio suppose donc un dé-

placement du cortège nuptial, qui ne correspond pas à l'ensemble de la cérémonie. D'autre part, cette offrande est faite à Jupiter. Elle place donc le mariage par confarreatio sous l'invocation d'un dieu très différent des autres dieux invoqués jusqu'ici dans les cérémonies du mariage. Nous avons vu que seuls y sont invoqués les dieux indigènes particuliers au mariage et les dieux agraires. Au contraire, Jupiter et la présence du flamen qui le représente montrent que c'est en qualité de dieu de la cité qu'il est invoqué ici. Cette qualité nous donne la date de la confarreatio. Jupiter, en effet, est le plus grand dieu de la cité romaine. C'est le dieu protecteur de toute la cité. Il représente le centre de l'Etat romain et de son culte. Son temple est placé sur le Capitole. C'est le temple de Jupiter Capitolin, Jupiter Optimus Maximus. Ainsi nous voyons que le dieu qu'on invoque n'est même pas le dieu protecteur de la plus ancienne des cités romaines. Ce n'est pas Quirinus, dieu protecteur de la Roma Quadrata, établie sur le Capitole. Jupiter n'est devenu le dieu de la cité que lorsque le Palatin fut réuni à la cité voisine et indépendante du Quirinal, lorsque ces deux cités se réunirent pour n'en former qu'une seule et prirent pour centre politique et religieux la colline située entre le Quirinal et le Palatin: le Capitole. Le Capitole a deux sommets, sur lesquels furent bâties la citadelle et le temple. Le temple de Jupiter Capitolin fut dédié par Tarquin l'Ancien. Ainsi la confarreatio, par le dieu auquel elle est soumise, ne peut pas être plus ancienne que la cité romaine, et même que celle qui fut entourée par l'enceinte de Servius Tullius. C'est donc, non pas la cité primitive, mais celle qui fut fondée sur la domination des rois étrusques, les Tarquins. La confarreatio est donc postérieure à toute la période gentilice, pendant laquelle les rites du mariage se sont constitués.

Cette constatation nous amène à faire une hypothèse sur l'origine de la confarreatio, qui ne paraît pas trop aventureuse. Nous savons que, lorsque ces cités se fédèrent et se réunissent, elles font un traité. L'union se fait autour d'un culte commun, qui devient le protecteur des citoyens unis. Puisqu'il y a un mariage placé sous l'invocation du dieu de l'union, il n'est pas trop aventureux de dire que cette forme du mariage résulte probablement du traité d'union lui-même. Grâce à cette forme, le conubium a été créé entre les deux cités, jusqu'ici voisines, mais ennemis. C'est cette nouvelle forme qui donne la possibilité de se marier aux citoyens des deux cités nouvellement réunies. Déjà Voigt et Cuq, Manuel, p. 156, avaient

La confarreatio est sûrement postérieure à la période gentilice.

La confarreatio résulte d'autant du traité d'union entre les cités.

fait cette conjecture que la confarreatio avait dû être créée pour permettre le mariage entre les gentes.

L'exposé, que nous venons de faire, paraît confirmer cette conjecture et lui donner à la fois plus de précision. A l'époque des Tarquins les seuls citoyens étaient les patriciens. D'autre part, ce mariage par confarreatio servit jusqu'à la fin de la République au recrutement des flamines, des prêtres des grands dieux. Il est assez naturel, en effet, de supposer que, ce mariage étant la seule forme dépendant de la cité, on put imposer aux flamines des grands dieux de la cité l'obligation d'être nés dans un mariage de cette sorte. Gaius, I.112. "Jus etiam nostris temporibus in usu est; nam flamines majores, id est Dialis Martialis Quirinalis, item reges sacrorum nisi ex farreatis nati non leguntur, ac ne ipsi sine confarreatio sacerdotem habere possint". Ce droit est encore en usage à notre époque; car les grands flamines; c'est-à-dire le Flamine de Jupiter, de Mars et de Quirinus, de même les rois des Sacra, ne peuvent être choisis que parmi les gens nés d'un mariage par confarreatio, et eux-mêmes ne peuvent exercer le sacerdoce sans être mariés par confarreatio. Ces sacerdices sont restés le privilège des patriciens, et c'est la raison pour laquelle ce mariage, quoique le plus récent, est resté exclusivement patricien.

A l'époque de Tibère, il n'est presque plus usité. Nous le savons parce que les historiens nous disent qu'à cette époque on a recherché pour la nomination d'un flamine des descendants d'un mariage par confarreatio, et on n'a pas pu trouver les trois candidats nécessaires pour la présentation à cet office. Aussi l'Empereur réforme-t-il la confarreatio et décide-t-il qu'elle ne produira plus que des effets religieux. Elle n'aura donc plus d'effet civil et la femme mariée désormais par confarreatio aura la condition civile d'une femme mariée sine manu. Sous cette forme nouvelle la confarreatio subsista à Rome et seulement dans les familles sacerdotales jusqu'à la fin du paganisme, et elle ne cessa d'être employée que lorsque les empereurs chrétiens ruinèrent définitivement la religion romaine en fermant les temples des grands dieux.

2°) L'usus et la coemptio.

Les deux autres procédés d'acquisition de l'autorité maritale sont la coemptio et l'usus. Gaius, I.112. "Usu in manum conveniebat quae anno continuo nupta perseverabat, quia veluti anni a possessione usucipiebatur. In familiam viri transibat, filiaeque locum obtinebat". Par l'usus la femme tombait sous la manus.

Le mariage par confarreatio n'a été permis qu'entre patriciens.

Effets religieux de la confarreatio.

Disparition des effets religieux de la confarreatio.

L'usus, usucaption de la femme par le mari.

lorsqu'elle était restée mariée pendant une année continue, parce qu'elle était usucapée comme une possession d'un an. Elle passait dans la famille du mari et y prenait le rang de fille.

Rites de la coemptio.

Pour la coemptio. Gaius.I.113. "Coemptione vero in manum conveniunt per mancipacionem, id est per quamdam imaginariam venditionem. Nam adhibitis non minus quam quinque testibus, civibus romanis puberibus item libripende, emit vir mulierem cujus in manum convenit". Par la coemptio les femmes tombaient sous la manus au moyen de la mancipation, c'est-à-dire par une vente fictive, en présence de cinq témoins au moins, citoyens romains et pubères, le mari achète la femme qui tombe sous sa manus. Ainsi pour les jurisconsultes l'usus et la coemptio sont l'utilisation pure et simple des procédés normaux d'acquisition de la propriété: l'usucapio et la mancipatio. Ces procédés sont employés pour faire acquérir l'autorité maritale: la manus. Pour les auteurs qui pensent que la confarreatio est le mode le plus ancien du mariage, ces deux procédés ne sont qu'une utilisation relativement tardive, à une époque où ces deux modes d'acquérir la propriété étaient fixés ainsi que le concept de propriété sur les objets matériels. Ces actes sont détournés de leur sens primitif et utilisés par une fiction pour le mariage. Monnier notamment dans le Manuel, que je viens de citer, pense que cette mancipation est accompagnée d'un pacte de fiducie. Donc d'après un système sur la lex mancipacionis et les XII Tables cette utilisation n'est pas antérieure à la loi des XII Tables. Le but de cette utilisation détournée aurait été de créer une forme de mariage accessible aux plébéiens, puisque la confarreatio est réservée aux patriciens. Nous avons déjà dit que la liaison de la coemptio et de l'usus avec l'histoire des plébéiens était une pure hypothèse des modernes. Cette liaison ne résulte en rien des textes. Nulle part la coemptio n'est rapprochée dans les historiens des plébéiens. Ceux qui racontent avec un certain détail les luttes des plébéiens pour conquérir les droits publics et les droits privés ne nous parlent jamais de ces formes différentes du mariage, dont l'une aurait été réservée aux plébéiens et l'autre défendue. Dans l'histoire de la loi Canuleia, rien ne nous permet de trouver un semblant de preuve à cette hypothèse. Il resterait d'ailleurs à montrer pourquoi on aurait utilisé artificiellement les modes d'acquisition de la propriété. A l'époque des XII Tables, bien que nous soyons encore dans un droit très primitif depuis longtemps la femme n'est plus considérée comme un objet de propriété. Il n'y a plus aucun rapport entre sa situation très honorée dans sa famille, et la

Date d'apparition de ces deux formes de mariage. L'opinion dominante pense que ces procédés ont apparu tardivement.

Critique de cette opinion.

Coemptio et usus sont les modes les plus anciens.

situation de l'esclave et du bétail. Cette assimilation donc, si elle avait été nouvelle, aurait paru passablement scandaleuse. Dans notre système, au contraire, nous avons essayé de montrer par le droit religieux que la confarreatio est relativement nouvelle, moins ancienne que les autres cérémonies du mariage. Elle ne daterait que de la création de la cité. En fixant cette date, nous avons libéré en quelque sorte la confarreatio des autres modes et nous pouvons considérer d'une façon séparée, d'un côté la confarreatio, dont l'introduction dans l'histoire romaine est fixée à une date déterminée, et de l'autre la coemptio et l'usus. Envisagés de cette façon indépendante, la coemptio et l'usus ont tous les traits du droit le plus primitif. Elles ont pu être appliquées à l'acquisition de la femme depuis aussi longtemps que l'usucaption et la mancipation sont appliquées à l'acquisition des objets de propriété, aux choses mobilières et au bétail. Le droit du mari et du maître ont en effet une origine commune. L'origine commune, c'est cette puissance, cette autorité absolue que le père de famille a sur tous les habitants de la maison, sur la femme, sur les enfants, sur les esclaves et sur les choses. Ce groupe, nous l'avons vu dans le premier chapitre, est réuni sous une qualification technique unique: tout ce groupe forme la "familia". Cette autorité, cette potestas porte des noms différents. Mais tous ces noms ont une parenté évidente, qui prouve leur origine commune. La manus, c'est l'autorité portant sur la femme, la patria potestas, c'est l'autorité portant sur les fils, et la dominica potestas, c'est l'autorité portant sur les esclaves. Le dominium enfin, c'est l'autorité qui porte sur les choses. Il est inutile de faire ressortir la parenté étroite de tous ces noms. Nous ferons seulement remarquer la liaison entre la manus et la mancipatio, l'émancipation, la manumissio pour les esclaves et la qualification des res mancipi pour les choses. Sans doute tous ces pouvoirs se sont différenciés de bonne heure. Déjà nous le prouve l'antiquité très haute des cérémonies du mariage. Ces cérémonies religieuses montrent que la femme n'est pas considérée comme un objet de propriété, qu'elle a été séparée du groupe des esclaves et des choses appartenant au patrimoine, bien avant la fondation de la cité, bien avant le droit civil, dès l'époque gentilice. Aussi serait-il même inexact de dire que la femme a jamais été considérée comme un objet de propriété en droit romain, comme une res ou comme une esclave, parce que la notion de propriété, la fixation de cette conception s'est faite dans le droit civil.

et par le droit civil. Elle a donc été opérée après la séparation des différentes potestates, lorsque cette séparation est déjà un fait accompli dans les moeurs. Mais les modes d'acquisition de la femme montrent l'origine commune des droits du mari. C'est une leçon qui concorde si bien avec la leçon du droit comparé, avec la condition de la femme chez tous les peuples primitifs, que pour un historien comparatif, elle peut être acceptée avec une quasi-certitude.

L'usus, prise de possession sans forme.

La prise de possession par le rapt.

Par l'usus, le mari prend possession sans forme de la femme. C'est le procédé le plus archaïque, le plus primitif de tous, un des plus anciens, sinon le plus ancien, car on peut dire qu'il remonte à l'âge des cavernes, au début de l'humanité. La puissance du mari est ainsi le droit de conquête. C'est un usage que l'on constate chez tous les peuples primitifs. Il subsiste dans les traditions romaines, sous forme de la prise de possession de la façon la plus brutale: le rapt, l'enlèvement, par la force. Le rapt, vous le savez, est une coutume encore en usage chez les nègres de l'Afrique centrale pour fonder les mariages. Dans la tradition romaine, il reste encore vivant par l'histoire du rapt des Sabines par les compagnons de Romulus, par des survivances dans les coutumes nuptiales. Nous avons vu que la jeune fille doit être enlevée des bras de sa mère, au début de la deductio uxoris. Festus au mot rapt: "Rapi simulatur virgo ex gremio matris", On fait semblant d'arracher la vierge du sein de sa mère. Macrobe, Satires, I, 15, 21. "Nuptiae in quibus vis fieri virginis videtur". Les noces dans les quelles on semble faire violence à la vierge. Les auteurs voient à peu près tous dans cet usage une trace de l'ancien enlèvement par la violence, du rapt. Un historien moderne l'a d'ailleurs contesté.

Il faut remarquer que cette coutume du rapt suppose un usage contraire à ceux que nous avons relevés, l'usage du mariage dans l'intérieur de la gens, de l'endogamie. Le rapt suppose au contraire l'exogamie, qui est encore l'usage de quelques tribus de l'Afrique centrale. L'exogamie est la défense d'épouser les filles appartenant à la même tribu, et par conséquent, il est nécessaire d'aller les chercher dans les tribus voisines, et d'aller les y chercher par le rapt.

Mais, même en dehors de la violence, même après la désuétude du rapt, l'usus suppose une prise de possession sans forme et l'acquisition de la femme est rendue régulière par la durée de la possession, qui est d'un an. Ce délai d'un an est le délai d'acquisition des meubles. Ce délai consacre l'acquisition de la manus, de l'autorité par le mari.

A côté de ce procédé sans forme, la coemptio est

La coemptio, achat formaliste de la femme à l'origine.

Arguments tirés du droit comparé.

un procédé formaliste, c'est la forme de la mancipatio de la vente fictive. Bien entendu dans les temps historiques, la coemptio n'est pas un achat véritable, quoique Gaius dise encore que le mari achète sa femme, "emitt mulierem", pas plus d'ailleurs que la mancipatio n'est une vente réelle. Il ne paie pas sa femme. Au contraire, il reçoit une dot, mais l'on peut dire, avec infinité de vraisemblance, que cette forme conserve traditionnellement le souvenir de l'époque où le mari achetait réellement sa femme. Jors, Geschicht und System des Roemischen Rechts. p. 196, nous dit: "C'est une chose qui ne fait aucun doute".

La démonstration que nous venons de faire apporte, si l'on peut dire, à cette théorie, un argument massif, qui peut être tiré de ce que au mariage est appliqué le système complet d'acquisition des choses: l'usucapio et la mancipatio, représentés par l'usus et par la coemptio. L'application tardive et artificielle de l'un des modes d'acquérir à la conclusion du mariage est à la rigueur concevable. Mais une application tardive du système complet d'acquisition de la propriété est hautement invraisemblable. La comparaison avec les usages des peuples vivant sous le régime patriarcal apporte une preuve décisive. Chez ces peuples, l'achat est le procédé général du mariage. Il est notamment le seul procédé employé chez tous les peuples de race indo-germanique. Les Grecs achètent, à l'époque d'Homère, réellement leurs femmes, et en paient le prix. A l'époque classique, la forme du mariage, l'enguesis n'est que la transformation de la vente. La vente de la femme est le procédé commun du mariage chez les Germains. Dans l'Inde primitive, la loi de Manou abroge la vente de la femme et cette abrogation signale l'existence de cette coutume. Les patriarches de la Genèse achetaient eux aussi leurs femmes. L'achat de la femme existe encore chez de nombreux peuples modernes. En Chine, c'est une branche importante du commerce. Un peu partout, en Afrique, non seulement chez les tribus nègres, mais chez les Arabes, notamment chez les Kabyles, le mariage se conclut par achat, et le prix est réellement payé aux parents de la femme. La coemptio conserve donc sous une forme plus compliquée la trace de l'époque où l'une des formes les plus primitives du mariage, la vente, était en usage.

L'usus a disparu avant la coemptio.

Des deux formes que nous venons d'étudier, celle qui disparaît la première, c'est l'usus. Elle existe encore à l'époque de Cicéron. Mais Gaius nous dit qu'elle est disparue de son temps, en partie par la loi, en partie par la désuétude. Au contraire, la coemptio existe encore à l'époque de Gaius. Mais elle

est surtout employée à titre d'expédient pour atteindre un but différent sous l'apparence du mariage. Elle est employée sous forme de coemptio fiduciaire, et au quatrième siècle, elle a entièrement disparu des usages romains.

§ 3 - Mariage sine manu.

Reste enfin à étudier le mariage sine manu. Il nous faut déterminer la place que ce mariage sine manu occupe à côté des autres formes du mariage, à côté du mariage cum manu. Nous savons que le mariage sine manu est le mariage libre, qui ne place pas la femme sous l'autorité du mari. La femme reste indépendante et elle garde ses biens, si elle en a. Le mariage sine manu est contracté sans forme. Le simple consentement suffit pour que le mariage existe. Ce consentement doit pourtant être accompagné de la mise de la femme à la disposition du mari. C'est la deductio uxoris. Ce mariage sine manu est donc un état de fait, où l'affectio maritalis fait le mariage et le distingue du concubinat. C'est pourtant un véritable mariage, un matrimonium legitimum. C'est aussi, nous l'avons vu, un mariage religieux, car il est lui aussi entouré des cérémonies religieuses qui consacrent le mariage et qui sont les mêmes que pour les autres mariages.

Théories soutenues sur l'origine et la date d'apparition du mariage sine manu.

Dans l'opinion commune des auteurs modernes, le mariage sine manu est moins ancien que le mariage cum manu. Beaucoup de systèmes ont été imaginés pour essayer de l'expliquer. Aucun de ces systèmes n'est bien satisfaisant. Pour quelques auteurs, le mariage sine manu aurait été une invention des jurisconsultes pour permettre à la femme sui juris de se marier, d'obtenir le consentement de ses tuteurs, qui grâce à ce mariage conserveraient les biens de la femme entre leurs mains puisque elle ne perd pas sa personnalité, sauf la partie de ses biens qui aurait été remise au mari, c'est-à-dire la dot.

Pour d'autres, ce mariage aurait été la transformation du concubinat en un mariage, avant que les plébéiens et les patriciens aient entre eux le connubium. L'une des unions de pur fait, qui devait se produire entre eux, ne pouvait être qu'un concubinat. La loi Canuleia, en leur permettant le mariage, transforme les concubinats de cette sorte en "justae nuptiae".

Contre ce système, il est une objection qui paraît décisive: c'est que le mariage sine manu est connu de la loi des XII Tables, 305, donc avant la loi Canuleia de 309. Il est donc pratiqué par les mêmes personnes qui usent du mariage cum manu, c'est-à-dire par les patriciens entre eux.

Critique de ces opinions. Ancienneté du mariage libre.

A mon avis, le mariage libre est très ancien-
ment connu des Romains. Dans un certain sens, il est
aussi ancien que le mariage *cum manu*, mais il ne de-
vient une institution définitive qu'après la loi des
XII Tables et l'institution créée par elles, l'*interruptio trinoctii*. L'existence du mariage libre décou-
le, en effet, de l'une des formes d'acquisition de la
manus, de l'*usus*. Nous avons vu que l'*usus* est l'ac-
quisition de la manus par le délai d'un an. Pendant ce
délai d'un an, l'union entre l'homme et la femme, qui
au bout de l'année se transforme en mariage *cum manu*,
est-elle un simple concubinat, ou au contraire la
femme est-elle, même avant l'achèvement de l'*usus*, une
femme mariée ? Les textes que nous possédons sur ce su-
jet montent dans ce dernier sens. Quintus Mucius Scaevola
nous dit, en effet, que le point de départ de l'*usus*, c'est le jour où la femme "apud virum matrimonii
causa coepisset" (Aulu-Gelle 2,3,12) le jour où la
femme commence à être chez le mari pour cause de ma-
riage. Gaius, 1,112 nous dit de la même façon que pour
que l'*usus* s'applique, il faut que la femme "anno con-
tinuonuptam perseverasse", que la femme pendant une
année continue persévére à être mariée. Ce qui est la
doctrine de Gaius est donc aussi, nous le voyons, la
doctrine des Veteres avec Scaevola. Cela paraît être
la doctrine du droit primitif lui-même. En effet, d'a-
près Gaius 1,112 "Itaque Lege XII Tabularum cautum est
ut, si qua uxor nollet eo modo in manum mariti conveni-
re, ea quot annis trinoctio abesset atque eo modo eujus
que anni usum interrumperet". Aussi par la loi des XII
Tables, il a été établi que si quelque épouse ne veut
pas tomber dans la main de son mari de cette façon,
elle doit s'absenter tous les ans pendant trois nuits,
et de cette façon elle interrompt l'*usus* de chaque
année.

Nous allons bientôt parler de ce jus *trinoctii*.
Pour le moment, retenons ceci, que d'après le langage
même prêté par Gaius aux XII Tables, la femme même a-
vant le délai de l'*usus* est "*nupta*", une femme mariée,
pour le droit antérieur aux XII Tables. Ainsi avant le
délai accompli, il y avait une femme mariée, mais sa
situation était provisoire. Ceci résulte du caractère
même de l'institution. Sa situation ne devenait défini-
tive, n'était affermée, qu'au bout de l'année.

Faut-il ajouter que cette situation provisoire
pouvait être rompue par l'un ou l'autre des deux époux
avant la fin de l'année, avant sa consolidation par le
mari, d'une part, par la femme si elle est *sui juris*,
d'autre part, ou par son père si elle est *alieni ju-
ris* ? Cette conséquence, la plupart des auteurs répu-

Le mariage à l'essai chez les Romains.

Textes de Plutarque.

gnent à l'admettre. Elle leur paraît contraire à l'idée qu'ils se font de la dignité du peuple romain et de l'austérité des moeurs primitives, car ce serait admettre qu'ils ont connu le mariage à l'essai. Malgré cette répugnance, je ne vois pas de bonne raison de ne pas accepter cette idée. Le mariage à l'essai est une forme de mariage bien connue des primitifs. C'est une forme usitée par beaucoup. Il dénote une assez grande brutalité de moeurs, mais non pas une démoralisation proprement dite. Nous trouvons peut-être dans l'histoire romaine quelques traces de ces moeurs des Romains primitifs, ce qui prouve qu'elles n'étaient pas inconnues. Plutarque nous raconte, en effet, dans sa Vie des Hommes illustres, dans sa comparaison de Numa et Lycurgue, Chapitre III, que "ces deux législateurs, l'un à Sparte, l'autre à Rome, voulurent en admettant la communauté des femmes, bannir par une bonne politique toute jalousie du mariage, mais ils ne prirent pas la même voie. Un mari romain, qui avait assez d'enfants pouvait céder sa femme à celui des citoyens qui, désirant en avoir, venait la lui demander. Il était le maître de la lui abandonner pour toujours ou de la lui reprendre. A Lacédémone, le mari gardait toujours sa femme chez lui et laissait subsister le mariage en son entier. Il la prêtait à un citoyen qui voulait avoir des enfants, souvent même le mari attirait chez lui un homme, dont il espérait avoir de bons et beaux enfants, et il l'introduisait auprès de sa femme. Quelle différence y a-t-il au fond de ces deux coutumes ? Celle de Lacédémone prouve que le mari a une grande indifférence pour une chose qui trouble la plupart des hommes, qui les irrite contre leur femme et remplit leur vie de jalousie et de chagrin. Celle des Romains annonce une sorte de retenue et de honte, qui les faisait se couvrir du voile du contrat. Ils avouaient par là qu'ils souffraient avec peine cette communauté". Ce passage de Plutarque semble indiquer que cette sorte de communauté des femmes était organisée d'une façon régulière et contractuelle. On rapproche de ce passage une histoire de Caton d'Utique, arrière petit-fils de Caton le Censeur. Caton d'Utique était renommé lui aussi pour l'austérité de ses moeurs et pour ses tendances conservatrices. Plutarque, Vie de Caton d'Utique, chapitre 25. "Caton avait de nombreux admirateurs, parmi lesquels Hortensius, homme de biens et de très grande considération. Hortensius, désireux d'être non seulement l'ami mais l'allié de Caton, lui demande en mariage sa fille Portia, dont le mari Bibulus avait eu deux enfants. Hortensius la regardait, dit Plutarque, comme un excellent fonds, dont il désirait avoir des fruits. Il avoua que dans l'opinion des hommes cette proposition

devait paraître extraordinaire. C'est que, à consulter la nature, il était aussi honnête qu'utile à la République qu'une femme belle, qui était à la fleur de l'âge, ne restât pas inutile en laissant passer l'âge d'avoir des enfants, et qu'elle ne fût pas non plus à la charge de son mari et ne l'appauvrit pas en lui donnant plus d'enfants qu'il ne pouvait en avoir". Bibulus et Caton refusèrent cette demande. Hortensius transforma sa demande en lui demandant en mariage sa propre femme Marcia. Pour cette fois, Caton consentit, mais il voulut avoir aussi le consentement du père de Marcia, Philippe, et plus tard, à la mort d'Hortensius, il reprit sa femme.

Enfin Strabon, Géographie, Livre II, chapitre 9 écrit sur le même sujet : "On dit des Parthes que la loi leur permettait de prêter leur femme à d'autres hommes, après qu'ils en ont eu deux ou trois enfants, comme Caton de notre temps, à la demande d'Hortensius, lui donna Marcia, suivant une vieille coutume des anciens".

Ces textes, qui semblent conserver le souvenir d'une époque très ancienne, où à côté du mariage définitif, il en est un qui paraît plus provisoire, ont excité la curiosité des historiens du mariage romain au début du XIXème siècle. Voir par exemple Waechter, Ueber Ehescheidungen bei der Roemer, 1822, Stuttgart.

Après les avoir examinés à plusieurs reprises, on a fini par les éliminer du terrain scientifique, comme étant peu croyables. Ils sont, en effet, trop contraires à ce que l'on considère comme devant être l'austérité primitive des moeurs des Romains, et trop contraires aussi à la défense de divorcer qui fut la règle dans le droit ancien et qui amena en fait la rareté des divorces. Cette rareté est attestée par tous les historiens jusqu'au VIème siècle de R.F. Aussi ces textes ne paraissent plus dans les études modernes.

Pour nous, les coutumes romaines nous paraissent plus complexes. Elles sont, nous l'avons vu, plus anciennes même que la cité. Il se peut que ces très anciennes coutumes, attestées par Plutarque et par Strabon, conservent le souvenir un peu déformé de ce que fut le mariage par usus avant l'accomplissement de l'usucapio, avant la fin de l'année de possession et conservent le souvenir d'une époque où le mariage, avant d'être définitivement fixé, pouvait être provisoire et comporter normalement l'abandon de la femme avant la manus. Si les Romains, comme nous l'avons vu, considéraient cette femme déjà comme une femme mariée, sa situation ne devenait définitive qu'après l'accomplissement de l'usucapion, et elle était alors semblable à celle de la femme mariée par coemptio ou par confarrea-

Conclusion.
Le mariage
libre, mariage
provisoire
aussi ancien
que l'usus.

tio. Etant placée sous l'autorité du mari, elle est comme telle protégée par les coutumes religieuses qui interdisent le divorce. Mais dans l'intervalle, sa situation provisoire, qui ne se consolidera que si la femme reste un an dans la maison du mari, fait de ce mariage le mariage à l'essai, connu de beaucoup de peuples primitifs.

Mais c'est aussi le mariage libre, le mariage sine manu. Sous cette forme première, ce mariage est donc aussi ancien que le mariage par l'usus. Ce n'est, avons-nous dit, qu'une situation provisoire. Automatiquement, si le mariage persiste, il se transforme par l'usus en mariage cum manu. Pour en faire une institution permanente, à l'égal du mariage cum manu, il fallait trouver un moyen juridique d'écartier l'effet de l'usus, et ce fut l'œuvre des XII Tables, qui créèrent l'usurpatio trinoctii. Nous avons vu le texte de Gaius, l,112, dans lequel il nous dit que la loi des XII Tables a établi que si une femme ne voulait pas tomber dans la manus du mari, elle devait tous les ans s'absenter pendant trois nuits, et de cette façon elle interrompait l'usus de chaque année.

Elle se retirait ainsi chez son père pendant trois nuits et de cette façon la manus n'était pas acquise. Cette règle est l'application pure et simple à l'usus de l'interruption de l'usucaption. C'est la création du moyen qui pour nous a créé le mariage sine manu, en a fait une institution permanente et a consacré le mariage libre à côté du mariage cum manu.

Les jurisconsultes attribuent cette usurpatio trinoctii aux XII Tables. C'est une grave question qui n'est pas résolue de savoir si dans les règles posées par les XII Tables, il faut voir une nouveauté, et par conséquent une règle qui date de la date même des XII Tables ou si cette loi n'a fait que consacrer des coutumes plus anciennes. En tout cas, que cette règle soit de 305 de R.F. ou qu'elle soit antérieure, elle paraît moins ancienne que les autres formes du mariage. Son attribution aux XII Tables est le témoignage historique le plus ancien de son existence.

Il nous faut aller ensuite jusqu'au VIème siècle, au temps d'Ennius et de Caton, pour trouver un autre témoignage de l'existence du mariage sine manu. Caton fait un discours sur la Loi Voconia, de 587, qui est rapporté par Aulu-Gelle, 17,6,1. Il résulte de son discours qu'une femme mariée est supposée avoir des biens propres. Il s'agit donc d'un mariage sine manu.

Nous trouvons dans une pièce d'Ennius, Cresphon tes, citée par l'auteur de la Rhétorique ad Herennium, 2,24,38 "Injuria ab te afficio indigna, pater/ nam si improbum Cresphontem existimaveras cur me huic lo-

L'usurpatio
trinoctii
créeé par les
XII Tables.

Les témoigna-
ges sur le
mariage sine
manu.

cabas nuptiis, / et si probus, cur talem invitam invitum cogis linquere". Tu m'infliges, ô père, une injure indigne, car si tu pensais que Cresphontes n'était pas honnête, pourquoi m'as-tu donnée à lui en noces, et s'il est honnête pourquoi me forces-tu de l'abandonner, malgré lui et malgré moi. Cette possibilité de retirer la femme à son mari montre que le père n'a pas perdu son autorité paternelle sur elle. Il s'agit par conséquent d'un mariage *sine manu* et non pas d'un mariage *cum manu*.

Ces deux témoignages indirects, mais formels, montrent l'existence du mariage *sine manu*.

Une fois ces deux formes de mariage admises, elles furent d'un usage général à toutes les classes. Aucun texte ne réserve l'une de ces formes à une classe plutôt qu'à une autre. Elles sont également pratiquées par les plébéiens et par les patriciens.

A partir du VIème siècle, l'usage du mariage *sine manu* se répand. Si bien qu'à la fin de la République, non seulement il est de beaucoup le plus usité, mais les autres modes tombent en désuétude, comme l'*usus*, ou deviennent très rares, comme la *coemptio* et la *confarreatio*. Il n'est plus nécessaire de penser à l'*usurpatio trinocum* pour éviter la transformation du mariage *sine manu* en mariage *cum manu*.

Les différentes hypothèses que nous venons d'indiquer, sur l'origine des différentes formes de mariage romain, ont cet avantage général de présenter un développement organique de l'institution. Le développement se fait dans l'intérieur du droit romain. Les autres systèmes, au contraire, présentent l'inconvénient de rechercher l'explication de la diversité des formes dans des circonstances extérieures au développement interne du droit. Nous avons vu qu'on a essayé d'expliquer cette complexité des institutions du mariage par la fusion de deux droits opposés : par exemple par les coutumes différentes des plébéiens et des patriciens, qui auraient été de deux races différentes. Celui qui a été le plus loin dans ces hypothèses est un historien moderne, Piganiol, *Essai sur les Origines de Rome*, Paris 1917. Nous savons aussi que l'explication la plus courante est cherchée dans les circonstances historiques, dans les luttes entre patriciens et plébéiens, dans la nécessité de créer artificiellement des formes nouvelles, destinées à permettre aux plébéiens de se marier avec les patriciens. Nous avons fait remarquer le caractère arbitraire de ces conjectures. Elles n'ont aucun soutien dans les textes, aucun commencement de preuve.

Elles ont, en outre, cet inconvénient grave de supposer une modification sinon violente, du moins

Diffusion du mariage *sine manu* à partir du VIème siècle.

Avantages de la théorie proposée par M. Noailles. Inconvénients des autres systèmes.

radicale, dans les coutumes romaines. L'introduction du mariage libre, à titre de nouveauté complète, aurait été une véritable révolution à côté du mariage cum manu. En réalité, sa présence à l'époque des XII Tables, à une époque relativement assez reculée, reste un sujet d'étonnement pour les auteurs modernes. Comment se fait-il que cette brèche si radicale à l'unité de la famille patriarcale ait pu être faite si tôt et sans provoquer, semble-t-il, aucune réaction, aucun trouble dans l'économie romaine ? Comment se peut-il que son introduction ait été à ce point facile, qu'elle n'a laissé aucun souvenir, aucune trace chez les historiens ? Qu'ils n'aient eu aucun soupçon des difficultés qu'elle aurait dû rencontrer ?

Si, au contraire, comme nous le pensons, le mariage libre a existé de tous temps, bien que d'abord sous une forme provisoire, dans le mariage par usus, cette existence supprime tout étonnement. C'est pourquoi sa transformation en institution définitive, par la création à l'époque des XII Tables de l'usurpatio trinoctii, a pu ne paraître que la continuation de ce qui existait déjà. Par conséquent, cette transformation a été admise sans difficulté, sans aucune révolution du droit. C'est ce développement organique et insensible qui explique une autre constatation, que nous allons faire dans les chapitres suivants, en étudiant le divorce à Rome. Nous ferons l'étude indirecte du divorce étant obligés d'examiner cette question, puisque c'est à propos du divorce que la restitution de la dot de la femme a été envisagée. Ce sont deux questions intimement liées.

Nulle distinction dans les textes entre mariage cum manu et mariage sine manu à propos du divorce.

Or, nous constaterons que les auteurs ne vont faire à propos du divorce aucune distinction entre les deux sortes de mariage. Dans les premiers temps de la cité romaine, le divorce est défendu. En tout cas, des témoignages concordants nous indiquent tous qu'il a été très rare jusqu'au début du VIème siècle de Rome. Au contraire, à partir du VIème siècle, il devient de plus en plus fréquent. La facilité du divorce, leur multiplication insensée, sont les fléaux les plus frappants qui démoralisent la société romaine, à la fin de la République et sous l'Empire.

Cette histoire des divorces nous est transmise par d'innombrables témoignages d'auteurs juridiques, d'historiens ou de littérateurs. Or, aucun ne fait de différence entre les mariages cum manu et les mariages sine manu. Aucun ne nous permet de croire que dans les temps anciens le divorce était défendu dans le mariage cum manu et permis dans le mariage sine manu. Nous savons, de source certaine, qu'à partir du moment où le divorce se répand, il est aussi librement pratiqu

dans le mariage cum manu que dans le mariage sine manu. Cette distinction que n'ont pas faite les anciens, les auteurs modernes ont essayé de l'introduire dans notre histoire. Voir Brini Matrimonio et divorzio nel diritto romano. Bologne, 1886-1889, 3 Vol. Ils n'y ont pas réussi de façon satisfaisante et, à mon avis, parce qu'elle n'existe pas. Il n'y a pas un mariage cum manu indissoluble, que ce soit seulement comme le veulent certains auteurs, le mariage par confarreatio, ou les trois mariages par l'usus, la confarreatio et la coemptio. Ce mariage indissoluble s'opposerait à leur avis au mariage sine manu où le divorce aurait été toujours libre. En réalité, les Romains n'ont pas connu notre notion de l'indissolubilité du mariage, qui est une notion chrétienne. Mais il y a des coutumes gentilices qui s'opposent au divorce injustifié et qui le punissent. Il y a des moeurs familiales qui jugent sévèrement le divorce injustifié, et qui, pendant longtemps, opposent une barrière suffisante à la fréquence du divorce. Ces coutumes gentilices, ces moeurs familiales, ne distinguent aucunement entre les différentes sortes de mariage. À partir du moment où le mariage sine manu est devenu une institution permanente, ces coutumes gentilices et ces moeurs familiales paraissent l'avoir considéré de la même façon que l'autre mariage. Elles semblent avoir défendu pour lui comme pour l'autre la trop grande fréquence des divorces. Ceci expliquerait cette constatation qu'aucun témoignage, qu'aucun texte, n'ont jamais distingué à ce point de vue entre les mariages. Il est très certain cependant que la liberté du mariage sine manu n'a pas dû être sans influence sur le développement ultérieur du divorce. C'est un terrain mieux préparé que le mariage cum manu. Il a fallu longtemps, avant qu'on tire les conséquences rendues possibles par cette liberté, puisque le mariage sine manu est connu, au moins en 305, à l'époque des XII Tables, et le développement du divorce ne se produit pas avant le VIème siècle, ou la date traditionnelle donnée par le divorce de Carvilius Ruga de 525 ou 527. Cette liberté théorique, cette liberté possible, est contrariée et maintenue par l'empire des moeurs. Quand cet empire s'affaiblit, lorsque l'opinion publique change et perd de sa sévérité, la liberté du mariage sine manu n'impose aucune défense légale et elle transforme les règles plus sévères du mariage cum manu. Car, de même que l'établissement du mariage sine manu dépend du simple accord de volonté, d'abord des parents dans le droit primitif, puis dans le droit développé des conjoints eux-mêmes, sa rupture dépend de la seule volonté des parties, du mari, de la femme et du père de la femme, qui ayant

Influence du mariage cum manu sur le développement du divorce.

Le divorce dans le mariage sine manu.

toujours la potestas a toujours le droit de retirer sa fille des mains du mari, de la réclamer. Il conserve ce droit jusqu'au début de l'Empire, à l'époque des Antonins. Au contraire, dans le mariage cum manu, la femme est placée sous l'autorité du mari, et d'après les règles mêmes du droit civil, seul le mari a le droit de répudiation.

Le divorce
dans le ma-
riage cum
manu.

Il peut effectuer cette répudiation par deux procédés : la confarreatio peut être dissoute par la cérémonie inverse de la diffarreatio ; la coemptio et l'usus seront effacés par la remancipatio, acte conclu per aes et libram, par lequel le mari affranchit la femme de son autorité.

La femme, elle, ne peut pas divorcer. Mais quand les moeurs ne sont plus défavorables au divorce, même la femme in manu conquiert ce droit, comme la femme sine manu. C'est une preuve de plus de considérer que les moeurs romaines ont toujours traité sur le même pied la femme mariée quel que soit le mode du mariage, au point de vue du divorce. La femme mariée cum manu peut forcer son mari à faire la remancipatio. Gaius 1,137. "Mulier autem virum, repudio misso, proinde compellere potest, ut se remancipet atque si ei nunquam nupta fuisset", au contraire la femme, en envoyant une répudiation, peut forcer son mari à la remanciper, comme si elle n'avait jamais été mariée. En somme, le mariage et le divorce, même encore au VIème siècle, sont davantage régis par les coutumes familiales et les moeurs, que par la loi. C'est donc dans la transformation de ces moeurs, qu'il faut chercher la solution des problèmes qui se posent à propos de ces institutions.

Chapitre III

LA DOT DANS LE MARIAGE CUM MANU ET DANS LE
MARIAGE SINE MANU.

Caractère primitif : dotis causa perpetua est

Nous abordons ici le sujet spécial de notre cours : la dot. Nous commencerons par examiner dans ce chapitre la condition juridique de la dot et les principes fondamentaux qui lui ont donné son caractère primitif. Pour déterminer ces principes fondamentaux, il suffira de tirer les conséquences des règles que nous venons de passer en revue. La condition juridique primitive de la dot dépend de l'organisation de la famille, des pouvoirs du père dans cette famille, et de la situation qui y est faite à la mère. La naissance de cette institution tire ses règles fondamentales du mariage cum manu. C'est là que cette condition juridique a pris ses traits caractéristiques. Cette situation est étendue de façon moins nécessaire, de façon moins directe, au mariage sine manu.

§ I - La dot dans le mariage cum manu.

Une femme mariée cum manu pouvait être avant le mariage, comme nous l'avons vu, ou sui juris ou alieni juris. Si elle est sui juris, elle a un patrimoine ; elle a une masse de biens. En se mariant, elle subit une capitis deminutio, un changement de droit de famille, et elle perd sa capacité juridique. Son patrimoine est acquis par le mari ou le père de son mari. Le mari devient de plein droit par la manus, propriétaire de la fortune de sa femme, qui vient se confondre dans son patrimoine avec ses autres biens.

Dans la deuxième hypothèse, la femme est alieni juris, C'est d'ailleurs l'hypothèse la plus normale, la femme que l'on marie est en général une "filiafamilias". Elle est donc sous la puissance de son père. Elle subit par son mariage une capitis deminutio, par changement de famille. Mais, comme elle était déjà in potestate dans sa première famille elle était incapable d'avoir un patrimoine, elle se trouvait sans bien. Mais elle perd ses droits de famille, en abandonnant sa famille paternelle, elle perd ses droits éventuels de suc-

La dot d'une femme sui juris.

La dot de la femme alieni juris.

cession. Vous le savez, la fille a, sur les biens du père un droit égal au droit du fils. Elle subit donc un préjudice de ce fait. En réparation de ce préjudice

il est d'usage que le père donne en dot une certaine somme à la fille. Cette dot représente, dans une certaine mesure, la part héréditaire qu'elle vient de perdre. Ce n'est pas pour lui une obligation. L'obligation de doter ne remonte qu'à l'Empire. C'est la lex Julia de maritandis ordinibus, d'Auguste, qui impose au père l'obligation de doter sa fille, si celle-ci n'a pas de fortune personnelle. Cette obligation est étendue et consacrée par un rescrit de Septime Sévère et de Caracalla. Mais avant, le père n'avait pas d'obligation juridique, et encore moins la loi ne fixait elle la quotité de la dot, qu'il était d'usage de donner. Il n'est pas nécessaire qu'elle représente l'équivalent exact de sa part héréditaire. Mais c'est un usage général de ne pas marier les filles sans dot. Les moeurs commandent de lui donner une dot, et même une dot parfois considérable. Des témoignages nombreux nous indiquent cet état des moeurs. Plaute, *Trinummus* Acte III, scène I. : "Flagitium quidem hercule fiet nidos datibur virginis." Scène 2. "Sed ut inops infamis ne sim, ne mihi hanc famam differant, me Germanam, ne hanc sororem in concubinatum tibi, sic sine dote dedi se magis quam in matrimonium". C'est une honte, à la vérité, par Hercule, de ne pas donner une dot à la vierge. Scène 2 : mais c'est pour que je ne paraisse pas infâme, pour qu'on ne me donne pas cette réputation de t'avoir donné ma sœur Germaine en concubinage l'ayant ainsi donnée sans dot, plutôt qu'en mariage. Vous voyez la raison : l'uxor dotata est plus considérée; l'uxor indotata est presque considérée comme une concubine.

La dot tombe dans le patrimoine du mari.

Cette dot, que ce soit une somme d'argent ou d'autres biens, tombe dans le patrimoine du mari. Il ne peut pas en être autrement, à cause de l'incapacité de la femme. Elle y tombe d'une façon définitive. Elle vient se confondre avec les autres biens du patrimoine du mari. Il n'y a pas encore de condition distincte de la dot, car le mari n'est pas obligé, en principe à la restitution de la dot à la dissolution du mariage. Du vivant du mari, le mariage cum manu, d'après le droit ancien, ne peut être résolu par le divorce. Il est vrai que le droit le plus ancien, comme nous le verrons, permet la répudiation dans certains cas graves. Mais dans ces cas, la femme coupable est punie, et on conçoit qu'il n'est pas nécessaire de lui rendre sa dot. Au cas de mort du mari, le mariage est dissous par cette mort, mais la femme n'a pas un besoin pressant de la restitution de sa dot, car elle est loco

Origine de la dot.

filiae, et par conséquent dans la succession de son mari touche sa part.

Dans cette situation, il faut déjà parler de la dot. La dot, c'est l'apport de la femme au mari, soit de tout son patrimoine, soit du don qui lui est fait par le père. Le langage des auteurs est nettement en ce sens. Cicéron, Topiques, 4. "Cum mulier viro in manum convenit, omnia quae mulieris fuerunt, viri fuerunt dotis nomine", lorsque la femme tombe sous la manus de son mari, tout ce qui lui appartenait appartient désormais au mari, à titre de dot. Paul, Fragmenta Vaticana, II5. "Idem ibidem (Paulus libro octavo Responsorum) refert talem consultationem et responsum : "Lucia Titia, cum nuberet Septitio, majoris dignitatis, viro ei, millia in dotem dedit, cum non amplius in bonis haberet. Num verum est quod a quibusdam dicitur omnia in dotem dari posse ? Paulus répondit : Recte dotem dari posse argumento esse, in manum conventionem". Le même au même endroit (Paul au livre 8 de ses Réponses) rapporte la consultation suivante et la réponse : Lucia Titia, lorsqu'elle se maria avec Septicius, qui était un homme de plus grande dignité qu'elle, lui donna mille en dot, alors qu'elle n'avait pas d'autre bien. Est-il vrai, maintenant, qu'il a été dit par plusieurs personnes qu'on peut donner en dot tous ses biens ? Paul répondit que la dot est ainsi valablement donnée, Que l'on puisse la donner ainsi, il en trouve la preuve dans la convention in manum. D'après ce texte, il était possible donc dans un mariage sine manu d'apporter en dot son patrimoine tout entier, et Paul dit que la preuve de cette possibilité était ce qui se passait dans le mariage cum manu. Par conséquent, automatiquement, toute la fortune de la femme est entre les mains du mari, à titre de dot. Il nous paraît donc inutile de chercher à ne pas tenir compte du langage de ces auteurs, et de dire, comme c'était l'opinion de certains auteurs du XIX^e siècle, qu'il n'y a pas encore de dot dans le mariage cum manu. C'est l'opinion commune des auteurs anciens. Gide, Condition privée de la femme, p. 505, dit qu'on ne rencontre la dot que dans le mariage cum manu d'une femme alieni juris, parce que n'ayant pas de fortune personnelle, c'est le père ou un tiers qui lui constitue une dot, qui fait une libéralité au mari, en vue du mariage. Il y a dans ce cas libéralité volontaire, donc dot. Pour Bechmann, Dotal Recht, d'une façon générale, il n'est pas possible de parler de dot dans le mariage cum manu, car il n'y a pas une institution spéciale. L'acquisition de la fortune de la femme par le mari n'est pas la conséquence des règles de la dotalité, mais la conséquence des règles plus générales de la puissance maritale. Il n'y a donc pas encore ici de dot. A notre avis, c'est

La fortune de la femme tombe automatiquement aux mains du mari à titre de dot.

tirer une conséquence fausse d'une constatation exacte. C'est se placer à un point de vue peu historique. Il est très exact, en effet, que l'acquisition de la fortune de la femme, est la conséquence de la manus, mais il est encore plus exact de dire que l'acquisition et ses conséquences nous montrent l'origine et nous donnent la clé de la condition juridique de la dot. L'origine de la dot se trouve dans l'acquisition de la fortune de la femme par le mari, en même temps que dans la manus. Non seulement, il faut donc déjà parler de dot, mais il faut toujours avoir présent à l'esprit cette origine et ses conséquences pour comprendre à la fois les principes fondamentaux et primitifs du régime dotal et les transformations postérieures.

§ II. La dot dans le mariage sine manu.

Nous avons vu que dans cette sorte de mariage la femme reste indépendante de la famille du mari. Elle est étrangère à cette famille, aussi bien en ce qui concerne sa personne civile, qu'en ce qui concerne ses biens. Mais il paraît nécessaire que les futurs époux mettent quelque chose en commun, en vue du mariage et en vue des enfants. Or, le modèle de ce qui peut se faire existe, et la solution simple consiste à imiter dans le mariage sine manu ce qui était forcément pratiqué dans le mariage cum manu. Seulement ici l'imitation est volontaire et en quelque sorte artificielle de ce qui était la règle nécessaire dans l'autre hypothèse. On fera donc au début du mariage une constitution de dot. Une certaine somme, une certaine masse de biens, est donnée au mari par la femme ou pour son compte, soit par la femme elle-même, soit par le père, suivant l'habitude ancienne de doter sa fille. C'est alors la dot profectice a patre profecta. La femme elle-même peut faire cette donation si elle est sui juris, ou même des tiers. C'est alors la dos adventicia. Ce ne sont pas, dans ce cas, tous les biens de la femme qui passent au mari, comme dans le mariage cum manu. Ce sont seulement ceux qui sont fermellement constitués en dot. Cette constitution peut être faite par tous les procédés qui permettent de faire une donation : une constitution de droit réel, une cession de créance, et même une extinction d'obligation. On peut aussi employer la forme spéciale de la stipulation. Dans la stipulation elle-même il est une forme réservée au mariage, qui porte le nom de "dictio dotis". Ces opérations sont valables, mais elles sont toutes subordonnées à la condition tacite que le mariage aura lieu, "si nuptias sequuntur". La constitution de dot acquiert ici une physionomie tranchée qu'elle n'avait pas dans le mariage cum manu, car

La constitu-
tion de dot
dans le maria-
ge sine manu.

Dot profectice
et dot adventi-
cie.

Procédés em-
ployés pour
la constitu-
tion de dot.

la constitution est ici expresse, et résulte d'un acte de volonté, et non pas des conséquences indirectes et nécessaires des règles légales.

Cette constitution de dot ne s'étend en général qu'à une partie des biens de la femme. La femme sui juris, à côté de ses biens dotaux, conserve en propre tous ceux qu'elle n'a pas constitués en dot. On oppose, à partir de ce moment, les biens propres de la femme sui juris, les "parapherna". Digeste, 23. 3. 9. § 3 "Quae Greci dicunt", comme le disent les Grecs, ces parapherna ou res extra dotem constitutas Digeste 42. 2. 86. Principium, s'opposent aux res dotales. Seulement, si la femme conserve des biens propres, ceux qu'elle donne au mari, ou qu'on donne au mari pour elle entrent dans le patrimoine du mari dans les mêmes conditions qu'y entraient autrefois les biens de la femme cum manu, c'est-à-dire que ses biens se confondent avec les autres biens du mari, sans avoir de condition spéciale. Ils lui sont remis de manière définitive, sans qu'il soit obligé à restitution. Ces règles sont un legs de l'ancien système. Elles ont encore une utilité elles servent à faire parvenir aux enfants du mariage une partie des biens de la mère. Ils retrouvent ainsi ses biens dans la succession du père, parmi les autres biens. Encore ce but n'est-il pas complètement atteint. S'il y a des enfants de plusieurs mariages tous participent également à la dot, et non pas seulement les enfants propres de la femme. Mais ces règles sont surtout désavantageuses pour la femme elle-même. Les inconvénients qui en résultent vont grandissant, se révèlent de jour en jour. La femme est en effet, dépouillée définitivement et sans compensation de son bien. Elle est sans garantie. A la mort du mari elle perd sa dot qui passe aux enfants ou aux parents plus proches du mari. Quant à elle, elle n'a pas de droit de succession, puisqu'il n'y a pas de parenté civile entre elle et son mari. La pratique prit l'habitude de suppléer à cette absence de droit par un legs fait par le mari à sa femme : le legs de la dot, "legatum dotis ou praeclegatum". Cet usage nous est attesté par de nombreux textes au Digeste. Il est attesté aussi en droit classique par une institution assez curieuse. Lorsque la dot devint restituable, à partir du moment où la femme a à la mort de son mari une action pour réclamer sa dot, qui est l'action rei uxoriae, si le mari lui a en même temps laissé sa dot, le préteur décide que l'on n'exécutera pas cumulativement les deux obligations mais que la femme aura à choisir entre celle des deux qu'elle préfère. Elle pourra donc réclamer ou bien la dot, ou bien le legs qui lui a été fait, et non pas les deux à la fois. C'est l'objet d'un é-

Biens dotaux et biens paraphéraux.

Les biens dotaux se confondent avec les biens du mari.

Vers la restitution obligatoire de la dot.

Legatum dotis et actio rei uxoriae.

Edit de
alterutro.

dit, qui avait réglé cette alternative, que l'on appelle l'édit "de alterutro". Ceci prouve que successivement et à des époques différentes le même besoin était réglé de façon différente et que le plus ancien de ces remèdes a été le legs d'abord, la volonté du mari de réparer l'insuffisance de la loi se manifeste dans son testament. Et puis, et seulement après le premier système, la loi est venue imposant l'obligation de restituer par l'action rei uxoriae. Comme ces deux moyens sont employés pour aboutir au même but, qui est la restitution de la dot, le préteur est logique avec lui-même, en accordant à la femme le choix entre ces deux moyens, mais non pas le cumul. Il est probable, au contraire, que si le legs, même appelé "legatum dotis", avait été inventé après l'action rei uxoriae, on aurait jugé d'aucun inconvénient de permettre à la femme de réclamer à la fois la dot et le legs, par interprétation de ce qui aurait paru être la volonté du testateur, la volonté du mari qui sachant déjà que la restitution de la dot est assurée par une action légale, s'il a voulu dans son testament faire un legs particulier à la femme, a voulu l'ajouter à l'obligation légale, et non pas ne lui donner qu'une alternative.

Mais il est enfin un inconvénient plus choquant encore. La femme reste sans garantie au cas de divorce. Dans le mariage sine manu le divorce est d'une extrême facilité, puisqu'il peut se faire, non seulement par l'accord des volontés, mais par une volonté unilatérale. Si d'un côté, au début du mariage, la femme abandonne définitivement sa fortune, d'un autre côté, elle peut être exposée à chaque instant à perdre sa situation de femme mariée par le divorce, et elle perdra ainsi par conséquent sa dot. L'austérité des anciennes moeurs retarde pendant un certain temps le développement du divorce. Mais la situation devient insupportable, quand les divorces deviennent nombreux et fréquents. Aussi l'ancienne condition ne peut plus être maintenue dans l'état présent des moeurs. Elle subit une transformation, et par une évolution, que nous aurons à retracer, elle impose au mari l'obligation de restituer la dot ou partie de la dot en cas de divorce.

L'action rei uxoriae permet à la femme de reprendre sa dot à la dissolution du mariage. La création de cette action a une importance considérable dans l'histoire de l'institution dotale, car elle fait de l'institution dotale une institution spéciale: c'est de l'obligation de restituer que cette institution tire ses caractères spécifiques. Tant que, en effet, la dot reste définitivement dans les biens du mari, elle se confond avec ses autres biens. Il n'y a pas

Importance de
l'action rei
uxoriae.

d'intérêt à les distinguer. Au contraire, dès que la dot devient restituable, on doit lui imposer une condition particulière, car les biens dotaux se distinguent des autres biens par ce trait caractéristique qu'ils sont exposés à une restitution éventuelle. Par conséquent, il est nécessaire de créer des règles spéciales, qui distinguent ces biens des autres biens du mari, qui leur conservent une existence séparée. A propos de cette restitution il faut les suivre dans leur transformation successive, et voir ce qu'ils deviennent, comment ils ont été remplacés pendant toute la durée du mariage, pour déterminer ce qui doit être restitué. Puis cette restitution elle-même, il est nécessaire de la garantir. Pour l'assurer il faut imposer à ces biens des conditions particulières. La principale est une des plus anciennes. C'est l'inaliénabilité de la dot immobilière. Toutes ces règles et d'autres encore ont fait de la dot une institution particulière, et sont le produit d'un développement historique. Ce n'est pas à l'aide d'un principe unique, mais par des procédés divers que ces règles ont été créées; elles sont basées d'une façon générale sur l'équité. Elles sont contraires à la notion primitive de la dot, qui reste toujours un bien appartenant au mari et en principe, de par son caractère, n'étant pas restituable.

§ III - Caractère primitif de la dot en

droit romain: "Dotis causa perpetua est" . . .

D'après ce que nous venons de dire, le caractère primitif de la dot peut se résumer dans les deux propositions suivantes:

1°) La dot est un bien de la femme, donné au mari. Le mari en devient propriétaire.

2°) La dot a été donnée pour le mariage, mais c'est un don définitif, c'est un don dont la durée n'est pas limitée, et n'est pas limitée surtout à la durée du mariage. Il est acquis définitivement au mari. Pour quelle raison? Nous venons de le voir: parce que l'organisation de la famille, l'autorité du père, le principe de l'unité du patrimoine, sont des règles générales qui imposent cette condition, et imposent notamment comme une conséquence forcée l'acquisition de tous les biens de la femme par le mari dans le mariage cum manu, et qui sont imitées, pour une partie de ses biens qui constituent la dot, dans le mariage sine manu. Dans l'un et dans l'autre cas, le résultat est le même: la dot est acquise par le mari

ou par le père du mari, elle se confond avec ses autres biens et n'a pas de situation spéciale. Dans le mariage, elle subit le même sort que les autres biens, c'est-à-dire que la dot est sous le pouvoir absolu de disposition du mari. Il en a la jouissance, il peut l'aliéner, et après sa mort, la dot est partagée par les cohéritiers. La conséquence la plus choquante est que cette dot, non seulement ne revient pas à la femme, mais n'est même pas toujours partagée entre ses propres enfants. Si le mari a contracté plusieurs mariages, tous les enfants de ses mariages différents prennent une part égale de cette dot parmi les autres biens du mari.

Si cette situation primitive était restée sans changement, on n'aurait pas pu parler de régime dotal. Le régime dotal vient, en effet, de ce que la dot parmi les biens du mari est comptée à part et suit un régime spécial. C'est qu'en effet si le régime primitif était simple et logique, il est en contradiction avec les intérêts de la femme, et même avec les intérêts de l'enfant. Il est même en contradiction avec le but économique et social de la dot, avec son caractère fondamental d'un bien de la femme donné pour le mariage. Les contradictions apparaissent plus clairement avec l'affaiblissement de l'autorité du paterfamilias, avec la désagrégation de la famille primitive. Aussi se produit-il une modification dans la condition de la dot; à l'occasion du divorce d'abord, l'usage s'est établi que la dot soit restituée. Il est nécessaire, puisqu'elle doit être restituée, qu'elle ne perde pas son individualité. Désormais, dans le patrimoine, cette masse des biens est mise à part, et on doit suivre les transformations, les diminutions ou les augmentations qu'elle peut subir, pour en déterminer le montant de la restitution. Mais ces restrictions écartent l'application du principe primitif, sans le supprimer. Pour comprendre le régime de la dot, il faut toujours revenir aux deux principes primitifs: le mari est propriétaire des biens dotaux et la restitution ne dépend pas du principe même de la dot.

On a longtemps discuté dans le droit romain moderne - je veux dire parmi les commentateurs du droit romain depuis les glossateurs jusqu'à nos jours - sur la question de savoir qui est propriétaire de la dot, le mari ou la femme ? Cette discussion provient du langage des jurisconsultes classiques, qui expriment dans quelques textes que la dot est un bien de la femme, bien qu'elle soit la propriété du mari. Diges-

Création du régime dotal.

Discussion sur le point de savoir qui est propriétaire de la dot apportée par la femme.

te 4.4. Trifoninus, libro quinto Disputationum, "quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est", quoique la dot est dans les biens du mari, elle appartient cependant à la femme. Justinien lui-même le dit d'une façon encore plus précise, code 5, I2, 30. "Cum eadem res ab initio uxori fuerunt, et naturaliter in ejus permanserunt dominio, non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est" car ces objets appartenaient au début à la femme, et d'après le droit naturel restent dans sa propriété. Ce n'est en effet que par la subtilité des lois que ces objets ont paru passer dans le patrimoine du mari et qu'ainsi la vérité de la chose a été obscurcie et rendue confuse..... Ces textes marquent le progrès de l'idée que la dot est le bien de la femme, et ils en tirent quelques conséquences contre le principe ancien et toujours debout que la dot reste la propriété du mari. Ce conflit n'est pas seulement, comme le dit Justinien, le conflit de la loi naturelle et de la loi civile, mais c'est bien plutôt le conflit entre deux législations de tendances différentes : la législation grecque et la législation romaine. Il ne faut pas oublier que Justinien était empereur de Constantinople, que le code a été publié à un moment où l'Empire d'Occident était perdu pour l'empire romain, par conséquent les destinées du droit romain étaient devenues entièrement grecques.

Nous n'étudierons pas d'une manière spéciale cette question, tandis qu'au contraire nous allons terminer ce chapitre en étudiant la deuxième proposition la dot est un don définitif au mari, acquis par lui définitivement, et non pas un don limité à la durée du mariage. Car ce principe qui provient de l'ancienne organisation familiale, et dont il est une conséquence, est contraire à l'idée nouvelle de la restitution de la dot.

Digeste, 23,3, de jure dotium. I. Paulus, Libro quarto decimo ad Sabinum : "Dotis causa perpetua est et cum voto ejus qui dat, ita contrahitur ut semper apud maritum sit". Paul au livre XIV sur Sabinus : la cause de la dot est perpétuelle, et d'après la volonté de celui qui donne, elle est ainsi constituée qu'elle reste toujours au mari. Ce principe est mis en tête du titre "de jure dotium", qui traite par conséquent de la condition juridique de la dot. C'est donc le principe général, qui domine toute la matière et la place qui lui est donnée indique son importance et sa généralité. Le mot "causa" n'a pas ici le sens technique actuel. Le sens technique de cause dans notre droit français, c'est le but immédiat, juri-

Le mari est propriétaire de la dot à titre définitif.

dique, en vertu duquel le débiteur a consenti à s'obliger. La cause, c'est le motif de droit invariable, toujours le même dans le même acte juridique, que l'on distingue du motif variant pour le même contrat suivant les cas. Par exemple, dans la vente, la cause de l'obligation du vendeur de livrer la chose, se trouve dans l'obligation de l'acheteur de payer le prix, tandis que les motifs sont des raisons variables suivant chaque vendeur pour lesquelles il a voulu vendre son bien. Le mot "causa" en droit romain désigne, tantôt la cause, tantôt les motifs, et même a un sens plus général. La "causa" d'une façon générale, c'est le fondement juridique d'un acte, c'est sa nature juridique. C'est ici le sens. Ce texte veut dire que, d'après sa nature, la dot n'est pas constituée à terme ou à condition. Elle est perpétuelle, c'est-à-dire qu'elle est constituée de façon à rester toujours au mari. C'était une propriété perpétuelle, comme la propriété du mari sur ses autres biens.

L'énonciation de ce texte est en contradiction avec l'opinion commune des commentateurs occidentaux du droit romain jusqu'à l'école historique - je veux dire les commentateurs du droit romain depuis les glossateurs de Bologne du XIII^e siècle jusqu'au début du XIX^e siècle. Pour le droit dotal, l'école historique commence avec les travaux de Beckmann et de Czyliharz, les deux historiens de la dot vers 1867-1870.

L'opinion des glossateurs et de leurs successeurs jusqu'au XIX^e siècle.

La dot appartient au mari pendant la durée du mariage.

Avec les glossateurs, la tradition des jurisconsultes classiques est rompue. Les glossateurs ressuscitent le droit romain, tel qu'il est dans les compilations de Justinien, c'est-à-dire en somme qu'ils acceptent le résultat du travail des jurisconsultes classiques sans tenir compte de l'histoire, du détail de la formation et de la façon dont ces résultats ont été acquis. Ils admettent le point d'arrivée, sans tenir compte du point de départ, ni du chemin parcouru. Ils s'efforcent de faire une construction logique et abstraite, là où il y avait une construction historique. Au point de vue de la dot, ils ont abouti à ce résultat de la considérer comme un bien juridiquement affecté aux charges du mariage. La dot pour eux est un capital, remis au mari pour qu'il en emploie les revenus à l'entretien du ménage. Mais si la causa juridique de la dot se trouve dans les charges du ménage, c'est une causa dont la durée est limitée à la durée du mariage. Avec la fin du mariage, avec la cessation de ses charges, disparaît la causa juridique de la dot. Le mari n'a plus le droit de la conserver, elle est désormais sans cause entre ses mains.

Il est obligé de la restituer. La dissolution du mariage produit l'effet d'une condition résolutoire. C'est là l'opinion commune. Elle est en contradiction avec le passage de Paul et l'affirmation qu'il fait de la "causa perpetua" assignée à la dot.

Cette contradiction n'a pas été ignorée par nos auteurs. Mais ils l'ont écartée d'une manière formelle, je veux dire par une de ces conciliations verbales, que l'on rencontre souvent dans la logique juridique parmi les auteurs dogmatiques. La conciliation fut trouvée par Aze, un glossateur, dans son *Commentaire du Code*, 5, 12. Loi unique. Elle fut répétée ensuite après lui par tous les auteurs, notamment par Cujas, bien que celui-ci fût un historien, dans son *commentaire du même titre*, 12 du Code, au tome 9 de ses œuvres complètes, p. 478.

Cette explication enlève au mot "perpetua" son véritable sens, et l'on dit qu'il signifie la même chose que s'il y avait pour la durée du mariage, car la durée du mariage n'étant pas limitée, comme il doit durer le plus longtemps possible, en principe toute la vie, donc d'après le voeu de celui qui constitue la dot, la dot doit rester au mari le plus longtemps possible.

Ainsi l'opinion commune limite arbitrairement le "perpetuum" par cette restriction sous entendue "durante matrimonio".

Il est inutile de s'appesantir sur la faiblesse de ce raisonnement. Si longtemps que le mariage dure en principe il finit toujours par se terminer. Si la restitution de la dot est liée à la dissolution du mariage, alors même que le désir du donateur serait qu'il dure longtemps, cela n'empêchera pas que la donation soit faite à terme, un terme dont la date est incertaine. Par suite la "causa dotis" sera une "causa temporalis" et non pas une "causa perpetua," perpétuelle.

Pour nous l'explication de Paul, fondamentale pour la notion de dot, ne souffre pas de difficulté. L'histoire nous en donne une explication pleinement satisfaisante. Il faut un temps où cette notion correspond exactement à la nature des choses. Elle est vraie, et littéralement, dans la forme et dans le fond. C'est l'époque primitive de la dot. Au moment où la dot est le patrimoine de la femme cum manu, qui tombe tout entier dans la puissance du mari, où la partie de patrimoine de la femme sine manu, qui est remise au mari, ses biens tombent définitivement dans sa propriété, l'action en restitution de dot n'est pas encore née. Le mariage peut être dissous par la mort

L'opinion de
M. Noailles;
la dot est la
propriété
"perpétuelle"
du mari jus-
qu'à l'époque
classique.

des époux et par le divorce. La dissolution n'a pas pour conséquence de faire naître l'action en restitution. Nous verrons que ce fut le droit pendant plus de cinq siècles, pendant les cinq premiers siècles de l'histoire de la dot.

On peut dire alors que la dot a une *causa perpetua*, cette notion simple et précise, qui exprime l'idée de l'indépendance dans le fond et de la forme de la durée de la dot, de la propriété du mari sur la dot et de la durée du mariage. C'est à cette époque que cette notion s'est dégagée, mais elle cesse d'être exacte à l'époque classique, à l'époque où Paul donne la formule que nous étudions. Il y a déjà plusieurs siècles que l'action *rei uxoriae* est créée. Par conséquent, la dissolution du mariage offre au moins dans la plupart des cas à la femme l'occasion de réclamer la restitution de sa dot. Par conséquent si nous ne considérons que le fond des choses, la dot est une donation temporaire, limitée à la durée du mariage, puisque sa dissolution donne à la femme l'action *rei uxoriae*, l'action en restitution. Par suite, la règle a cessé d'être juste, la dot n'a plus une *causa perpetua*. Pourquoi le jurisconsulte la répète-t-il, pourquoi Justinien la met-il en tête du titre "de jure dotium", comme la notion qui domine tout le droit dotal ? Ici encore l'explication, nous la trouvons, non pas dans la logique, mais dans l'histoire, dans l'histoire de l'action *rei uxoriae*, dans son origine et ses caractères.

La règle de l'ancien droit n'est plus exacte au point de vue du fond, puisque la dot en réalité est devenue restituable, mais elle est toujours exacte au point de vue formel. La notion primitive de la dot n'a pas changé. Les "onera matrimonii" ne sont pas devenus le fondement juridique de la dot. Quel aurait été, en effet, le résultat du changement dans la notion de dot, si on l'avait rattachée aux charges du mariage ? A la fin du mariage les charges disparaissant, la dot serait devenue sans cause entre les mains du mari. Il n'aurait pas eu une cause légitime de la conserver. Celui à qui la dot doit revenir, le père de la femme ou l'enfant, aurait eu une *condictio sine causa*, pour réclamer la dot au mari. La *condictio sine causa* est une action générale de droit strict accordée contre tous ceux qui détiennent sans cause légitime le bien d'autrui, en vertu de l'idée de l'enrichissement injuste. Celui qui détient, sans cause légitime le bien d'autrui, s'enrichit injustement à ses dépens, et on a contre lui une "*condictio*" pour lui réclamer le montant de l'enrichissement. Cette

condictio porte plusieurs noms : condictio indebiti, quand on a payé ce qu'on ne devait pas et qu'on réclame ce qu'on a payé, d'une façon générale condictio sine causa. Les interprètes anciens sont logiques avec leur conception de la dot, en fondant l'action en restitution sur cette idée. L'obligation de restitution est pour eux fondée re par la remise de la dot, d'après les principes généraux du droit. C'est l'idée du grand jurisconsulte Doneau, livre XIV, chapitre IV, N°I de ses œuvres, qui place la dot parmi les contrats re, et la compare au "mutuum". "Etiam dotis restituenda obligatio re contrahitur, eodem plane modo quam mutuo", l'obligation de restituer la dot est contractée re, de la même façon que par le mutuum. Cette idée qui est devenue l'opinion commune n'a aucun fondement dans les textes romains.

Aucun texte ne dit que la femme ou son héritier a une condictio. L'action rei uxoriae est fondée sur des principes différents. C'est une action de bonne foi, alors que la condictio est une action de droit strict. Elles n'ont pas le même but. Ce n'est pas l'enrichissement qui est réclamé, c'est la dot, ou plus exactement, ce qui paraîtra meilleur et plus équitable au juge de faire restituer. Le fondement de ces deux actions est totalement différent, elles sont nées dans des circonstances historiques tout à fait différentes.

Chapitre IV.

LES TABOUS DU MARIAGE.

Dans les deux chapitres suivants, nous allons examiner un texte de Plutarque : Plutarque, Vie de Romulus, 22.

"Εθηκε δέ καὶ νόμους Τίβας (ὁ Ρωμύλος)
 τῶν σφοδρῶν μὲν ἐστιν ὁ γυναικὶ μὴ διδόνεις
 ἀποδείπνειν ἀνόρρεα, γυναικαὶ δέ διδόνεις εἰδέλλειν
 ἐτί φαρμακεία τέκνων οὐ κλειστῶν ὑποβολῆ
 καὶ μοιχευθεῖσαν. εἰ δέ ἀλλως τις ἐποπεύ
 φαίτο, τῆς οὐσίας αὐτοῦ τὸ μὲν τῆς γυναικός
 εἶναι, τὸ δέ τῆς Δίηρητρος ἱερὸν χελεύοντο, τοῦ
 δέ ἀποδότρινον γυναικαὶ θύεοθει θεοῖς θεοῖς.

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'enfants ou de falsification de clefs, et pour cause d'adultére. Il ordonna que si quelqu'un renvoie son épouse pour une autre raison la moitié de sa fortune soit remise à la femme, l'autre moitié consacrée à Cérès mais que le mari qui répudie sa femme offre un sacrifice aux dieux souterrains.

Plutarque, historien et moraliste grec, est né à Chéronée en Béotie vers l'an 45 ou 50 de R.F. Il est mort en 140. Il a laissé de nombreux ouvrages, et parmi eux, deux qui sont très importants pour les antiquités romaines. D'abord ses Vies des hommes illustres ou vies parallèles, où il raconte successivement pour les comparer la vie d'un Grec illustre et la vie d'un Romain illustre. Le texte que nous avons à étudier est tiré de la vie de Romulus. Il compare Thésée et Romulus, et il compare plus loin Lycorgue et Numa. Son deuxième ouvrage, les Questions romaines, est une de nos sources les plus abondantes pour notre documentation sur les coutumes religieuses et profanes de l'ancienne Rome. Plutarque a pris comme modèle et comme source dans ses questions romaines un historien plus ancien que lui, un historien romain, qui est Varron. L'œuvre de Plutarque est le fruit de lectures immenses, d'un dépouillement très étendu de la littérature romaine. Mais ses lectures sont mises en œuvre par lui sans critique et sans discernement. Le sens historique lui fait complètement défaut. Il recueille

Valeur des témoignages de Plutarque.

sans critique tous les renseignements, mélange les auteurs anciens et d'autres plus modernes et moins importants. On a essayé, sans grand résultat, de déterminer les sources dans lesquelles il a puisé les matériaux de ses œuvres. Voir par exemple Ettore Pais, *Storia di Roma*, 3ème édition, tome I, 1926. P. 157 et s. Barth, de Juba, 1876, suivi par Mommsen, *Römische Forschungen*, II, p. 17, note 35, pensent que la source principale de Flutarque a été l'histoire romaine composée par Juba II, roi de Mauritanie de l'époque de César et d'Auguste. Ettore Pais pense qu'il suivit de façon générale les écrivains plus récents : Tite-Live et Denys d'Halicarnasse. Dans la vie de Romulus, à côté des détails de cette vie, qui paraissent dérivés de Varro et de Juba, il y a des notices qui proviennent de plus anciens auteurs grecs. On ne peut pas souvent décider s'il s'en est servi directement, ou s'il avait à sa disposition des livres d'extraits et d'anecdotes, qu'il cite d'ailleurs quelquefois. Le passage, que nous citons, pourrait bien être un de ces extraits, pris à un auteur différent du corps du récit, car la vie de Romulus est un recueil de légendes et d'histoires, une narration de faits vrais ou faux plutôt qu'un exposé des institutions primitives. A deux reprises, seulement, la narration des faits extérieurs est coupée de façon arbitraire pour être reprise ensuite par des détails sur le droit constitutionnel. Chapitre XV, il décrira la constitution de la cité du Sénat et expose les droits du patronat. Chapitre XXII. L'extrait que nous venons de rapporter sur le divorce, et également un autre sur le parricide, sont présentés tous les deux comme des lois de Romulus. Ce chapitre ne fait pas corps avec le récit. Il apparaît donc notamment comme la source probablement n'ayant pas été modifiée pour faire partie d'un exposé cohérent.

Importance du texte cité pour l'histoire de la restitution de la dot et du divorce.

Le texte, que nous allons étudier, est un de ceux qui sont le plus fréquemment cités par les auteurs modernes. Il compte comme un des plus importants des lois dites de Romulus. Il est important au point de vue des idées morales, il est important pour l'histoire du divorce, car il est le témoignage le plus ancien des cas de divorce admis par la coutume romaine. Il est important ensuite pour l'histoire plus particulière de la restitution de la dot. C'est également le témoignage le plus ancien, non pas de la restitution de la dot, mais de la coutume de donner une compensation pécuniaire à la femme répudiée, quand la répudiation n'est pas provoquée par une faute grave. C'est cette coutume primitive, représentée par la confiscation de la fortune du mari, dont on remet la moitié à la fem-

me, qui en se transformant a fait établir la règle de la restitution de tout ou partie de la dot à la dissolution du mariage. On peut dire qu'elle est donc l'origine de la règle de l'action *rei uxoriae*.

Aussi notre texte est-il très souvent cité, et il a une littérature extrêmement abondante. Il est cité par tous les historiens généraux de Rome, aussi bien par Niehchr que par Ettore Pais, du premier au dernier en date. Il est cité également par tous les historiens du droit romain. On le trouve dans tous les Manuels généraux, aussi bien à propos du divorce qu'à propos de la dot. Il est enfin cité dans tous les ouvrages spéciaux, consacrés, soit au divorce, soit à la dot, soit même aux lois de Romulus. Sans compter enfin les monographies particulières et les articles spéciaux sur ce texte. Vous voyez qu'il est donc possible d'établir une bibliographie extrêmement étendue de ce texte.

On pourrait penser qu'ayant été ainsi si souvent cité et étudié, son sens est complètement élucidé, si complètement qu'il pourrait ne plus être nécessaire d'y revenir. Croire ceci, ce serait pourtant se tromper complètement. En réalité l'histoire de son interprétation suit une évolution exactement inverse. Les plus anciens auteurs s'efforcent surtout de déterminer quels sont les cas de divorce envisagés par le texte. C'est sur cette détermination que porte le principal de leurs efforts. Pour le reste, c'est-à-dire pour la sanction, ils l'acceptent sans critique pour ce qu'il dit. Ils le considèrent, ainsi que Plutarque, comme une loi de Romulus, une loi sanctionnée par l'autorité de la cité et par son représentant, le roi. C'est lui qui, pour eux prononce et applique la confiscation.

Ce point de vue assez simple paraît aux auteurs nouveaux de plus en plus impossible à soutenir, et le texte leur semble de plus en plus difficile et incertain. La première incertitude, provient des cas de divorce très mal qualifiés par Plutarque, qui ont besoin d'être interprétés et expliqués par une interprétation toujours assez incertaine. Mais à ce point de vue, les auteurs auraient pu, et paraissent y être arrivés, obtenir une entente. C'est la sanction qui n'a pu être élucidée. Si bien que les auteurs en sont arrivés à douter et de l'authenticité de ce texte, et de l'histoire qui y est racontée. Girard, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, p. 35. dit qu'il faut éliminer de la juridiction criminelle du roi les infractions qui mettent en cause les divinités d'introduction plus récente, par exemple le culte de Cérès, qui est d'origine hellénique et relativement

Critique du
texte de Plu-
tarque.

Opinion de
Girard.

récent. Son temple a été consacré en 268 de R.F., comme nous l'avons vu, par le consul Spurius Cassius, après un voeu du dictateur Postumus. Il a donc été fondé sous la République. Il est impossible d'attribuer à l'époque royale une prétendue loi sur le divorce, attribuée par Plutarque à Romulus. Wissowa, historien de la religion romaine, dans la *Real Encyclopédie der Klassischen Alterthumswissenschaft*, au mot Cérès explique que le temple de Cérès est devenu le centre de la plèbe, le lieu de réunion des tribuns de la plèbe, le lieu où ils conservaient le produit des confiscations infligées aux ennemis de la plèbe. Tite-Live nous dit, en effet, livre III, chapitre V, : "Les consuls imprimèrent aux tribuns un double caractère d'inviolabilité, et par la religion et par la loi, qui dévouait à Jupiter la tête de quiconque intenterait aux tribuns du peuple, aux édiles, aux juges et aux décevirs et ordonnait que leur patrimoine serait vendu au profit du temple de Cérès, de Liber et de Libera. Cette loi, dit Wissowa, paraît avoir été pastichée par la soi-disant loi de Romulus, (Plutarque, Romulus, 22), dans laquelle la fortune du mari doit revenir pour moitié à la femme, pour moitié au temple de Cérès. En tout cas, cette loi est une création postérieure, il répète la même accusation d'inauthenticité dans son livre, "Religion et culte des Romains", 1ère édition Munich, 1902, p. 161, note 2, et p. 246.

Opinion de Bonfante.

Enfin, Bonfante, *CORSO DI DIRITTO ROMANO*, I, p. 87, dit : "Nous parlerons de la prétendue loi de Romulus, qui aurait, contre toute vérité historique, fulminé la confiscation hors de certains cas. Tome I, p. 251. Parmi les prétendues lois de Romulus, celle-ci est peut-être la plus énorme, celle qui a donné le plus grand mal aux interprètes. Je n'estimerai pas absolument invraisemblable que ce soit une tradition exagérée de l'empire ancien du sacerdoce et du fas, c'est-à-dire de la loi religieuse, ou une invention pure et simple de l'époque des réformes matrimoniales d'Auguste et dans l'esprit de l'impérial grand pontife.

En définitive, la tendance des derniers auteurs est de résoudre les difficultés du texte par le rejet pur et simple de ce texte comme inauthentique. Ce rejet s'appuie de façon générale sur les doutes qui se sont élevés sur l'authenticité des prétendues lois royales, les "leges regiae", dont ferait partie cette loi de Romulus. Il s'appuie, en outre, sur la constatation aussi générale que l'histoire ancienne de Rome, aussi bien l'histoire des institutions que des faits, a été falsifiée et agrémentée de légendes par les historiens de l'époque historique, et que cette

histoire a notamment été reprise et modifiée de façon fondamentale par les antiquaires romains de l'époque de Cicéron et de l'époque d'Auguste. Au XIX^e siècle l'Ecole historique allemande, Niebuhr, Mommsen, ont soumis les légendes et l'histoire des débuts de Rome à une critique impitoyable, souvent justifiée, mais n'échappant pas toujours aux reproches d'hypercritique. Le représentant le plus radical de cette hypercritique est l'historien Ettore Pais, que je vous ai cité.

Un grand historien français, Camille Jullian, s'est souvent élevé contre cette hypercritique et ses conclusions trop radicales. Il a montré l'inconvénient de l'injustice qu'il y a à rejeter totalement, comme légendaires, des données qui probablement ont un fond historique, et qui sont précieuses à étudier. En ce qui concerne notre texte de Plutarque, faut-il accepter les conclusions de l'hypercritique, et lui dénier toute valeur historique ? A mon avis, certainement non, il mérite une étude approfondie. Il me paraît qu'il représente une tradition sûre que l'on doit accepter, une tradition sûre, car on peut encore la suivre à travers toute l'histoire des institutions romaines.

Parce que les textes permettent de constater cette transformation, tout en la laissant reconnaissable, nous pouvons affirmer que cette tradition correspond à une réalité historique. C'est cette évolution que nous allons tenter de retracer dans les chapitres qui vont suivre.

Le texte de Plutarque - Vie de Romulus, 22. - nous permettra de l'étudier dans son état origininaire. Denys d'Halicarnasse, Antiquités Romaines, 2,25, nous la fera reconnaître dans une première transformation. Nous la retrouverons ensuite dans un texte authentique et sûr de l'époque de Caton, avant par conséquent que les transformations systématiques de l'époque de Cicéron et d'Auguste aient falsifié l'histoire, dans un extrait du livre de Caton l'Ancien sur la dot, cité par Aulu-Gelle, Nuits Attiques, chapitre 20,23. La tradition aboutit enfin à une règle de l'action rei exoriae : la retentio propter mores, attestée par Ulprien dans ses Regulae, "de dotibus", 6,12, dans des termes tels qu'on peut reconnaître dans son dernier état dans l'état du droit classique, cette tradition comme étant bien la règle même énoncée par Plutarque.

Ces textes appuyés et expliqués par un assez grand nombre d'autres nous permettront de rétablir la valeur historique du témoignage de Plutarque, que nous allons examiner maintenant. Dans ce texte assez corrompu, nous nous efforcerons de montrer ce qui peut en être conservé, et ce qui doit en être éliminé. Nous en ferons l'interprétation au point de vue de sa va-

Les hypercritiques.

leur historique. Dans ce chapitre, nous ne traiterons pas de la sanction, des défenses portées par la loi, c'est-à-dire de la consécration à Cérès, de la confiscation de la fortune du mari. Ce sera l'objet du chapitre suivant. Ici nous déterminerons les cas de divorce envisagés, et nous étudierons leurs caractères et leur signification.

§ I - Les leges regiae.

§ II - Les cas de divorce de Romulus.

§ III - Caractère religieux de ces cas de divorce: les piaculum, les tabous.

§ IV - Nature de ces tabous et explication socio-logique.

§ I - Les leges regiae.

Critiques des textes relatifs aux leges regiae.

Les dispositions que nous allons étudier, étant attribuées par Plutarque et par Denys d'Halicarnasse à Romulus, ont été considérées comme des lois de Romulus, et elles ont été recueillies dans les recueils de textes modernes parmi les leges regiae, parmi les soi-disant lois de l'époque royale. Ces leges regiae dans les recueils de textes modernes se présentent comme des extraits de citations d'auteurs qui se sont référés à une de ces lois de Romulus, de Numa, de Tullius Hostilius ou de Servius Tullius. Tous ces passages des auteurs romains ont été soigneusement recueillis et réunis par les historiens modernes. Les deux Recueils classiques sont : le recueil de Bruns, *Fontes juris romani antiqui*, 7ème édition, 1909, Pars prior, leges et negotia, p. 6 et Girard, *Textes de Droit romain*, 5ème édition, 1923. P. 6. Girard avant d'écrire les leges regiae fait dans une préface une bonne étude et un exposé critique de leur origine et de leur signification. Dans les *Fontes* de Bruns, le texte des leges regiae est beaucoup plus fourni que celui de Girard. C'est que Bruns donne sans distinguer tous les textes où un historien, avant tout Denys d'Halicarnasse, Plutarque, Macrobius, Tite-Live, Pline, Festus, Servius, etc.... parlant d'une institution même en termes très généraux l'attribuent à une loi de Romulus ou de Numa. Girard au contraire ne conserve de ces citations d'auteurs que celles qui donnent des dispositions concrètes, des règles précises et qui par leur forme tout au moins, pourraient être attribuées sans invraisemblance à des lois.

Qu'est-ce que ces lois royales ? La source principale de notre connaissance de ces lois se trouve dans Pomponius. *Digeste I, 2, 2, 1 et 2. Libro singulare enchiridii*. Ce texte est le début de son *Histoire des*

Diverses opinions sur les leges regiae.

Sources du Droit Romain. Pomponius nous raconte qu'au début de la cité il n'y avait pas de lois et que toutes étaient gouvernées par les rois. Mais la cité s'étant augmentée, Romulus partagea le peuple en trente Curies, et fit voter par le peuple des lois curiates. Les autres lois sont toutes écrites dans le livre de Sextius Papirius. Ce livre fut appelé *Jus Papirianum*. D'après Pomponius, Papirius serait de l'époque du dernier des Tarquins; d'après d'autres auteurs, il serait du début de la République. Ces énonciations, combinées avec les textes qui rapportent des dispositions des prétendues lois royales, ont fait croire à l'existence de véritables lois curiates, votées par les comices sur la proposition de tel ou tel roi. Quelques auteurs modernes ont partagé cette opinion. Voir la Bibliographie dans la notice de Girard. En particulier nous la trouvons représentée par Voigt, *Ueber die Leges Regiae* 1876. Mais l'opinion commune actuellement parmi les derniers auteurs est unanime pour contester l'existence réelle de ces leges regiae, comme lois curiates votées par le peuple. Les motifs de cette incrédulité sont sérieux et décisifs.

Les leges regiae ne sont pas des lois authentiques.

1° - L'énonciation qui qualifie de lois curiates ces leges regiae est du seul Pomponius. Elle se heurte à une autre tradition mieux établie, d'après laquelle il n'y avait pas de droit écrit, pas de lois, avant la loi des XII Tables. Pomponius connaît les deux traditions, et pour les concilier il suppose qu'après la chute des rois toute leur législation a été abrogée en bloc, que les Romains seraient donc retournés au droit coutumier après la chute de Tarquin le Superbe jusqu'aux XII Tables.

C'est une supposition qui a un caractère tout à fait anti-historique et invraisemblable.

2° - Il est impossible de considérer la plupart des dispositions contenues dans les leges regiae comme pouvant faire l'objet d'une loi. La plupart de ces dispositions, en effet, se présentent d'une façon indubitable, comme des prescriptions religieuses. Or le droit religieux échappe absolument à la méthode de voter des lois civiles. Il est invraisemblable pour l'histoire ancienne de Rome, comme pour son histoire moderne que l'on ait jamais fait voter le peuple sur des règles ayant un caractère religieux. J'ajoute aussi que les règles, que nous avons à examiner, même si elles n'étaient pas du droit religieux il est très peu vraisemblable qu'elles eussent été du droit civil, car le droit de famille pendant bien des siècles encore après la royauté est réglé uniquement par des usages familiaux et non par le droit civil.

3°- Le jus papirianum, ce recueil des soi-disantes lois royales, a une existence attestée seulement pour l'époque d'Auguste. Paul, Digeste 50, I7, I44, nous fournit le seul repère au point de vue de la date qui soit la date la plus ancienne. Il dit "Granius Flaccus in libro de jure Papiriano scribit". C'est le premier témoignage permettant de donner la date la plus ancienne à l'existence d'un liber de jure papiriano. Granius Flaccus est un grammairien contemporain de César et d'Auguste, donc de la fin de la République.

D'autre part, ni Cicéron, ni Varro, ne parlent de jus papirianum, et dans leurs ouvrages nombreux où ils traitent de façon approfondie des antiquités romaines et des lois religieuses, ils ne citent aucunement le jus papirianum. Ce jus papirianum est invoqué ensuite par Verius Flaccus, Denys d'Halicarnasse et Tite-Live, qui sont tous des historiens de l'époque d'Auguste.

Ainsi d'une part, l'époque de Cicéron ne paraît pas connaître le jus papirianum, et à partir d'Auguste nous le voyons au contraire couramment cité par les historiens. Il semble donc que nous soyons en face d'un recueil de jurisprudence sacerdotale où sont indiquées des vieilles règles traditionnelles souvent antérieures à la fondation de Rome, qui ont été conservées par les pontifes, et mises par eux sous l'autorité arbitrairement choisie d'ailleurs de tel ou tel roi de Rome. La plupart du temps ils les attribuent à Romulus ou à Numa. Nos textes sont attribués à Romulus. Cette jurisprudence sacerdotale après avoir été conservée dans les archives qui, nous le savons, étaient conservées dans le collège des pontifes, a pu être éditée entre l'époque de Cicéron et l'époque d'Auguste, par ce Papirius, dont par ailleurs nous ne connaissons que le nom.

L'attribution de nos deux textes à Romulus n'aura donc aucunement pour conséquence de nous forcer à voir là une disposition édictée par le roi, c'est-à-dire une disposition du droit de la cité. Elle nous apporte seulement l'attestation que les Romains considèrent cette disposition comme très ancienne dans leurs coutumes et spécialement dans leurs coutumes religieuses, que cette disposition par conséquent appartient aux usages primitifs des tout premiers temps de Rome, que c'est une règle originale dans le droit romain.

Nous en conclurons, deuxièmement, qu'une disposition attribuée aux leges regiae est avant tout une prescription religieuse. Ce sera une règle générale d'interprétation qui nous permettra de ne pas nous tromper lorsque par ailleurs avec vraisemblance on peut en faire une règle religieuse et l'attribuer à une

Le véritable caractère des leges regiae.

vieille croyance.

§ II- Cas de répudiation.

Plutarque nous indique que la femme n'a pas le droit de divorcer d'avec son mari, mais que le mari peut répudier sa femme dans trois cas :

1^o- Empoisonnement d'enfant.

2^o- Falsification des clefs.

3^o- Adultère.

Sauf le troisième cas, qui ne comporte aucune difficulté, les deux autres sont sujets à discussion, parce que leur qualification est insuffisante et leur interprétation incertaine. Il semble douteux d'ailleurs que Flutarque lui-même ait eu une idée nette de ces deux cas, car les usages dont ils parlent sont en désuétude depuis des siècles.

1^o- Empoisonnement d'enfant.

Parmi les nombreuses interprétations de ce texte, il en est une qui ne nous retiendrait pas longtemps, car elle est évidemment erronée, si elle n'avait pas encore pour caution deux auteurs, dont l'autorité est considérable. Le premier est Ihéring, "Les Indo-Européens avant l'histoire", p. 392, le second, c'est P.F. Girard dans ses "textes de droit romain", dans sa traduction.

Cette interprétation consiste à mettre une virgule après *αἴρειν* " et à faire de

τίκτων " le complément de "

έπειθολη ; ce dernier terme ayant alors deux compléments, on est contraint de traduire : empoisonnement, falsification d'enfants et de clefs. Girard traduit : "Propter veneficium, vel suppositionem partus vel falsationem clavium". La nécessité de traduire un seul mot par deux mots différents indique dès l'abord le caractère insoutenable philologiquement de cette correction de texte. Cette traduction nous donne trois cas au lieu de deux :

1^o- L'empoisonnement en général de toute personne, quelle qu'elle soit.

2^o- Une supposition d'enfants : le fait pour la femme de tromper son mari en lui faisant croire qu'elle est enceinte et au moment supposé de l'accouchement de faire passer un enfant étranger pour le sien.

3^o- Falsification de clefs.

Les motifs de cette transformation sont vraiment bien peu concluants. Ils donnent un bon exemple de cette argumentation sentimentale, bien peu scientifique, à laquelle se laissent entraîner les meilleurs esprits historiques, à défaut d'autres explications, dans des cas embarrassants. Ihéring nous dit, en ef-

Les trois cas
les plus an-
ciens de ré-
pudiation.

Critique des
opinions de
Ihéring et de
Girard.

fet : "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 pas-sous. 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 était pas moins un infanticide, la loi n'aurait pas comminé la même peine ?" Il ajoute un deuxième argument, qui à notre point de vue est plus important. "Pourquoi du reste mentionner le seul empoisonnement des enfants ? Commis envers d'autres personnes est-il davantage punissable ? La femme empoisonne le père, la mère, les frères et soeurs du mari, et il n'aurait pas le droit de se séparer d'elle ? Mais pourquoi, lorsqu'il s'agit de ses enfants, lui réserver encore ce droit ? A coup sûr tout empoisonnement était puni de mort, et le mari était délivré de la mère dénatu-rée, même sans séparation. Bref, cette opinion contient un tel entassement d'absurdités, parfaitement incroya-bles, qu'il faudrait un manque complet de réflexion et de sens critique pour lui accorder confiance. Mal-gré la vigueur avec laquelle ces raisons sont énoncées elles ne nous paraîtront certes pas suffisantes pour admettre une lecture philologiquement insoutenable. La nécessité de placer une virgule pour lire le texte nous montre le caractère arbitraire de la lecture. Elle est contre la règle de critique qui a été posée par Louis Havet, qui disait que, lorsqu'une interprétation doit mettre un signe de ponctuation pour donner un sens à un texte, il fallait conclure que cette inter-prétation était fausse, car les Grecs et les Romains n'employaient aucun signe de ponctuation.

D'autre part, elle fait parler Plutarque d'une façon tout à fait impossible. Les deux compléments dé-terminatifs de la falsification sont tellement diffé-rents que le même mot devrait avoir deux significa-tions différentes, et on fait dire à Plutarque : fal-sification d'enfants et de clefs. Jamais un Grec raisonnable et puriste n'aurait parlé ainsi, pas plus d'ailleurs qu'un auteur moderne, qui sait sa langue. Au contraire, la lecture courante nous paraît facile, si du moins l'explication ne l'est pas autant. Nous dirons qu'il s'agit d'un empoisonnement d'enfants, sauf à en déterminer le sens. Retenons cependant le deuxième argument. S'il s'agissait d'un empoisonne-ment, et de l'empoisonnement d'un enfant considéré comme une personne vivante, il s'agirait d'un crime de la part de celle qui n'a pas d'autorité sur l'en-fant. On pourrait objecter qu'il y a là un choix tout

à fait arbitraire parmi les crimes de cette espèce, que peut commettre la femme. D'autre part, la sanction serait étrange. Romulus ne parle que du divorce et non pas de la mort. Or ce crime, qu'il s'agisse de l'enfant ou d'une autre personne, aurait pour résultat de la soumettre comme ses autres crimes au droit de punir du mari. Il s'agit donc ici, au contraire, d'une faute de la femme qui n'emprunte sa gravité que en ce qu'elle est une offense contre le mari et contre le mariage, par conséquent dont la sanction est la rupture du lien matrimonial fait par le mari à titre de peine d'une faute spéciale. Ce caractère restreint est la physionomie des deux autres cas. Ce doit donc être celle de notre premier cas. Nous verrons même que cette physionomie est encore à un plus haut degré celle de notre cas, qui n'a de gravité que parce qu'il s'agit d'une femme mariée. C'est pourquoi nous serons disposés à admettre l'hypothèse assez généralement répandue parmi les auteurs modernes, qui voyaient dans cette "φαράκιδ" non pas un empoisonnement d'enfants vivants, mais la suppression par un remède abortif du fruit qu'elle portait dans son sein. Il s'agit d'un avortement. Cette hypothèse a été émise pour la première fois par Wächtlen, Ueber die Eheschließungen bei der Römer. Stuttgart, 1822, p. 24. Elle a été confirmée par Voigt, Ueber die Leges Regiae, 1876, p. 32, et depuis elle est généralement adoptée. Le mot qui désigne ici les enfants veut dire aussi bien partus, foetus que proles et soboles. Par conséquent le mot grec du texte désigne à la fois l'enfant, le rejeton, le descendant, mais aussi le fruit, le foetus non encore sorti du ventre de sa mère, non encore individualisé et "φαράκιδ" veut dire remède, poison, mais suivant l'opinion générale religieuse des Romains, ce poison et ce remède ne peuvent être qu'un philtre, une drogue magique, qui ne produit d'effet qu'à cause de son caractère magique. Si l'effet est bon, c'est un remède, si l'effet est mauvais, c'est un poison, mais dans tous les cas, c'est par l'intermédiaire d'une puissance surnaturelle que l'effet se produit. Le mot correspondant exact en latin serait "venenum", et il est employé par Ammien Marcellin au sens de breuvage abortif. Ammien Marcellin, I6, I0, I8. L'impératrice Eusébie, femme de Constantin, était stérile. Elle procura et fit prendre par surprise à sa belle-sœur, Hélène, soeur de Constantin, un breuvage, venenum, destiné à la faire avorter chaque fois qu'elle aurait un enfant. Avec l'emploi d'un breuvage magique pour provoquer l'accouchement avant terme, nous sommes sur un terrain bien connu du droit primitif. L'infanticide et le foeticide

à plus forte raison sont des coutumes très répandues chez les peuples primitifs. Westermack, Origines et développement des idées morales, 2 volumes, traduction française chez Payot, 1928, nous dit p. 406 : "Il n'est pas douteux que l'infanticide en grand, tel que le pratiquent beaucoup de races inférieures, soit dû aux misères de la vie nomade, notamment des difficultés et des dangers du transport, de la rareté de la nourriture". C'est une pratique que l'on retrouve, non seulement chez les sauvages, mais même chez des races civilisées. Elle est courante, même encore actuellement, chez les Chinois et elle a été pratiquée par les Sémites. Les Grecs et les Romains la pratiquent. Ils ont connu de tous temps l'abandon des enfants, l'exposition des enfants. Il faut remarquer qu'à partir du moment où les nomades se fixent sur un point de la terre et deviennent des agriculteurs, les raisons qui développent l'infanticide et le foeticide deviennent moins urgentes, car au contraire, l'enfant dans un peuple agriculteur devient une richesse et non pas une source de dangers. Aussi cette loi de Romulus, qui défend l'avortement des femmes mariées correspond à une autre loi de Romulus, citée par Denys, et que nous verrons aussi, qui défend d'exposer les enfants. Ainsi donc elle apparaît comme une réaction du peuple cultivateur contre une coutume antérieure. Nous verrons que ces deux lois sont d'ailleurs également tombées en désuétude, car l'usage de l'infanticide et de l'avortement sont impunis pendant toute la durée de l'histoire romaine.

Avec l'infanticide va de pair le foeticide, qui se commet sans objection, même chez les peuples ne connaissant pas l'infanticide. Platon et Aristote recommandent plutôt le foeticide que l'infanticide.

Quelle est l'état de l'opinion à Rome à ce sujet ? Il est intéressant de l'exposer rapidement.

L'avortement pour les Romains n'est pas considéré comme un meurtre, car pour eux l'enfant, qui n'est pas encore né, n'est ni un homme, ni un enfant, Digeste 2,9, I. "Partus nondum editus hominem non recte fuisse dicitur", le fruit qui n'est pas encore né ne peut pas être appelé exactement un homme. Digeste 24, I, I, "Partus mulieris portio est visceris", le fruit de la femme est une partie de ses entraînes. Les philosophes et les médecins discutent parfois le moment auquel l'embryon devient vivant, et c'est pour pouvoir assimiler l'avortement à l'infanticide, par conséquent comme on le fit plus tard, à un crime. Aristote professait que si l'ordre et les usages s'opposent à l'exposition des enfants il faudra contre l'excès de la population soumettre à certaines règles la faculté

L'avortement
n'est pas
considéré
comme un meur-
tre chez les
Romains.

L'avortement considéré comme une offense envers le mari est une cause de répudiation.

A partir de Septime Sévère l'avortement est réprimé civilement.

d'avoir des enfants. S'ils naissent en trop grand nombre, il faudra pratiquer l'avortement avant que les embryons n'aient acquis ce qui est permis et ce qui ne l'est pas, c'est-à-dire le sentiment et la vie. Par conséquent ni en Grèce, quoique il y ait à ce sujet des discussions, ni à Rome, l'avortement n'est puni comme tel. Mais on le considère comme une offense contre le mari. C'est une faute contre la famille. La femme qui se fait avorter par haine de son mari par vengeance, le prive d'un héritier, le prive d'un successeur qui continuera son culte. Or c'est le mari seul qui a le droit de régler sa descendance, de l'accepter ou de la refuser. La sanction de cette faute sera le divorce. Même après la désuétude de la prétendue loi de Romulus, que nous étudions, cette faute reste parmi les causes de divorce justifiées. Tacite Annales, I4,63 nous dit que Néron pour divorcer d'avec Octavie, prétexta qu'elle s'était fait avorter. Justinien classe l'avortement parmi les cas de divorce justifiés. Novelle 22, chapitre II.

Mais nous ne trouvons pas dans le droit ancien de traces de sanction spéciale autre que le divorce. Nous ne trouvons de sanction ni dans la jurisprudence du tribunal familial ni dans le droit de la cité. Ce n'est que dans les derniers siècles de la République et au début de l'Empire que, avec la démoralisation des mœurs, les avortements deviennent plus fréquents. Ovide, Amours, 2, I4, 36. Juvénal, 2, 32, 5. 595, sont témoins de la fréquence et de l'impunité avec lesquelles se pratiquaient les avortements de leur temps. Pour la première fois, en l'an 200 après J.C. sous Septime Sévère et Antonin, les avortements sont réprimés par une loi civile.

Il est intéressant de noter que le motif qui est donné est toujours que l'avortement est une faute contre le mari, Digeste 47, II,4. "Indignum esse videri potius impune eam maritum liberis fraudasse". Il est honteux que la femme puisse impunément frauder son mari de ses enfants. Dans les lois postérieures, nous trouvons les mêmes motifs. Le mari a droit aux fruits de sa femme. Après ce rescrit, il y a d'autres dispositions qui sont prises contre les avortements dans le détail desquels il est inutile d'entrer. Une peine assez sévère est portée contre la femme, l'exil, et contre celui qui procure le breuvage abortif la peine est très sévère surtout s'il entraîne la mort de la femme. Sentences de Paul 5,23, I4. "Qui abortionis aut amatorium posculum dant", de ceux qui procurent un breuvage abortif ou un breuvage d'amour. Les idées chrétiennes condamnent l'avortement, quelle que soit la personne qui le pratique. C'est depuis le règne de ces idées qu'il

est, non pas supprimé, mais condamné en soi par les moeurs et par la loi, comme un péché et comme un crime. Il est très remarquable cependant que, même les derniers empereurs romains, les empereurs chrétiens, continuent à condamner l'avortement suivant une tradition millénaire, comme offense faite au mari, et avant tout continuent à le présenter comme une cause de divorce. Novelle, 22, de Justinien, chapitre II, Novelle 31 de Léon. Ces auteurs disaient que la femme qui en haine du mari se fait avorter peut être répudiée par lui.

Les deux sortes d'avortement distinguées par le droit classique.

Les textes de l'époque classique distinguent toujours deux sortes d'avortement : l'avortement procuré par des manœuvres mécaniques. Digeste, 48, 8, "Si mulierem visceribus suis vim intulisse quo partum abigeret constiterit", si la femme est convaincue d'avoir employé un moyen violent pour que son fruit soit expulsé.

Le deuxième cas d'avortement, c'est celui qui est procuré par un remède. Digeste, 48, 19, 38. "Qui abortonis aut amatorium poculum dant".

Dans notre texte il n'est parlé que de breuvage abortif. Comme nous le verrons, c'est un breuvage magique, et à notre point de vue, c'est ce caractère de breuvage magique beaucoup plus encore que l'avortement en lui-même, où gît la notion de faute et la gravité de la faute commise.

Deuxième cas : falsification de clefs.

Le deuxième cas de divorce se présente sous une forme plus énigmatique encore que le premier. En quoi consiste cette faute, cette falsification de clefs, qui est une faute si grave qu'elle est mise sur le même pied que l'adultère et qu'elle est considérée comme une cause de répudiation à l'égal de l'adultère ? Ce qui augmente l'énigme, c'est que chez les Romains l'usage était que la femme romaine a les clefs à sa disposition dans l'intérieur de la maison, elle a une grande autorité sur la maison elle-même et sur ses habitants, et même sur son mari. Elle est appelée "domina", la maîtresse. Le symbole de cette autorité, ce sont les clefs qu'elle détient. La formule du divorce dès l'époque des XII Tables montre que le mari lui réclame les clefs pour lui signifier qu'il la répudie. Cicéron, *Philippiques*, 2, 28, 69, nous donne la formule du divorce d'après les XII Tables : "Illa ex duodecim Tabulis claves ademit, exegit", il lui retira les clefs d'après les XII Tables, il la chassa. Il s'agit donc nécessairement de certaines clefs que la femme par exception n'a pas le droit d'avoir. Nous

Le deuxième cas de divorce visse la défense faite aux femmes de boire du vin
Source : BIU Cujas

sommes en présence d'une qualification détournée, probablement traditionnelle, d'une défense, d'une défense dont Plutarque n'a peut-être plus connu le sens.

Les auteurs modernes sont à peu près d'accord pour penser que les clefs, dont il s'agit, sont les clefs du cellier, de la cave à vin. Ces clefs seraient en rapport avec la vieille interdiction qui pèse sur les femme romaines, l'interdiction de boire du vin. Un des premiers auteurs, qui s'est trouvé en face de cette interprétation, Waechter Eheschützung der Römer, p.23, en a été choqué et nous dit : le caractère comique et arbitraire de cette interprétation saute aux yeux. Mais cette interprétation si audacieuse et si comique qu'elle paraisse, un assez grand nombre de textes nous permettent de la faire avec certitude, tout au moins avec une certitude relative, qui lui enlève son caractère arbitraire. Car, à la différence de l'empoisonnement d'enfant, c'est un cas qui ne se présente pas isolé dans un texte unique. Nous ne sommes pas réduits au seul texte de Plutarque pour l'interpréter. Sans quoi cette interprétation serait parfaitement impossible. Une série de textes, qui sont de la même tradition que le nôtre, nous présentent la même liaison : adultère et défense de boire du vin. Ces deux défenses sont présentées comme les deux fautes les plus graves que puisse commettre la femme contre le mari, et sont présentées toutes deux comme également causes de répudiation. De plus elles sont présentées toutes deux comme permettant au mari de punir sa femme et de lui appliquer à juste raison la peine de mort. Cette liaison, qui dans ces textes apparaît constante, se retrouve aux différentes époques de l'histoire romaine, aux différentes époques où s'est opérée la transformation des usages. Nous allons passer en revue les principaux de ces textes et les plus caractéristiques.

Les textes les plus caractéristiques relatifs à la défense pour les femmes de boire du vin.

1°- Nous rappellerons d'abord Plutarque, 22, vie de Romulus 22, Romulus édicta parmi d'autres lois, celle-ci qui est dure, qui défend à la femme de divorcer d'avec son mari et qui permet au mari de répudier sa femme pour cause d'empoisonnement d'enfant, de falsification de clefs et d'adultères.

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. Les parents jugent 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 fissent punies comme étant les plus graves que puisse commettre une femme. Il pensait que

l'adultère était le point de départ de l'égarement d'esprit, et l'ivresse le début de l'adultère.

3°- Valère-Maxime, 6,3,9, pour un motif beaucoup moins grave Egnatius Metellus 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 punition exemplaire la violation des lois de la sobriété, car toute femme qui fait un usage immodéré du vin ferme son cœur à toutes les vertus et l'ouvre à tous les vices.

4°- Pline l'Ancien, Histoire naturelle, 14,13. Il n'était pas permis aux femmes romaines de boire du vin. Nous trouvons entre autres exemples que la femme d'Egnatius Mecenius(sic) parce qu'elle avait bu du vin au tonneau, avait été tuée à coups de bâton par son mari. Celui-ci avait été absous du crime de meurtre par Romulus.

5°- Fabius Pictor dans ses Annales écrit qu'une matrone, parce qu'elle avait descellé les casiers dans lesquels étaient les clefs de la cave à vin (claves vinariae cellae,) avait été condamnée par les siens à mourir de faim. Cnéius Domitius en qualité de juge déclara qu'une femme qui paraissait avoir bu plus de vin qu'il n'était nécessaire comme remède pour sa santé, serait frappée d'une amende sur sa dot.

6°- Polybe, livre VI,2. Il est impossible à la femme de cacher qu'elle a bu du vin, d'abord parce qu'elle n'a pas à sa disposition le vin.

7°- Aulu-Gelle, Nuits Attiques, 10,23. Les écrivains qui ont traité des habitudes et des moeurs du peuple romain nous apprennent que les femmes du Latium devaient être toutes abstinences. Marcus Caton avance même que, non seulement les femmes devaient être censurées, 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 : lors que le mari divorce, 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 si elle commet l'adultère, il la condamne. Sur le droit de tuer, il écrit ceci : "Si tu surprends ta femme commettant l'adultère, tu peux impunément la tuer sans jugement; si elle te surprenait en adultère, elle n'osera pas te toucher du bout du doigt, et elle n'en a pas le droit."

8°- Valère-Maxime 2,I,5. L'usage du vin fut inconnu des femmes romaines, de peur qu'elles ne fussent entraînées dans quelques désordres, car le degré le plus proche de l'intempérance, de Liber Pater, conduit

d'habitude à la Venus illicite.

9° - Plutarque, Parallèle de Lycurgue et de Numa. 3. 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 des choses, même les plus nécessaires, qu'en présence de leur mari.

Ces textes sont les plus importants à ce sujet. Ils ne sont pas les seuls, il y en a encore quelques autres.

Le nombre de ces textes marque l'importance de cette tradition chez les Romains. Ils montrent en outre que le rapprochement, que nous avons fait entre la falsification des clefs et l'interdiction de boire du vin n'est pas arbitraire. Le texte de Plutarque est un résumé devenu elliptique par sa concision, soit qu'il ait été résumé à l'excès par Plutarque, soit plutôt que cette concision se trouve déjà dans des sources et qu'il l'ait peu compris.

Preuves directes du rapport entre la défense de boire du vin et la défense de s'emparer des clefs de la cave.

Nous trouvons dans ces différents textes deux ordres de preuves de la possibilité de faire ce rapprochement. Nous y trouvons d'abord une preuve directe, par la comparaison entre le passage de Fabius Pictor, cité par Pline, et celui de Romulus. Nous voyons que Fabius Pictor dit qu'une matrone ayant descellé les casiers où étaient les clefs de la cave a été condamnée par ses proches à mourir de faim. On remarquera que ce texte ne dit pas même qu'elle s'est servi de ces clefs pour boire du vin. Il parle uniquement des clefs de la cave. Il faut se rappeler que Plutarque dans ses Vies parallèles s'est beaucoup servi pour les Romains de Fabius Pictor, que Fabius Pictor a été une de ses sources principales. Le rapprochement est donc très important et très suggestif.

Nous trouvons aussi un texte de Polybe, qui nous dit que la femme ne peut pas boire parce qu'elle n'a pas la disposition du vin.

Ces textes montrent donc qu'il y a eu un rapport établi entre la défense de boire le vin et la défense de s'emparer des clefs de la cave, de fabriquer ou de soustraire ces clefs. Il est possible qu'un texte ancien ait qualifié la faute en parlant des clefs, en parlant, non pas de la faute commise, mais des moyens employés pour la commettre, et assimilant pour les punir de même la faute qui consiste à se procurer les moyens pour boire le vin avec la faute qui consiste à le boire.

Un deuxième ordre de rapprochement nous fournit des preuves indirectes, mais peut-être encore plus persuasives que la première : en effet, tous nos textes montrent la liaison constante, à toutes les époques de l'histoire romaine, entre l'adultère et le

Preuves indirectes .
Défense de
boire du vin
et adultère.
Source : BIU Cujas

fait de boire du vin, comme étant les fautes les plus graves que puisse commettre la femme. C'est la cause du divorce et la cause de diverses autres peines, qui sont égales dans les deux cas. Or, notre texte de Plutarque fait partie de cette tradition. Il peut donc être interprété à la lumière des autres. Examinons ces textes et voyons comment ils considèrent cette faute, quelle gravité et quelle importance ils lui attribuent.

Nos textes considèrent le fait de boire du vin comme la faute la plus grave que puisse commettre la femme. Ils l'assimilent à l'adultère, c'est-à-dire au manquement qui a toujours été considéré comme le plus important contre la foi conjugale. C'est comme l'adultère, à la fois une cause de divorce, et une cause qui ouvre au père de famille le droit légitime de punir, le droit d'appliquer la peine la plus grave, la peine de mort.

Il faut remarquer en effet, qu'en ce qui concerne l'adultère, la sanction a toujours été double, à toutes époques du droit romain. Je dirais même qu'elle reste ainsi à notre époque, dans les temps modernes la sanction de l'adultère n'est pas au fond tellement différentes de ce qu'elle était dans le droit romain.

A Rome l'adultère est d'abord cause de divorce, d'après laquelle le mari peut et même doit répudier sa femme. Les moeurs, et même la loi, lui imposent le divorce, au moins à titre d'obligation morale. Mais il peut aussi tuer sa femme, exercer son droit de punir. C'est le deuxième aspect de l'adultère, qui fait naître la vengeance du mari irrité. Mais cette vengeance, il ne l'exerce pas toujours. Il se contente souvent de la première sanction. La coexistence de ces deux droits, qui ne doivent pas être confondus, est toujours constatée. En ce qui concerne le fait de boire du vin, le droit de tuer est attesté pour l'époque ancienne, par les exemples cités dans Pline, dans Valère-Maxime, où il est dit qu'Egnatius Mecenius tua sa femme à coups de bâton parce qu'elle avait bu du vin au tonneau, dit Pline, et nous voyons là encore un rapport avec la cave à vin. Le récit de Valère-Maxime est plus modernisé. Il dit que le mari ne fut pas poursuivi devant les tribunaux pour meurtre, ne fut même pas censuré. Lui place ce récit sous la République, tandis qu'au contraire Pline dit que le mari fut absous par Romulus. Cette hésitation dans la tradition nous montre peut-être le caractère peu sûr et quelque peu légendaire de Metellus.

Fabius Pictor est intéressant, parce qu'il nous parle d'un jugement des proches pour la femme qui avait volé les clefs de la cave : c'est un jugement des pro-

La double
sanction
de l'adultè-
re en droit
romain.

ches non du mari, et il s'agit pourtant d'une matrone, c'est-à-dire d'une femme mariée. Elle est condamnée par les proches à mourir de faim.

Il est peu probable qu'au temps de Caton le fait de boire du vin maritâtre encore la peine de mort. La défense de boire du vin est une singularité, que l'on ne comprend plus, si on enlève le sens religieux de cette prohibition qui est son caractère primitif et sa raison d'être. Les auteurs qui rapportent cette prohibition tentent de la rationaliser, mais alors elle perd toute sa gravité. Mais la force de la tradition est assez grande pour maintenir longtemps encore l'assimilation avec l'adultère, non pas sans doute pour la peine de mort, mais pour le divorce. Il semble en effet, que les passages de Caton, qui nous sont donnés par Aulu-Gelle, ne parlent plus de la mort pour le vin, car après l'assimilation qui est faite expressément pour les peines pécuniaires, en ce qui concerne le droit de punir, Caton, d'après Aulu-Gelle, ne parle plus que de l'adultère; il n'est plus question du vin.

Mais le fait de boire du vin reste assimilé à l'adultère et continue à être joint à lui comme la faute la plus grave, entraînant les conséquences les plus importantes au point de vue pécuniaire. Dans ce texte de Caton, que nous aurons l'occasion de revoir, nous voyons en effet que nous sommes à une époque où il y a des actions en justice au moment du divorce. Le divorce est libre, mais le divorce donne à la femme le droit à la restitution de sa dot. Nous voyons que si elle a donné des motifs de divorce, si le divorce est justifié, elle peut être condamnée à des peines pécuniaires sur sa dot. Le mari la garde en tout ou en partie. Il la garde en partie, lorsqu'il s'agit d'une faute moins grave. Le juge, dit le texte, frappe la femme d'une amende. Mais les fautes les plus graves sont l'adultère et le fait de boire du vin, lorsqu'il s'agit de ces deux fautes, le juge "condemnat", d'après l'interprétation, que nous pensons être la meilleure. Condemnat veut dire ici lui prendre toute sa dot. Qu'il s'agisse d'une condamnation sur la dot, la preuve nous en est fournie du titre même du livre d'où est tirée cette règle, du livre "de dote". Elle nous est fournie encore pour le même temps par le texte de Pline l'Ancien, Cnèius Domitius, en qualité de juge, décida qu'une femme, qui avait bu avec excès, serait frappée sur sa dot, "mulctavit ex dote". Ce dernier texte est le dernier qui existe sur ce chapitre du vin, et l'on voit ce que devient la prohibition avant de disparaître. On essaie de la rationaliser. Le fait de boire du vin paraît punissable. C'est l'excès, l'ivrognerie,

qui est puni, et non pas le vin. Originaiement, il s'agit incontestablement du fait seul de boire du vin qui est défendu.

Le droit romain classique ne connaît plus la prohibition de l'usage du vin pour les femmes.

Nous ne trouvons plus cité dans le droit romain classique, ni comme cause de divorce, ni comme cas spécial de peine pécuniaire, le fait de boire du vin. La vieille prohibition a entièrement disparu. Mais le souvenir nous en est conservé comme une curiosité archéologique, qui n'a plus de rôle juridique. Elle ne figure plus notamment dans le dernier état de l'action *rei uxoriae* classique, elle ne figure plus dans les *retentiones propter mores*, qui sont le dernier terme de l'évolution, que nous retracions rapidement ici. En effet, comme dans le texte de Caton, nous voyons que pour l'action *rei uxoriae*, et dans les *retentiones*, Ulprien distingue entre les *mores leviores* et les *mores graviores*, pour déterminer le montant de la dot que doit conserver le mari. Les *mores leviores* sont, dit Ulprien, comme Caton, toutes fautes de la femme, et une partie de la dot lui sera enlevée. Les *mores graviores*, c'est l'adultère seulement, dit Ulprien. La prohibition de boire du vin a disparu. Il ne reste plus dans la catégorie qu'un seul cas mais il est toujours présenté comme une catégorie opposée à une autre qui comprend, celle-là, une infinité de cas. Grâce à ce texte, qui permet de voir toute la suite de la tradition, nous pouvons faire la soudure entre les plus anciens anneaux de la chaîne, entre Plutarque, Denys d'Halicarnasse et le dernier anneau, les *retentiones*. Ceci nous permet de voir la liaison qu'il y a entre ces textes. Nous reviendrons d'ailleurs largement sur ce point. C'est le sujet principal du cours. Mais je tenais à vous le montrer pour la première fois que nous étudions ces textes.

De l'antique prohibition, à l'époque classique, il reste peut-être qu'on impose une plus grande retenue aux femmes. Chez elles on considère que l'ivresse est plus choquante que chez les hommes. Un tuteur sévère défendra à sa pupille de boire du vin. C'est ce trait de moeurs qui existe la verve d'Horace dans ses *Odes*, livre 3, 12.

"Miserarum est nec amori ludum neque dulci mala vino lavare aut examinari metuentes patruae verbera linguae".

Ah! que je plains la jeune beauté privée des doux jeux de l'amour et qui, redoutant la voix menaçante d'un tuteur rigide, n'ose pas verser sur ses peines le vin consolateur.

Mais il nous faudra maintenant, après avoir déterminé l'importance attachée par le droit archaïque à la

Motifs de la défense faite aux femmes de boire du vin.

prohibition, essayer d'en chercher l'explication. Nous devrons déterminer, ou plutôt supposer pour quelles raisons elle a pu être portée. Il est bien évident que les historiens, qui nous ont conservé cette prohibition, n'en comprennent plus la portée. Bien qu'ils ne la trouvent plus raisonnable, ils essaient d'en donner une explication raisonnable, une explication morale, et leur explication vise l'ivresse, l'intempérance et non pas seulement le fait de boire du vin. Ils essaient de maintenir l'assimilation qui est faite par les textes entre le vin et l'adultère. Ils nous montrent simplement que l'intempérance conduit à l'adultère, que tous les deux, adultère et intempérance, sont également des égarements de l'esprit. Denys nous dit, en effet, que Romulus pensait que l'adultère était le point de départ de l'égarement d'esprit, l'ivresse le début de l'adultère. Ce sont donc deux erreurs qui font perdre la tête aux femmes et les font sortir d'elles-mêmes. Même explication dans Valère-Maxime, mais sous une forme plus religieuse. L'intempérance de Liber Pater est le degré le plus proche qui conduit à la Vénus illicite. Liber Pater est un très ancien dieu latin. Il forme un couple divin avec Libera. Les Romains ne connaissaient plus guère que son nom et n'étaient pas d'accord sur sa signification originale. C'était probablement le dieu de la fécondité et de l'abondance, de la fertilité des champs. C'est en tout cas un dieu agraire, dont le culte fut lié au culte de Cérès. Lorsque Cérès eut un temple à Rome, après sa réunion avec la Déméter Grecque, Liber et Libera furent alors assimilés à Dionysos et à Corée. Sous cette forme grecque, Liber devint le dieu de la vigne, le dieu du vin. Suivant les habitudes de langage tenant aux croyances religieuses, le vin est confondu avec son dieu, l'amour étant confondu avec la déesse de l'amour Vénus. La Vénus illicite, la Vénus impudique, qui protège les amours illégitimes, s'oppose à la Venus pudica, qui protège elle, les formes légitimes du mariage. Mais, au fond sous ce revêtement religieux, c'est la même idée morale de Denys d'Halicarnasse : l'intempérance conduit à l'adultère. Ces idées en rationalisant la prohibition, la déplacent de toute signification et de portée, car ce n'est pas seulement le vin qui conduit à l'adultère, mais encore bien d'autres choses. Elles n'expliquent pas pourquoi le fait de boire du vin est considéré en soi comme une des plus graves fautes contre le mariage et contre le mari, et pourquoi cette faute est assimilée à l'adultère. Nous verrons dans les deux derniers paragraphes de ce chapitre que cette faute consiste en une souillure, en une faute religieuse, en

une infraction à un tabou, par conséquent qu'elle trouve son explication dans les croyances religieuses des Romains primitifs.

Troisième cas : l'adultèbre.

Enfin, d'après Plutarque, le troisième cas où il est permis au mari de répudier sa femme, c'est le cas d'adultèbre. Ici le texte n'a pas de difficulté d'interprétation. Si les deux autres cas ont besoin d'être déterminés, si leur détermination présente toujours un certain caractère d'incertitude et d'obscurité, la détermination du cas prévu ici par la loi ne souffre aucune ambiguïté. L'adultèbre de la femme est le cas type de rupture du lien de fidélité. L'adultèbre produit une *turbatio sanguinis*, la plus grave et la plus universellement admise. Il est permis au mari de répudier sa femme, et même de la punir de mort. Nous savons que même dans notre droit moderne, d'égaré de toute idée religieuse, le mari qui tue sa femme adulterie est acquitté régulièrement par la Cour d'Assise.

Les deux premiers cas dépendent uniquement de croyances religieuses, à cause de ces croyances, ils sont admis comme causes de divorce, mais ils ont un caractère d'étrangeté accidentelle, destiné à disparaître avec les changements de croyances. Au contraire, l'adultèbre est une prohibition, qui subsiste, même après l'affaiblissement des croyances religieuses, qui l'ont fait admettre. Néanmoins, ici encore, la source de cette prohibition se trouve dans la loi religieuse. C'est la loi religieuse qui impose à la femme la loi de fidélité. Son adultèbre trouble la famille. Il est susceptible d'introduire dans cette famille un élément étranger, qui l'expose à un grand péril. La femme est en effet la mère des enfants. Ses enfants sont les continuateurs du culte et de la famille. C'est la charge des descendants de rendre aux morts de la famille, aux ancêtres, le culte qui leur est dû. Il importe donc que ce soit vraiment les descendants de ces ancêtres, que la filiation ne soit pas troublée, pour que ce culte soit agréable aux morts. C'est là la raison fondamentale pour laquelle l'adultèbre de la femme est une faute contre le mariage, une faute contre la famille, tandis qu'au contraire l'adultèbre du mari n'est pas punissable. Cet adultèbre, en qualité de faute ou délit, on peut dire qu'il n'existe pas. Caton exprime à ce sujet l'opinion romaine, d'une manière pittoresque et saisissante. Aulu-Gelle, Nuits Attiques, 10, 23, "Si tu surprends ta femme en adultèbre, tu peux la tuer, impunément, sans jugement. Mais si elle te surprend, quand tu la trompes, elle n'osera pas

L'adultèbre de la femme est considéré comme une faute à l'encontre de la famille du mari.

Caractères spécifiques des trois cas de répudiation énoncés par Plutarque.

te toucher du bout du doigt, et elle n'en a pas le droit.

De cette étude des trois cas, énumérés par Plutarque, il résulte que leur caractère spécifique essentiel est d'être une faute contre le mariage, une faute contre la famille. C'est parce qu'il s'agit d'une femme mariée qu'il y a faute, car l'acte qu'elle accomplit en soi n'est, ni un crime, ni même un délit. Nous avons vu que les peuples primitifs considèrent l'avortement comme une pratique qui n'encourt pas de peine. Ils sont très peu sensibles aussi à la faute morale qui consiste en ce qu'un homme entretienne des relations avec une femme en dehors du mariage. C'est un fait, que la loi civile n'atteint pas.

Nous avons maintenant à déterminer le caractère de cette faute, à en chercher la nature, et la raison de cette gravité. Nous aurons à montrer qu'il s'agit de règles religieuses d'un caractère essentiellement et uniquement religieux. C'est d'une façon inexacte, d'une manière impropre, que Plutarque ou sa source les présente comme des cas de divorce. Il les envisage comme des hypothèses, dans lesquelles la loi donne au mari le droit de répudier sa femme. En réalité, le sens original de cette loi, si loi il y a, n'est plus compris par lui. Dans la coutume primitive, ces prétendus cas de divorce étaient des défenses, des interdictions religieuses. Nous dirons des tabous, L'infraction faite par la femme contre ces défenses occasionne une souillure; la famille est rendue impure. C'est pourquoi une infraction de cette espèce, non seulement impose au mari la possibilité de répudier sa femme, mais lui en donne même l'obligation, obligation sanctionnée, comme nous le verrons, par l'opinion et au besoin par la contrainte des autres membres de la famille. En outre, une fois qu'il a rempli son devoir, en répudiant sa femme, il doit purifier sa famille par un sacrifice, comme nous le verrons.

§ II - Caractère religieux des défenses

Sacrifices expiatoires : Piaculum.

La loi de Romulus, que nous avons étudiée, est une prescription religieuse. Il s'agit de règles coutumières, du fas, du droit religieux, et non pas de règles du droit civil. Cette première proposition a un caractère certain, un caractère évident, qui n'est d'ailleurs contesté par personne. Nous avons vu que l'attribution de cette loi à Romulus ne fournit pas une objection, car cette attribution ne présente aucun caractère historique, pas plus qu'elle ne prouve que c'est une loi votée par les comices curiates. La seule preuve qu'elle apporte, c'est qu'il s'agit d'une très ancienne règle coutumière, considérée par les Romains comme une des plus anciennes et pour eux comme une règle originelle.

La loi attribuée à tort à Romulus est une très ancienne prescription coutumière de caractère religieux.

Son caractère religieux résulte donc d'abord de ce que ses règles sont considérées comme faisant partie des *leges regiae*. Il résulte aussi directement du texte lui-même. Nous avons vu que la sanction indiquée par la loi est une consécration à Cérès, par conséquent une peine religieuse, et la fin du texte, quel que soit le sens qu'on lui donne, doit se traduire par offrir un sacrifice aux dieux souterrains ou être offert en sacrifice aux dieux souterrains. Il s'agit donc d'un acte essentiellement religieux, qui doit être accompli. Mais l'interprétation exacte de cette dernière partie du texte est tout à fait importante pour nous, car elle nous permettra de préciser la nature de ces règles coutumières et nous verrons que du texte lui-même résulte l'interprétation exacte, qui doit être faite de ces règles.

1°- Explication de la phrase finale de Romulus, 22.

Tὸν δέ ἀποδόμενον γενέσθαι Χθονίοις θεοῖς.

Vous vous rappelez la traduction que nous avons faite de la dernière moitié du texte : Romulus ordonna que si quelqu'un renvoyait son épouse pour d'autres raisons, la moitié de sa fortune appartiendra à la femme, l'autre moitié sera consacrée à Cérès mais que celui qui répudiait sa femme offrira un sacrifice aux dieux souterrains.

Les traductions du participe apodéménon.

A côté de cette traduction que nous avons admise, il en est une autre, qui s'est imposée aux historiens du droit et qui, on peut le dire, triomphe actuellement. On met un point après la consécration à Cérès, et l'on poursuit : il ordonna en outre que le mari qui vend sa femme, soit consacré ou soit immolé aux dieux souterrains.

Ainsi, il y a deux manières très différentes de traduire le participe "ἀποδέμενος" renvoyer, répudier, d'une part, ou d'un autre côté, vendre. Pour l'infinitif, suivant qu'on le prend pour un infinitif passif ou un moyen, on traduira par offrir un sacrifice, sacrifier, ou d'autre part, être sacrifié, être déclaré sacer. Comment a-t-on pu arriver à deux sens si différents, et quel est l'état de la littérature à ce point de vue ?

Les partisans de l'hypothèse de réputation.

Les partisans de l'hypothèse de vente.

Si nous interrogeons les philologues, tous sont d'accord. Tous les traducteurs de Plutarque, depuis Xylander, philologue allemand du XVI^e siècle et premier traducteur de Plutarque, jusqu'aux traducteurs modernes, qui ne sont pas d'ailleurs très récents, Reiske Doehner (édition Firmin Didot), tous ces traducteurs sont unanimes, et ils écrivent : "Qui repudiasset uxorem deos manos placare". C'est ainsi que traduisent les Français Amyot Dacier et au XIX^e siècle, Ricard et Pierron. Cette traduction a été défendue parmi les juristes par Waechter Eheschudungun bei der Römer, 1822, Rosbach, Römische Ehe 1853. p.135, et surtout par Voigt Leges Regiae, 1876, p. 591. Mais elle a peu de partisans ; parmi ceux-ci on peut compter le Manuel de Cuq, qui a été très inspiré par Voigt, 2^e édition p. 174. Au contraire, la seconde interprétation, dans le sens de vente, a eu une fortune beaucoup plus éclatante. Il est impossible de dénombrer tous les auteurs qui l'ont admise. Elle est indiquée pour la première fois à titre de conjecture peu vraisemblable par Waechter, dans le livre que je viens de citer. Mais elle a été relevée et plus longuement expliquée par Hasse, Guterrecht Der Ehegatten, 1824 p. 487. Mais surtout elle a été spécialement étudiée et justifiée par Schlesinger Zeitschrift für Rechtsgeschichte, 8, 1869, p. 59 et dans un article qui lui a été spécialement consacré par Trincheri, sur Plutarque, Romulus, 22, Bulletino del Istituto di Diritto Romano II. 1889. Ces travaux ont emporté l'adhésion des auteurs, et le sens a été consacré. En effet, nous le trouvons dans les deux Recueils classiques de Textes du droit romain : dans les Fontes de Bruns, tome I, p. 6 qui changea sa traduction entre la première et la deuxième édition, sur l'autorité de Schlesinger ; et dans Girard, Textes de Droit Romain, p. 6, note 2, qui cite l'autorité de Schlesinger de Trincheri, et sa

propre autorité. Ils traduisent tous les deux "qui autem venderet uxorem diis inferis immolari", celui qui vend sa femme sera immolé aux dieux infernaux, aux dieux souterrains. Les histoires générales et les manuels d'antiquités romaines ont suivi ce sens, par exemple, Lange Römische Alterthumer, I, p. 91, Marquardt, le Culte chez les Romains, I, P. 361, Wissowa, Religion et Culte des Romains, p. 681, Ihering, Esprit du Droit Romain, I, p. 183, Mommsen, Histoire romaine I, p. 58. Ce sens a été aussi consacré par les Manuels Généraux de Droit Romain, et pour ne citer que les principaux, Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, II, p. 183; Girard, Manuel 8ème édition, p. 181, Bonfante, Corso di Diritto Romano, I, p. 78. On pourrait allonger de beaucoup cette liste, beaucoup plus que celle de la première opinion.

Critique de la traduction apodidasthaf = vendre.

Sur quoi est établie cette fortune singulière ? En vérité, sur bien peu de chose. Le seul argument direct est que le verbe *ἀποδιδόσθαι* a bien, en effet, comme sens technique le sens de vendre, tandis qu'il n'a pas le sens technique de divorcer et de répudier. Voilà le fait. Est-il convaincant ? Non. Car la façon dont les traducteurs l'ont unanimement interprété le prouve. Si vendre est, en effet, un sens technique, c'est un sens spécial, et par conséquent qui a besoin d'être prouvé par le reste du texte. Le sens général de ce mot est de rendre, de restituer. Plutarque n'est pas un auteur juridique. Le reste du texte ne conduit pas au sens spécial. Bien au contraire. Pour faire dire au mot répudier, est-il nécessaire, comme l'ont cru quelques auteurs, de passer par le sens intermédiaire de rendre la femme à son père, de la renvoyer dans sa famille originale. Ce sens est possible, mais il est probable même qu'il n'est pas nécessaire, car nous trouvons, il est vrai encore dans un sens spécial, le verbe employé dans le sens de : écarter, de rejeter, qui convient tout à fait ici. Pourquoi Plutarque aurait-il employé dans le sens de répudier ce verbe un peu inusité dans ce sens ? Parce que dans la même phrase, Plutarque, ayant à trois reprises exprimé le sens de divorcer, a employé par élégance trois verbes différents, et ayant pris les deux verbes de sens technique pour les deux premières fois, il a employé dans la troisième une forme un peu plus anormale. D'autre part, l'interprétation technique de vendre a contre elle un argument qui me semble décisif. Elle ne tient pas compte du reste du texte. C'est un défaut d'interprétation que l'on rencontre très souvent chez les interprètes juridiques. Trop souvent, pour arriver à une interprétation qui leur paraît la meilleure au point de vue de la logique et du fonds des choses, les juristes

ont l'habitude d'isoler le texte qui les intéresse de l'ensemble, dont il fait partie, et de l'interpréter sans tenir compte de cet ensemble. Ce défaut est particulièrement frappant ici. La phrase de Plutarque est en deux parties : dans la première partie, elle dit que Romulus a porté une loi sur les divorces, défendant à la femme de divorcer, permettant au mari de répudier dans trois cas ; le deuxième membre de la même phrase est donc commandé par le premier. Il s'agit là aussi, car nous sommes toujours dans la même phrase de la loi de Romulus, sur le divorce. Ce deuxième membre de phrase contient deux propositions qui sont elles-mêmes commandées toutes les deux par le verbe ordonner. "Il ordonna que.... et que...." Il est donc tout à fait peu vraisemblable de penser que Plutarque introduise dans la deuxième proposition de ce deuxième membre de phrase, toutes les deux dépendantes de la même idée et de la loi sur le divorce, une idée entièrement nouvelle, l'indication d'une autre loi de Romulus qui s'occupait, non du divorce, mais de la vente de la femme. La traduction dans ce sens est obligée de marquer une séparation, c'est une mesure adroite, mais contraire au texte lui-même. Si l'on veut donc le respecter, il faut dire que dans le deuxième membre de phrase, il y a deux propositions liées ensemble par le verbe ordonna et que ses deux propositions donnent deux règles, qui toutes deux s'appliquent au divorce.

Pourquoi les interprètes juridiques se sont ralliés à l'idée de vente.

C'est ici maintenant que nous allons découvrir les raisons pour lesquelles presque tous les juristes se sont ralliés à la deuxième interprétation et y voient la vente de la femme. Ils s'y sont ralliés, faute de trouver à la première interprétation un sens raisonnable et satisfaisant. Aucun auteur, même parmi ceux qui adoptent la première explication, n'est arrivé à en trouver. C'est que, en effet, tous les auteurs sans exception pour commenter la loi disant loi de Romulus raisonnent comme s'ils interprétaient du droit civil, et même du droit civil évolué, du droit civil de l'époque classique. Ils envisagent nos règles en suivant littéralement Plutarque, comme s'il s'agissait de cas de divorce du droit civil, c'est-à-dire d'hypothèses raisonnables prévues par le législateur comme justifiant un divorce, et par conséquent comme des cas où le législateur donne au mari la liberté de divorcer ou de ne pas divorcer. Ils acceptant alors comme évident que nos deux propositions édictent des peines l'une et l'autre contre le mari qui n'obéit pas aux règles posées par la loi. Car bien entendu le mari qui divorce dans les cas prévus, suivant la loi, est irréprochable. Il s'agira donc de celui qui, ayant divorcé pour d'autres causes que les trois cas permis, s'expo-

se à la rigueur de la loi. Comme sanction, la loi ordonne d'abord que toute sa fortune soit confisquée, et ensuite qu'il fasse un sacrifice expiatoire. Il est bien évident que c'est une échelle de peines bien étrange, que c'est une gradation très peu satisfaisante. Si on lui a pris tous ses biens, avec quoi fera-t-il le sacrifice expiatoire ? Et si le sacrifice expiatoire est fait pour le racheter de sa faute, pourquoi lui prend-on tous ses biens ? Voigt n'améliore pas l'explication en disant d'ailleurs rapidement et sans insister, que le sacrifice expiatoire est imposé à tout mari qui divorce, aussi bien sans cause que dans les trois cas. C'est certainement parce que cette explication ne le satisfait pas que la plupart des auteurs, peu soucieux de respecter le texte, préfèrent faire dire à Plutarque une chose entièrement différente, mais qui a l'avantage de donner un sens appréciable. Ils lui font dire : qui divorce sans cause voit sa fortune confisquée, qui vend sa femme est lui-même immolé. Il y a une gradation de peines très notable. C'est qu'en effet l'interprétation de l'infinitif dépend du sens donné au premier verbe. A un point de vue de jurisconsulte moderne, vendre sa femme, c'est-à-dire s'en séparer pour de l'argent, est plus grave encore que de la renvoyer par un divorce injustifié. La peine doit donc être plus sévère. Un simple sacrifice expiatoire ne serait pas suffisant. Il faudra donc interpréter le verbe comme infinitif passif et dire qu'il sera immolé lui-même aux dieux infernaux. Dans le premier cas, sa fortune est confisquée, dans le deuxième cas, c'est sa vie qui lui est prise.

Mais par ailleurs, on concederait volontiers que le sens moyen en soi serait plus vraisemblable que le sens passif, et qu'il vaudrait mieux grammaticalement traduire par offrir un sacrifice. Pour qui connaît, même superficiellement, le grec, c'est là une constatation évidente. Il est assez anormal de traduire par un passif. Seulement, cela paraît plus raisonnable.

Pour nous, nous respecterons l'ensemble du texte et sans le violenter, nous nous efforcerons de lui donner un sens satisfaisant. Nous proposons l'interprétation suivante qui, à notre avis, est très simple et péremptoire, bien qu'elle n'ait pas encore été aperçue par les auteurs.

Un auteur, Trincheri, a fait remarquer que si la même personne était désignée dans les deux propositions, la seconde proposition ne commencerait pas comme elle commence. Dans la première proposition, nous voyons indiquer : si quelqu'un a fait telle chose.... la deuxième commence par : un " *Tòv Íē* " . C'est une

Opinion de
M. Noailles.

expression disjonctive. S'il s'agissait de la même personne que dans la première proposition, il y aurait "qu'utōv". Au contraire, l'expression du texte montre d'une façon indubitable qu'il s'agit d'une autre personne. En exagérant dans le sens, nous dirons : si l'un divorce en dehors des cas, on lui confisque son bien, mais si l'autre divorce, il doit offrir un sacrifice. On voit qui est l'un, c'est celui qui a enfreint la règle, et il est puni ; l'autre, c'est au contraire celui qui a suivi la règle, qui a divorcé dans les cas prévus. Celui-là peut divorcer, nous dirons même qu'il le doit, mais il ne peut pas le faire sans offrir un sacrifice expiatoire aux dieux souterrains. Pourquoi ce sacrifice ? Quels sont ces dieux souterrains ? C'est maintenant ce que nous allons rechercher.

2°- Le piaculum.

Quels sont ces dieux souterrains, ces dieux chtoniens, ces dii inferi, à qui doit être offert le sacrifice ?

Les dieux souterrains.

Les désigner ne présente pas de difficulté. Les dieux souterrains, ce sont les morts, ceux qui habitent sous la terre. D'après une croyance romaine, qui est d'ailleurs commune à tous les peuples indo-européens, les Romains croyaient que les âmes des morts continuaient à vivre dans le monde inférieur en qualité de dieux et qu'elles pouvaient faire sentir leur puissance aux vivants. Ces morts, c'étaient les mânes, les dii manes. Aussi, Wissowa au mot "manes", dans Pauly-Wissowa, p. 1054 dit : "Avant tout les mânes apparaissent comme les dieux du monde souterrain, identiques avec les dii inferi". Servius Ad Aeneidem 2,63. "Quidam mânes deos infernos tradunt"; quelques uns disent que les manes sont les dieux souterrains", c'est-à-dire les dieux infernaux. C'est par euphémisme qu'on les appelle les bons dii manes. Servius ad Aeneidem, 3,63 nous dit, au contraire, ils sont nuisibles. C'est par antiphrase qu'ils sont nommés. On pense les apaiser par des sacrifices, pour qu'ils ne nuisent pas. Leur culte consiste beaucoup moins à les prier qu'à les conjurer et à les apaiser comme des esprits irrités. Leurs cultes sont avant tout des rites expiatoires pour apaiser leur colère, soulevée par les fautes commises, même involontaires. Dans les temps primitifs, on leur offrait des sacrifices humains, en Etrurie et dans le Latium. Ces sacrifices humains sont remplacés plus tard à la fête principale des mânes, les compitalia, par les "maniae", les compitalia sont une fête mobile, dont la date est fixée chaque année par les prêtres et annoncée par le préteur. Elle se place vers le milieu de l'hiver. Tous les citoyens doivent la célébrer. Elle fait partie des sacra popularia. On suspend devant chaque maison des "maniae", des poupées de dire,

qui sont substituées aux victimes humaines. Elles sont destinées à apaiser les esprits irrités de chaque famille.

On fait aux mānes des offrandes, du miel, des gâteaux, de l'encens. Quelquefois même on fait des sacrifices sanglants, et particulièrement on leur immole des porcs. Horace 3.23. Satires, 2.3.165. Si tu te rends tes lares propices avec de l'encens, du grain de l'année et une truie vorace, la vigne féconde ne sera point desséchée par l'Africus empoisonné (le siroco), tes épis ne sentiront point la nielle stérilisante et tes pourrissons, l'heure malsaine de la saison des fruits.

La rencontre dans notre texte de Cérès et des dieux mānes n'est une rencontre ni arbitraire ni accidentelle. Il y a une liaison étroite, au contraire, entre Tellus et Cérès et le culte des morts. Nous aurons à étudier si Démeter dans notre texte doit être traduite par Cérès ou par Tellus. Notons seulement la liaison continue et la confusion qui existe entre Cérès et Tellus. Voyons plutôt la liaison qu'il y a entre Tellus et Cérès, d'une part, et les dii inferi, d'autre part. Dans le vieux rituel romain, Tellus est le représentant par excellence des enfers, du monde souterrain. Par conséquent, il est en rapport avec les mānes. Dans la formule de dévotion par laquelle un général s'offre en sacrifice avec l'armée ennemie pour obtenir la victoire, Tellus et les mānes sont associés. Tite Live, 10-28. Le consul Decius dit : "Pourquoi tardé-je plus longtemps ? C'est le destin de notre gens que nous soyons des victimes expiatoires pour racheter les dangers publics. Je vais livrer avec moi à Tellus et aux dieux mānes les légions ennemis pour qu'elles soient exterminées, "ut luendis periculis publicis piacula simus, Telluri ac diis manibus dabo". Decius fait allusion à un autre fait arrivé quelques années auparavant. Son père, Publius Decius, lui-même général d'armée, et dans une même circonstance, s'était dévoué avec l'armée ennemie pour remporter la victoire, et dans les deux cas d'ailleurs Tellus et les dieux mānes ont donné la victoire aux Romains. Tite-Live, 8-6 "Diis manibus matrice Terrae". Wissowa, Religion et Culte des Romains, p. 161, note 6, cite d'autres cas où la même liaison existe, particulièrement dans une série d'inscriptions grecques ou latines, où Tellus et les dieux mānes sont invoqués en même temps.

Mais il est un sacrifice qui est particulièrement important pour nous. C'est le sacrifice de la truie praecidanea et de la truie praesentanea, où la même liaison est faite entre Tellus et Cérès et les morts. Ce sacrifice est important pour nous car non seulement il apporte une preuve de cette liaison, mais il va nous montrer à quelle conception religieuse correspond le sa-

Les sacrifices faits aux mānes.

La liaison du culte de Tellus et Cérès d'une part et des dii inferi d'autre part.

Le sacrifice de la truie praeſidanea et de la truie praeſentanea.

crifice expiatoire offert dans notre texte aux mānes. La truie praeſentanea est un piaculum, offert à Tellus, à Cérès et aussi aux mānes. C'est une purification. La truie praeſentanea est immolée à Cérès au moment des funérailles et en présence du mort. Festus p. 250. "Praesentanea porca dicitur ut ait Veranius. quae familliae purgandae causa Cereri immolatur, quod pars quae-dam sacrificii fit in conspectu mortui ejus cujus fumus instituitur". On appelle truie praeſentanée, comme le dit Veranius, celle qui est immolée à Cérès pour purifier la famille, parce qu'une certaine partie du sacrifice se fait devant le mort, dont on célèbre les funérailles. Veranius et Festus expliquent donc "praeſentanea" comme voulant dire immolée en présence du mort.

A ce sacrifice correspond celui de la truie praeſidanea, c'est-à-dire immolée auparavant. Celle-ci est immolée au début de chaque récolte. C'est un des sacrifices, qui doivent être régulièrement offerts par les cultivateurs, et il appartient, comme les compitalia, aux popularia sacra, aux sacrifices faits par tout le peuple. Il est offert à Cérès, d'après Caton, de Agricultura, 134, qui nous décrit le sacrifice et Varro, de Vita populi romani. 3. Nonius p. 163 dit expressément qu'il est commun à Tellus et à Cérès. Ce sacrifice a un double caractère : il est destiné d'abord à marquer le début des récoltes. "Priusquam messis facies porcam praecidaneam hoc modo fieri oportet, Cereri porca praecidanea, porco femina priusquam has fruges conda, far triticum hordeum, fabam, semen rapicum. Avant la moisson, faites de la manière suivante, le sacrifice de la truie praeſidanee, immolée à Cérès, femelle du porc, avant de couper l'épeautre, le blé, l'orge, la fève et la semence de raves. C'est parce qu'il est devenu régulier et considéré surtout comme l'offrande des prémisses, que les Romains considèrent ce sacrifice comme fait à Cérès.

Mais il a un deuxième aspect, qui paraît même être l'aspect primitif pour lequel il est fait aux divinités ohtonniennes, à Tellus et aux dieux mānes. C'est un sacrifice expiatoire, un piaculum, pour offense faite au jus manium. Victor G.L. 25. "Porca praecidanea quae frugum causa immolatur qui justa defuncto non fecerunt, aut in faciendo peccarunt, his porca contrahitur quam omnibus annis, immolari oporteat antequam novam frugem quae dapem mereat de suo capiant". La truie praeſidanee, qui est immolée à cause des récoltes ; ceux qui n'ont pas fait ce qu'ils devaient faire à l'égard du défunt, ou qui en le faisant avaient commis une faute, devaient une truie qu'il fallait immoler tous les ans avant qu'ils recueillent la nouvelle récolte qui était māre. Aulu-Gelle. Nuits Attiques, 4,

Double caractère de ce sacrifice.

6,8. "Porca praecidanea appellata quam piaculi gratia ante fruges novas captas immolari Cereri mos fuit, si qui familiam funestam aut non purgaverunt aut alter eam rem quam oportuerat procuvarerunt". On appelle la truie praecidanea celle qu'il est d'usage d'immoler à Cérès avant de recueillir la nouvelle récolte. Si l'on n'a pas purifié la famille souillée ou si on l'a fait autrement qu'il n'aurait fallu. Varron, de vita populi romani "Quod humatus non sit, heredi porcam praecidaneam suscipiendum Telluri et Cereri, aliter familia pura non est". Pour ce fait qu'il n'a pas été enterré, il faut immoler pour l'héritier à Tellus et à Cérès une truie praecidanea, autrement la famille n'est pas purifiée. On voit clairement la conception religieuse à laquelle correspond ce sacrifice. Une mort est un événement funeste dans une famille, et le Romain primitif comme tous les autres peuples primitifs ne distingue pas entre ce qui est funeste et ce qui est coupable. C'est parce qu'il arrive un événement funeste, c'est parce qu'il y a eu une faute, même sans qu'on le sache, même si c'est une faute involontaire, que la famille est souillée. Elle est funesta ou impura. Les mānes sont irritées. Il faut un piaculum, une offrande expiatoire pour effacer la souillure et rendre de nouveau la famille pure. On fait ce sacrifice au moment d'ensevelir les morts par le sacrifice de la porca praesentanea, au moment des funérailles. Mais peut-être ne l'a-t-on pas fait encore ou ne l'a-t-on pas fait comme il aurait fallu le faire. La famille est alors restée impure. Au moment le plus important pour elle, au moment des récoltes qui vont assurer sa subsistance, il faut se concilier les dieux infernaux qui ne manqueront pas d'empêcher que la récolte soit bonne, s'ils sont irrités. Par ailleurs, c'est à ces dieux qu'on la prend, puisqu'elle est dans la terre, d'où le sacrifice de la porca praecidanea. Comme on n'est jamais sûr d'avoir fait ce qu'il faut, tous les ans régulièrement le sacrifice expiatoire doit être renouvelé. C'est pourquoi, dans ce sacrifice, les dieux mānes se sont effacés en quelque sorte devant les dieux agraires, devant Tellus, et Tellus devant Cérès, ce sacrifice ayant apparu aux Romains de l'époque classique plutôt comme un sacrifice agraire que comme un sacrifice expiatoire. Mais c'est bien à eux et pour eux que le sacrifice est fait.

Cette notion de piaculum, de souillure, que nous venons de dégager, on la retrouve partout dans la vie des Romains. Les auteurs romains l'ont particulièrement mise en relief en ce qui concerne le culte et l'accomplissement des rites du culte. Parce que ces rites sont entourés de précisions minutieuses, d'un ensemble de gestes et d'actes qu'il faut accomplir rigoureusement

Conception religieuse à laquelle correspond ce sacrifice.

Importance de la notion de piaculum en droit romain.

Si l'on commet le moindre manquement aux rites, l'acte devient funeste, les dieux sont irrités et ne l'acceptent pas favorablement. Non seulement si le prêtre prononce mal les paroles, mais si son attention est détournée par le moindre accident, si le silence profond, qui doit régner, est interrompu, si quelqu'un tousse, on arrête le sacrifice. Le piaculum doit être offert aux dieux, et seulement après on doit tout recommencer.

Piaculum désigne à la fois la faute commise, c'est-à-dire l'acte à expier, et l'expiation elle-même par laquelle on rachète cet acte.

La loi de Romulus prévoit un cas de sacrifice expiatoire.

Que nous soyons avec la loi de Romulus exactement dans ce même domaine, c'est ce que l'interprétation que nous avons donnée au texte de Romulus peut faire considérer comme très certain. Le sacrifice, qui est offert aux dieux mânes, en liaison dans notre texte avec Cérès, est un sacrifice expiatoire destiné à les apaiser. La femme qui a enfreint l'une des trois défenses portées par la vie religieuse a souillé la famille. La famille est devenue impure. Le mari, comme il le doit, la répudiera. Lui personnellement est irréprochable. Il n'a pas commis de faute. Il n'a fait que remplir une obligation religieuse. Mais la faute de sa femme, qui a souillé la famille, doit être rachetée pour que celle-ci redevienne "pura". C'est pourquoi le mari est obligé de faire un piaculum pour réconcilier la famille.

3°- Les trois cas de divorce sont des souillures religieuses.

Si notre interprétation est exacte, il ne s'agit plus, on le voit, de simples cas de divorce, d'hypothèses raisonnables, prévus par le législateur et ouvrant au mari la possibilité de divorcer, ce ne sont plus des affaires personnelles, dont il est juge. Si les dieux sont irrités, si la famille a été souillée, et est devenue impure, l'expiation intéresse toute la famille, et même toute la communauté sur laquelle peut rejaillir l'effet de la colère des dieux. Ce sera donc pour le mari non pas un droit, mais une obligation de retrancher de la communauté le membre devenu funeste. S'il ne le fait pas, la communauté l'y forcera. Que ce soit le droit primitif, nous en avons des traces concordantes dans les institutions postérieures. Pour l'adultére, nous verrons que sa répression échappe à l'autorité de l'Etat jusqu'à l'époque d'Auguste. Sa répression, le divorce et la peine de mort, est réservée au mari ou plus exactement à la famille. Le mari est juge, assisté d'un conseil de proches, qu'il doit obligatoirement consulter. Ce conseil à l'époque historique n'a plus qu'un pouvoir purement consultatif. Le mari doit le réunir, mais il est

L'obligation pour le mari de répudier sa femme dans les cas prévus par la loi.

seul juge. Mais il y a des traces qu'à une époque antérieure, et pour nous à l'époque gentilice, le conseil avait un pouvoir plus grand et indépendant du pouvoir du mari. Nous verrons dans le chapitre suivant que le mari lui-même est jugé par ce conseil. A l'époque d'Auguste, se produit une grande réaction contre la démoralisation générale. Auguste, et c'est un exemple qu'il a donné à tous les dictateurs, veut que dans tous les domaines soit restaurée l'autorité des mores majorum. Il veut restaurer l'austérité des anciennes moeurs. Pour lutter contre le divorce, contre les maux qui mettent en péril l'institution du mariage et de la famille, il fait une série de lois contre le célibat, contre le divorce, contre l'adultère, et d'une façon plus générale comme l'immoralité. La loi Julia de 736, de adulteris coercendis, est la loi par laquelle il prend les mesures destinées à réprimer le divorce. Cette loi punit le mari, qui surprenait l'adultère de la femme et qui ne la répudie pas. Digeste 48,5,30 : "Mariti lenocinium lex coercuit qui reprehensam uxorem in adulterio retinuit adulterumque dimisit". La loi châtie comme entremetteur le mari qui surprenant sa femme en adultère ne la chasse pas et pardonne au complice. La loi grecque, dans le même cas, note le mari d'infamie. Ainsi premier point : la loi ne considère pas le mari comme libre de divorcer ou non en cas d'adultère, mais lorsqu'il a surpris sa femme et par conséquent, dit la loi, lorsqu'il ne peut pas prétendre ne pas connaître son malheur, il doit divorcer et punir le complice, sinon il est lui-même puni.

De plus, la loi Julia organise la répression publique de l'adultère. Elle enlève au mari le droit de tuer la femme qu'il avait jusque là. Elle n'enlève cependant pas ce droit au père de famille, lorsqu'il a la potestas. Mais elle fait de l'adultère un crime public puni de l'exil et de peines pécuniaires. Cette répression, une fois créée, est maintenue pendant tout l'Empire, quoique les peines aient varié. La femme est poursuivie en vertu d'une action publique, d'une "quaestio perpetua". Pendant 60 jours après le divorce, l'accusation est réservée au mari et au père. Mais s'ils n'ont pas exercé ce droit, passé ce délai s'ouvre un autre délai de 6 mois, pendant lequel tout citoyen peut exercer l'accusation, en s'exposant, s'il le fait légèrement, à l'action de calomnie.

En faisant ces lois répressives, le but d'Auguste a été de restaurer les anciennes moeurs, et en particulier, il cherche dans tous les domaines à restaurer ce qui était la jurisprudence des moeurs du censeur. Il est bien évident que si l'adultère avait été considéré par l'opinion traditionnelle des Romains, comme

nous tendons de plus en plus à le faire, comme une affaire strictement privée, cette répression par une action publique aurait été une nouveauté scandaleuse, qui ne se comprendrait pas. Si elle a pu être faite, c'est parce qu'elle correspondait à l'opinion traditionnelle, aux coutumes anciennes, et elle nous montre l'état de l'opinion créé par les croyances religieuses. L'adultère est un crime dont la répression intéresse, non pas seulement le mari et la famille, mais toute la communauté.

En ce qui concerne le vin, nous verrons que l'interdiction de boire du vin est mise en relation par un certain nombre de textes avec une coutume singulière, le jus osculi, le droit au baiser. Ces textes nous disent que les hommes d'une famille, jusqu'à un certain degré, ont le droit d'embrasser, lorsqu'ils rencontrent les femmes de la même famille, sur la bouche. Ces textes donnent, à côté de plusieurs autres explications, de la manière la plus continue l'explication suivante : ce droit au baiser vient de ce qu'ils doivent contrôler si elle a bu du vin. Nous verrons, pour nous, dans cette coutume et dans l'explication traditionnelle qui en est donnée, un vestige, une trace de l'ancienne juridiction de la gens sur le mari et sur la femme ; sur la femme, pour surveiller et punir l'infraction faite par elle aux défenses religieuses ; sur le mari, à la fois pour qu'il punisse sa femme par la répudiation, et pour le punir lui-même s'il renvoie sa femme hors des cas. Le jus osculi nous apparaît comme un des témoignages venant s'ajouter aux autres pour porter une preuve de plus à la conjecture, que nous soutiendrons dans le chapitre suivant sur la juridiction de la gens.

Retenons ce témoignage, encore une fois, que la désobéissance à la prescription religieuse intéresse, non seulement le mari, mais tout le groupe.

Enfin pour l'avortement, nous faisons un autre genre de constatation. Nous ne trouvons plus aucune trace de la juridiction de la famille, mais une preuve directe dans les idées religieuses communes aux peuples méditerranéens ; l'avortement est une souillure religieuse, qui doit être purifiée. Deux inscriptions grecques du début du 2ème siècle ap. J.C. ont été trouvées à Lindos, à Rhodes, la deuxième à Sunium en Attique. Elles sont publiées toutes les deux par Dittenberger, *Sylloge inscriptionum graecarum*, 564 et 633. Elles ont été étudiées dans *Archiv für Religionswissenschaft*, XII p. 224 et XIII p. I et s. à propos de l'avortement. La première indique les dispositions dans lesquelles on peut s'approcher du temple. Avant tout, il faut avoir "les mains et le cœur purs et saints". Par suite, on

Lien entre
la coutume
du baiser et
la défense
de boire du
vin.

Preuve que
l'avortement
est une souil-
lure reli-
gieuse.

ne pourra s'en approcher dans certains cas où cette pureté est souillée, avant un certain temps d'attente et après avoir été purifié. Ces différents cas, qui sont ainsi indiqués par l'inscription, sont des tabous. Quand on mange des fèves, ou de la viande de chèvre, trois jours d'attente. Quand on mange du fromage, un jour. En cas d'avortement et d'ensevelissement d'un parent, 40 jours ; relations sexuelles entre époux, purification immédiate ; pour la purification, on se sert principalement d'huile. Le deuxième texte énumère les conditions dans lesquelles on peut entrer dans un temple élevé à certain dieu, Men Tyrannos. Ce temple a été construit par un esclave du nom de Xanthos et qui, probablement, apporta le culte de ce Dieu à cet endroit. Les tabous, qui sont énumérés, se rapportent à l'ingestion de l'ail, du porc, aux relations sexuelles. Les règles de la femme, l'ensevelissement d'un cadavre et l'avortement. Dans ces deux derniers cas, le délai de purification est également de 40 jours. Sans qu'il s'agisse ici de la famille, ces textes sont pourtant intéressants, parce qu'ils apportent la preuve de la notion de souillure religieuse de l'avortement. Ils sont intéressants parce qu'ils rapprochent traditionnellement la souillure occasionnée par l'avortement de la souillure occasionnée par la mort. Il s'agit donc bien dans nos soi-disants cas de divorce de souillures religieuses provoquées par l'infraction à une défense, et suivant un terme familier à tous les historiens des primitifs, il s'agit de tabous.

§ IV - Les tabous. Explication sociologique des cas de divorce de Romulus.

Parvenu à ce terme de mes explications, j'éprouve quelque embarras et quelque hésitation pour des raisons dont je dois vous faire part. Je ne sais si vous vous êtes rendu compte que, sauf dans le premier chapitre où j'ai résumé des notions soutenues par les historiens modernes du droit romain sur la gens et son importance originale, nous avançons dans les autres chapitres dans une voie nouvelle, sur des chemins qui n'ont pas été encore explorés par les commentateurs du droit romain. Nous avons essayé sur les modes de contracter mariage, puis maintenant sur les origines de la restitution de la dot, de faire entrer dans le droit romain des conceptions, sinon toujours entièrement nouvelles, du moins des données qui sont peu courantes. Nous essayons de les construire sur des ordres de preuves empruntés à d'autres disciplines, que le jus civile proprement dit, notamment à l'histoire de la religion romaine. Cette his-

Importance des textes concernant l'histoire religieuse pour l'étude du divorce.

toire de la religion romaine, les jurisconsultes ne l'ont pas suffisamment utilisée dans le détail pour les débuts du droit civil. Ce qu'il y a de nouveau dans nos recherches, c'est cette utilisation tentée pour arriver à une conception plus juste et plus exacte du droit primitif, des origines du jus civile.

C'est parce que nous sommes sur un terrain nouveau, que nous progressons si lentement, comme vous avez pu le voir, avec des arrêts, des accumulations de détails, dont peut-être vous n'appréciez pas toujours la nécessité. Mais si l'histoire religieuse n'est pas aussi familière qu'elle le devrait aux juristes, pour les historiens du droit romain, c'est une discipline voisine, dont ils reconnaissent l'importance et la valeur au point de vue scientifique. C'est une discipline ancienne comme la leur sur le terrain des études historiques, et qui emploie les mêmes méthodes d'érudition et de critique. En l'utilisant, nous sommes donc assurés d'être dans la tradition, par conséquent d'avoir l'approbation des juristes même les plus conservateurs.

Maintenant nous voulons aller plus loin et utiliser pour notre étude du texte de Romulus les données de la sociologie et de l'ethnographie. La sociologie est une science relativement nouvelle. Ses méthodes ne sont point complètement les mêmes que celles de l'histoire. Elles n'ont peut-être pas toujours la rigueur, la précision dans la recherche et dans la conclusion, qui doit être celle des méthodes historiques. La sociologie a en outre une audace dans l'hypothèse qui scandalise parfois les purs historiens traditionnels, et les hypothèses sociologiques ne sont pas encore toujours d'accord. Aussi très souvent, et à tort à mon avis, est-elle regardée avec défaveur et quelque dédain par les historiens purs. Dans un essai aussi nouveau que le nôtre, il faudra donc n'avancer qu'avec réserve et précaution pour ne pas nous exposer aux reproches de fantaisie et d'arbitraire. Néanmoins, dans ses lignes générales l'explication que nous allons donner des cas de divorce de Romulus paraît assez fondée.

D'après les sociologues et les historiens des religions, les idées religieuses les plus anciennes, ou plus exactement, les conceptions sur lesquelles sont fondées ces idées religieuses les plus anciennes, sont principalement deux conceptions: la mana et le tabou. Qu'est-ce que la mana ? Tout phénomène extraordinaire, qui provoque l'étonnement: un nuage de poussière sur la route, une force corporelle extraordinaire, un talent exceptionnel, tout ce qui est nouveau et inhabituel, mais aussi tout ce qui revenant périodiquement demeure éternellement mystérieux, comme la naissance, la mort, les vertus de la nourriture ou de certains poisons,

Utilisation
des données
sociologiques.

La mana ou
puissance.

possède aux yeux de l'homme primitif un caractère sur-naturel. On parle ainsi pour simplifier, car la notion de surnaturel et de naturel n'existe pas chez les primitifs. Mais les primitifs emploient régulièrement le même ou les mêmes mots pour désigner quelque chose, à la fois d'extraordinaire, de multiple, de grand, de mystérieux, de puissant, de surnaturel et de divin. Toutes ces notions sont réunies pour eux dans une idée commune. L'expression qui rend le mieux cette idée commune, c'est l'expression de puissance. En sociologie, on emploie communément le terme de mana, qui désigne cette chose mystérieuse et surnaturelle, qui de l'avis unanime des primitifs provoque l'apparition des phénomènes difficilement explicables ou exerçant une profonde influence sur la vie humaine. Le terme de mana s'applique, en même temps qu'à la puissance elle-même, à l'objet doué de cette puissance, de cette vertu extraordinaire. Par exemple, les primitifs disent qu'il y a une mana qui découle de la femme, cette puissance mystérieuse qui découle de la femme. Ils disent aussi que la femme est mana. Cette conception est antérieure même à l'animisme, dont nous avons parlé à propos des dii nuptiales, d'après laquelle toute chose, quelle qu'elle soit, tout phénomène, possède, à l'instar de l'homme, une âme, un esprit, une volonté. Ce sont deux croyances très voisines et qui se complètent, mais qui ne se confondent pas tout à fait. La première, la croyance à la mana, peut exister sans la seconde, sans la conception de l'animisme.

Rien n'est plus précieux que la mana. Ce qui est mana donne force vitale, succès et bonheur. Il faut donc participer à la puissance, se la rendre propice, s'assurer son aide, dans son propre intérêt et dans l'intérêt de la tribu. Mais également la mana est dangereuse, comme l'électricité par exemple qui rend d'incalculables services, mais qui est dangereuse et même mortelle, lorsqu'on ne sait pas s'y prendre. Il faut donc manier avec précaution les personnes et les objets doués de puissance. La mana est contagieuse. Pour avoir touché une personne qui a la mana, on peut être contaminé. Il faut prendre des mesures pour éviter que l'on touche imprudemment cette personne ou pour se débarrasser du fluide dangereux.

Cette idée de puissance a fait naître une multitude de prescriptions rigoureuses, revêtues d'un caractère mystérieux et imprévu, propre au surnaturel. Pour désigner cet ensemble de prescriptions et d'interdictions, qui entoure la vie des peuples primitifs, les sociologues se servent communément d'un mot polynésien, comme mana, le mot de tabou. Tabou désigne donc à la fois dans la personne et dans la chose, qui sont tabous,

Les tabous.

Définition.

ce caractère mystérieux et dangereux de la puissance qui est en elles, et la prescription qui permettra d'éviter le danger. Durkeim, Prohibition de l'Inceste, Année sociologique, I. p. 39, nous dit: "On appelle tabou un ensemble d'interdictions rituelles, qui ont pour objet de prévenir les dangereux effets d'une contagion magique, en empêchant tout contact entre une chose ou une catégorie de choses, où est censé résider un principe surnaturel, et d'autres qui n'ont pas ce même caractère ou qui ne l'ont pas au même degré.

Ces innombrables tabous, qui enserrent de tous côtés la vie des peuples sauvages et qui mettent des entraves insupportables, apparaissent absurdes à notre intelligence rationnelle de civilisés. Pourtant, ils ont entouré les institutions sociales et la civilisation commençante du respect et de la sainteté nécessaires à leur développement. Ce sont ces tabous, qui ont donné plus de poids aux règles morales et religieuses et imposé une discipline salutaire à la vie intime et aux appétits désordonnés. Un sociologue a dit que la morale primitive était un système de tabous, c'est-à-dire d'interdictions justifiées par un motif religieux. Sir James Frazer a montré dans un livre intéressant, "L'Avocat du diable ou la tache de Psyché"; Paris, Geuthner 1914, comment de la superstition primitive, des préjugés absurdes qui composent les tabous, sont nées les idées morales sur lesquelles nous vivons encore. Il a pris 4 institutions particulièrement importantes, pour lesquelles il a fait cette démonstration. Ce sont l'ordre social et le gouvernement, la propriété, le mariage et le respect de la vie humaine. Par d'innombrables exemples, il a montré leur origine dans les prescriptions religieuses, dans les tabous.

Les interdictions religieuses, que nous étudions, doivent être rangées dans ces catégories. C'est là, en effet, qu'elles sont nées, c'est là qu'elles trouvent leur explication.

Telles que nous pouvons les constater, les conceptions religieuses et morales, que nous retrouvons chez les Romains, montrent au moins qu'une partie de ces interdictions ont déjà glissé du domaine religieux pur, du tabou, dans le domaine des idées morales. Les Romains, même de l'époque de Romulus, sont plus évolués que les Polynésiens actuels, qui sont les sujets préférés des observations des sociologues. Mais c'est l'idée de tabou, d'interdiction religieuse, qui crée l'unité de point de vue dans nos trois cas. C'est cette idée qui permet seule de retrouver la notion commune qui les a réunis dans la même défense, et qui les fait traiter avec une égale sévérité.

Les obligations de la femme dans le mariage primitif : la fidélité.

Chez tous les peuples primitifs, l'état de mariage impose à la femme, et spécialement à la femme mariée, un grand nombre d'obligations et de défenses, qui peuvent toutes, malgré leur diversité, être classées sous la notion générale de fidélité, quoique cette notion fasse déjà partie des notions morales plus que des notions religieuses. Cette obligation de fidélité lui impose des prescriptions de toutes sortes, dont nous donne des exemples innombrables Westermarck, les idées morales, I, P. 624, chapitre 26, la sujétion des épouses, en encore Frazer, l'avocat du diable, chapitre 3 du mariage.

Cette obligation de fidélité impose principalement à la femme des obligations de caractère sexuel. Mais elle ne s'arrête pas là, car les obligations de cette espèce ne sont pas seulement des obligations morales affectant uniquement la personne intéressée. On croit, dit Frazer, p. 115, que l'inconduite sexuelle expose à des conséquences désastreuses la communauté tout entière, soit directement par une sorte d'influence magique, soit indirectement en provoquant la fureur des dieux que ces moeurs offensent. Bien plus, cette conduite porte atteinte à la communauté en détruisant par exemple les fruits de la terre, en tarissant ses réserves nourricières. Frazer en cite d'innombrables exemples.

Comment s'explique la présence de nombreux tabous en ce qui concerne la femme.

Pour expliquer les innombrables tabous qui entourent la femme, et spécialement la femme mariée, il ne suffit donc pas, comme le disent quelques auteurs, d'invoquer le droit de propriété du mari sur la femme, droit qu'il aurait acquis par l'achat; on trouve bien plutôt leur origine en ce que la femme est la source de la vie. Elle est le siège de phénomènes mystérieux, surnaturels pour les primitifs, qui sont la grossesse, l'enfantement et les règles mensuelles. Ces phénomènes sont étroitement liés avec la source de toute énergie, de toute puissance et de toute vie, pour le sauvage avec le sang. La femme est par excellence un objet mana, un objet mystérieux, surnaturel, et par conséquent dangereux et funeste. Cette mana atteint son paroxysme, lorsque ce pouvoir est lié à des phénomènes de sang, par exemple, à l'accouchement à terme ou avant terme, et aux règles. Ce danger de la femme apparaît en vérité comme si grand que beaucoup de religions la considèrent comme souillée, non seulement de façon temporaire, ou au moment des règles, mais de façon permanente. La femme pour une grande quantité de religions primitives est un être impur, et c'est une idée qui a beaucoup contribué à la dégradation des femmes chez les peuples primitifs.

On comprendra donc que, lorsqu'un homme se réserve l'usage exclusif d'un objet aussi dangereux, il l'entoure d'un réseau de défenses, de tabous, destinés à l'isoler, à l'exclure de tout contact étranger qui peut être funeste. La notion de fidélité s'étendra à bien d'autres choses qu'à ce que nous considérons comme l'infidélité par excellence, à l'adultère. Dans les anciens textes juridiques des Indous, Loi de Manou 8, 354. Le simple fait d'une conversation isolée dans la forêt ou sur la plage, l'envoi de fleurs, de bijoux, un jeu, sont considérés comme des actes adultères. A Athènes il était défendu à l'épouse de se montrer à la fenêtre de la maison, et même à une époque postérieure il lui était défendu de recevoir un homme dans sa maison.

L'adultère grave atteinte à l'obligation de fidélité.

Le premier cas de divorce, l'adultère.

Il est évident que l'une des atteintes les plus graves à l'obligation de fidélité a été toujours d'adultère, et quand je dis que les tabous du mariage déjà chez les Romains primitifs ont glissé du plan religieux dans le plan de l'infraction morale, c'est particulièrement à l'adultère que je pensais. L'adultère est une offense à la loi morale, offense tellement permanente et tellement évidente, qu'elle n'a pas besoin du support des idées religieuses et des tabous pour paraître l'offense la plus grave qu'une femme puisse faire à son mari. C'est ainsi que la considèrent les Romains de l'époque classique, d'un point de vue rationnel et classique.

Nous n'avons pas encore terminé le dépouillement de la littérature romaine sur ce sujet, et nous n'avons pas encore trouvé de textes bien caractéristiques, qui pourraient déceler dans cette littérature classique un rappel aux vieilles idées religieuses. Si étrange que cela puisse être, il n'y a pas dans notre science de monographies scientifiques et complètes sur l'adultère dans la littérature romaine, il n'y a pas de dépouillement de textes. Il nous faut donc remonter plus haut que la littérature romaine pour retrouver l'idée religieuse primitive. Nous la retrouverons dans des croyances et dans des moeurs communes aux peuples indo-européens, dont les Romains sont une branche. Une conception générale à tous ces peuples est celle d'après laquelle l'adultère de la femme est le seul punissable. Le mari n'est pas tenu de l'obligation de fidélité tandis que l'adultère de la femme est puni de mort et son complice lui-même est puni de mort. Le mari german, le mari indou, le mari grec, le mari romain, peuvent librement entretenir des relations sexuelles avec une autre femme que leur propre femme, et celle-ci n'osera pas, comme dit Caton, le toucher du bout du doigt.

neque jus est. Qu'il s'agisse d'une courtisane, d'une concubine ou d'une esclave, ce commerce est indifférent, même s'il se produit de façon continue dans la propre maison de famille. Au contraire, si le mari surprend sa femme en adultère, non seulement il peut, et même il doit divorcer, mais il peut la tuer. Même ce qui est caractéristique, il peut tuer le complice. L'amant de la femme, qui est pourtant un homme, peut être aussi tué. Cela est bien caractéristique, car ceci montre qu'il y a, non pas une infraction à la loi morale qui tend à être égale pour tous, mais une infraction à un tabou religieux.

L'adultèbre constitue une infraction à un tabou: preuve tirée de la loi de Manou.

La loi de Manou nous fournit une explication de ce tabou, une explication qui n'est sans doute pas complète, qui laisse place à d'autres croyances, mais qui est en fonction de croyances particulièrement vives chez le peuple Indou et chez les Romains. Elle est fondée sur des croyances communes aux Grecs et aux Romains, sur le culte des ancêtres et des morts. Loi de Manou, 3,175 déjà citée par Fustel de Coulanges, Cité antique, p. 101. Le fils né du déshonneur anéantit dans cette vie et dans l'autre les offrandes adressées aux dieux et aux mânes. L'infraction qui est faite par l'épouse à la loi de fidélité par l'adultère a pour effet de troubler le sang de la famille par l'introduction d'éléments étrangers, d'enfants qui ne sont pas des descendants des ancêtres, des descendants des morts. Ces enfants ne sont plus qualifiés pour offrir le culte qui est dû aux ancêtres. Les sacrifices offerts par eux, leurs prières, n'ont plus de vertu, ne sont plus agréables aux morts. Les âmes des morts sont condamnées à une faim perpétuelle, et la race va vers sa perte. La faute de la femme a souillé le sang de la famille. Elle l'a rendue impure. La loi de Manou contient encore des formules d'expiation que doit réciter le fils qui a surpris la faute de sa mère. Manou, 60,20. Ce sang qui a été souillé par son infidélité, en entrant sous le toit d'un autre homme, que mon père le purifie de nouveau. Cette souillure, cette faute commise par la femme, ne doit pas, à mon avis, être interprétée avec la précision que nos idées modernes sur la conception et l'enfantement nous permettent de donner. Ce n'est pas seulement parce qu'il serait né en fait un enfant qui n'aurait pas été conçu par le père que la famille est souillée. Ce n'est sans doute pas avec cette précision que pensaient les Indous primitifs. Ils n'avaient pas une idée aussi nette que nous sur les phénomènes de la génération. C'est le fait seul d'avoir eu des relations adultères avec un autre homme. Alors même qu'il aurait eu ou qu'il n'aurait pas eu de conséquence, il n'en souille pas moins le sang de la famille, qui est trou-

blé. Vous voyez la relation étroite qui existe entre cette conception et ce que nous a appris la religion romaine et les sacrifices expiatoires qui doivent être faits aux dieux mânes.

Le deuxième cas du divorce, le vin

Le vin est également une infraction au devoir de fidélité, une souillure de sang, par conséquent une infraction à un tabou destiné à conserver la femme et la famille pures de tout contact extérieur et dangereux.

Le vin, le jus de raisin fermenté, est connu en Italie dès l'époque primitive. Dans les terramares, en Italie, on trouve des pépins de raisin, non pas isolés, mais en masse compacte, par conséquent du marc de raisin rejeté après le foulage des grappes. Ces terramares sont les stations d'habitations lacustres de l'époque du bois, avant par conséquent l'époque du fer.

Mais ces vignes étaient certainement des vignes sauvages, car la culture de la vigne est l'indice d'une civilisation déjà avancée. Les Grecs et les Italotes ont appris la culture de la vigne de l'Orient. Le vin ne devient objet de consommation courante qu'assez tard à Rome, après le milieu du IV^e siècle de R.F., après 350, par conséquent bien après les XII Tables, et bien après surtout les leges regiae, dans lesquelles se trouve notre prohibition.

Avant la culture de la vigne, comme l'indiquent les fêtes du vin, les Miditrinalia, les "vinalis rustica" et les "vinalia priora", l'usage du vin est un usage sacré, et en même temps un usage médicinal, comme un remède extraordinaire. Les Romains anciens boivent très peu de vin, ils sont d'une grande sobriété. Si leurs repas sont mélangés quelquefois de vin, ils en boivent peu, car ils ont l'idée que le vin empêche de goûter les aliments. Ils le boivent suivant la mode grecque, après le repas, d'après un cérémonial minutieusement réglé. Les banquets, à la différence des Grecs, sont communs aux hommes, aux femmes et aux enfants. A l'époque classique, on a bien oublié l'ancienne prohibition. Les abus de table, en effet, ne deviennent fréquents qu'à l'époque impériale. C'est sous Claude seulement que se répand l'usage de boire à jeun avant de manger.

Les usages des banquets chez les Grecs et chez les Romains resteraient inexplicables, si l'on ne commençait pas par en retrouver le principe dans les anciennes pratiques du culte. Le repas est à l'origine un acte religieux. Il commence toujours par une invocation aux dieux. Quand le repas est terminé, que va commencer le moment de boire, le dessert, on fait de nouveau silence pour porter aux dieux lares les portions mises de côté à cette intention : des gâteaux

L'usage du
vin à Rome.

de farine et des coupes de vin. Un esclave pour annoncer que cet acte est accompli entre dans la salle, la coupe à la main, et crie : "Dii propitii". Ainsi, même à l'époque tardive où le vin est devenu une boisson courante, des hommes observent des règles cultuelles pour le boire, ce qui montre qu'auparavant le vin sert au culte. C'est, en effet, un usage que les libations, à tous les étages du culte public et privé, s'adressent à tous les dieux, dans les sacrifices privés, même aux dieux lares et aux morts. Quelquefois cependant les libations de vin sont interdites pour certains dieux. On fait des libations de lait au culte de Cérès et pour le culte des dieux souterrains.

Ces libations prennent la physionomie de traité d'alliance. C'est leur nom grec qui l'indique : "spondai". L'usage du vin étant avant tout cultuel, on conçoit qu'il n'est pas indifférent et qu'il est entouré d'un rituel de prohibitions. Quelle est la signification religieuse des libations, soit dans les cultes rendus aux dieux, soit dans les banquets ?

Si nous en croyons un des rares auteurs qui se soient occupés de la question de la signification de ces rites, Kircher, *Sakralbedeutung des Weines*, Giessen 1910, p. 74, le vin représente le sang. Le vin c'est le sang. Il a les mêmes usages et les mêmes vertus : représentation de la vie comme le sang. Par conséquent en offrant du vin, on offre le sang. Par le moyen du vin, les hommes contractent des alliances, soit avec les dieux, soit entre eux. Ce sont des alliances de sang. D'après une autre idée voisine de celle-ci, le dieu lui-même se confond avec la vigne et son jus. C'est le dieu vin, Theocinos. En même temps le vin est le sang du dieu. Lorsque Androgyne exhorte Alexandre le Grand à la tempérance, il lui écrivait : "Souviens toi, Roi, qu'en buvant du vin, tu bois le sang de la terre". Pline, *Histoire naturelle*, I4, 517., "Vinum poturus rex memento te bibere sanguinem". Les poètes décrivent les effets bienfaisants du vin décrivent aussi ses conséquences funestes. Frazer, *Rameau d'or*, p. 469, nous dit que, en buvant le corps de son dieu, le sauvage acquiert une partie des attributs et des pouvoirs du dieu. Quand le dieu est un esprit du blé, le blé est son véritable corps. Quand il est un dieu de la vigne, le jus du raisin est son sang. En mangeant le pain et en buvant le sang, le fidèle mange réellement le corps et boit le sang de son dieu. Ce n'est pas par orgie, mais pour célébrer un sacrement solennel qu'on doit boire du vin dans les rites d'un dieu de la vigne, comme Dionysos. Que les Romains aient partagé toutes ces croyances, la façon dont parle Cicéron suffirait à le prouver. A une époque plus rationnelle, Cicéron critique ces

croyances. Quand nous appelons le blé Cérès, et le vin Bacchus, dit-il, nous employons une figure de rhétorique 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 ? Il faut encore ajouter que les effets du vin, l'exaltation de l'ivresse, frappent vivement l'imagination des peuples primitifs. Avec leur conception animiste, ils ne mettent pas en doute que l'homme ivre, comme le fou, est possédé par un esprit et que cet esprit est entré en lui avec le vin, avec le sang.

Caractère religieux de la défense faite aux femmes de boire du vin.

Ce bref résumé de ces croyances nous permet de mieux comprendre la raison vraisemblable de cette prohibition religieuse interdisant à la femme mariée de boire du vin. C'est une rupture de fidélité, c'est une turbatio sanguinis, comme l'adultére. La femme n'a plus la pureté nécessaire pour la procréation des enfants, soit que l'on dise que le vin lui ait fait contracter avec d'autres hommes que son mari une alliance spirituelle, une alliance religieuse, que son état de femme mariée lui défend, soit que le vin lui ait fait contracter une alliance encore plus intime, encore plus défendue avec le dieu. De toute façon elle a commis une faute grave contre la famille et contre la pureté de son sang. C'est pourquoi elle est devenue indigne, comme après un adultère, de rester dans cette famille et de continuer à être la mère des enfants.

Chez les Grecs et les Germains il est également interdit à la femme de boire du vin.

Cette interdiction n'est pas seulement chez les Roms. Nous la retrouvons chez beaucoup d'autres peuples de même race. Chez les Grecs, quicque Denys d'Halicarnasse nous dise que ce serait la faute la plus légère pour une femme grecque, il y a des traces sporadiques de cette prohibition. Aelien, Variae historiae, 3,38. nous dit. Une loi de Marseille défendait aux femmes de boire du vin. Théophraste affirme que cette loi existait chez les Milésiennes et que les femmes d'Ionie, qui épousaient des Milésiens y obéissaient. Chez les Roms, cette loi était particulièrement en vigueur. Cette prohibition existe aussi pour les Germains du Nord. Laveley, La Saga des Nibelungen, dans les Eddas, Paris 1879, P. 261. Enfin cette prohibition n'est pas spéciale à la femme. Nous la retrouvons chez d'autres personnes et pour les mêmes raisons. Il s'agit de personnages spécialement sacrés à un dieu, et dont la vie est entourée de prohibitions, de tabous, pour qu'ils se conservent exempts de souillures, et particulièrement fidèles à leurs dieux. Le flamen Dialis à Rome, entre autres prohibitions qui rendent sa vie insupportable, ne doit pas boire de vin ni même passer sous une vigne. Il ne doit pas toucher ni même nommer la viande crue. Ce qui nous montre encore un rapport entre le vin et le sang. Plutarque, Questions Romaines, II2, Aulu-Gelle 10,15,16.

L'usage du vin est parfois défendu aux hommes.

Chez les Hébreux, Lods, Israël, p. 254, le nazir est un homme qui se voue spécialement à Jahvè pour la vie, afin que celui-ci s'empare de lui et lui communique son esprit, et peut-être même spécialement fasse entrer en lui sa force surhumaine en vue des combats, que la tribu et la nation auraient à soutenir. Parmi les abstinences, auxquelles il doit se soumettre, figure l'interdiction du vin. S'il est interdit au nazir de boire du vin dit Lods, c'est sans doute parce que l'ivresse est considérée comme une possession par un esprit, autre que celui de Jahvè, le dieu du vin. Lorsque l'Arabe, avant la loi de Mahomet, était astreint à une vengeance de sang, il ne devait ni se peigner, ni se laver, ni boire de vin, avant d'avoir accompli sa vengeance. Les prêtres Juifs, quand ils vont offrir un sacrifice ne doivent pas boire de vin. Enfin, boire du vin, était défendu aux rois d'Egypte qui ont un caractère particulièrement sacré.

Le troisième cas de divorce : l'avortement.

I'avortement
est une injure
faite au mari.

L'avortement rentre sans difficulté dans ces mêmes notions. La sociologie rend compte de sa parenté étroite avec les deux autres. Comme eux, l'avortement est une souillure de sang, par conséquent, une infraction à l'obligation de fidélité de la femme à l'égard du mari. Comme pour l'adultère, la conception morale et rationnelle de cette faute a obscurci chez les Romains la notion religieuse primitive, la notion de tabou. En effet, la femme qui se fait avorter prive le mari de l'enfant qui lui appartient, et que seul il a le droit d'accepter ou de refuser dans sa famille. C'est donc une offense qui est faite spécialement au mari pour laquelle il n'est pas question de tuer la femme, car l'offense en soi n'a jamais paru assez grave, en tout cas n'est pas susceptible de soulever la colère d'un Romain jusqu'au point de le pousser au meurtre. Mais traditionnellement, c'est une cause de divorce. Si nous nous tournons du côté des sociologues, nous trouvons la conception du primitif. Le livre classique du philosophe Lucien Lévy Bruhl, "Le surnaturel et la nature dans la mentalité primitive" 2ème édition, Paris, Alcan, nous indique la raison, chapitre 9 et suivants, le sang et ses vertus mystiques, spécialement chapitre 10. Le sang de la femme, représentation analogue chez les Bantous, au sujet des avortements et des fausses couches, p. 398. Les fausses couches ou avortements et les foetus ainsi expulsés inspirent à ces Bantous la même crainte que les monstres, les prodiges, et d'une façon générale les transgressions. On leur attribue la même influence fatale, ils souillent et ils ensorcellent. La femme sans doute était, elle-même sous une mauvaise influence qui a causé l'accident. Elle devient donc un sujet de

Purifications imposées à la femme souillée par un avortement.

frayeur et de répulsion. On a peur de son contact. Elle est traitée précisément comme une personne que le voisinage avec un mort a rendu un objet d'horreur. On lui impose une série de purifications rigoureuses qui finissent par une purification d'une espèce très singulière, comme vous allez le voir, p. 399, la femme quand elle rentre chez elle ne peut pas reprendre de relation conjugale avec son mari avant d'en avoir eu avec d'autres hommes!

Il faudrait opérer la soudure entre ces idées primitives des Romains en citant des textes tirés de la littérature romaine, où l'on retrouverait des traces de ces notions analogues. Il en existe certainement. Mais je vous dirai ici comme pour l'adultère que le déroulement, que j'ai fait de ces textes de la littérature romaine est loin d'être achevé, et que je n'ai encore trouvé aucun texte bien caractéristique, pour les mêmes raisons, parce que les idées religieuses ont évolué en notions morales, et ont perdu l'idée du tabou primitif. Mais déjà un résultat nous permet de dire que ce rapprochement est acquis et il suffit pour en faire une hypothèse scientifique. Dans ces trois cas la notion de souillures religieuses est prouvée, et la réunion de ces trois cas sous cette notion rend nécessaire une explication commune à tous les trois. Nous pouvons aller plus loin dans l'hypothèse. Toute femme qui avorte est souillée, elle est aussi coupable. A priori c'est un évènement anormal, mystérieux, donc provoqué par l'intervention d'une puissance surnaturelle. C'est l'effet d'une pharmakeia, d'un remède magique. Les Romains, pas plus que les Grecs, même à l'époque classique, à plus forte raison à l'époque primitive, n'ont pas idées scientifiques de l'effet d'un remède ou de l'effet d'un poison. Remède et poison, c'est la même chose pour eux. Ce sont des moyens magiques de provoquer l'intervention d'un pouvoir surnaturel. Si c'est une intervention salutaire, c'est un remède, si c'est une intervention nocive, c'est un poison. Le même remède peut être à la fois l'un et l'autre. Par le philtre, la femme est soumise à un esprit mauvais. Comme le dit Lods pour le vin, il y a eu un phénomène de possession. Ce faisant, elle a enfreint son obligation de fidélité. Elle expose sa famille et son mari à des dangers. Par conséquent, elle doit être rejetée de la famille. Pour le moment, nous indiquons cette hypothèse comme une hypothèse un peu gratuite.

Nous sommes arrivés à la fin de nos longues explications sur le caractère de ces cas de divorce de Romulus. Avec bien des détours nous avons fait un chemin qui n'est pas inutile, car nous avons

Conclusion : caractères communs aux trois

Source : BIU Cujas

premiers cas de divorce.

abouti à un résultat, résultat important, j'espère que vous le sentez bien. Nous ne sommes plus dans ce que c'est le cas dans toute la littérature strictement juridique, en face de trois cas de divorce, singuliers, même choquants, sans rapport entre eux, et arbitrairement réunis par on ne sait quel hasard. Notre explication les replace dans un cadre où ils reprennent toute leur valeur, dans le cadre du droit religieux primitif, et leur donne leur véritable nature. Nous avons affaire à des tabous de peuples primitifs. Ce sont les tabous du mariage, qu'une même conception a créés et a réunis, car ils peuvent être ramenés tous les trois à l'idée commune de souillure de sang, dangereuse et funeste pour la famille. Voilà quel fut le début et quels furent les premiers cas de divorce. Ils nous permettent de remonter aux origines les plus lointaines des Romains et même on peut dire aux origines les plus lointaines de l'humanité religieuse. Ils vont maintenant se transformer et évoluer en notions morales et raisonnables, recueillies par le droit civil, et ils deviennent des cas de divorce. Mais sous cette forme nouvelle, en chemin nous allons en perdre, car pour l'un, le vin, peut-être même pour deux, cette évolution ne peut signifier que sa disparition. Ce sont en tout cas les causes les plus anciennes de divorce, la plus ancienne catégorie, qui va nous conduire au droit civil et à l'action rei uxoriae.

Chapitre V.

CONSECRATION A CERES.

Il nous reste maintenant à examiner pour interpréter complètement le texte de Plutarque le milieu de ce texte. Romulus, 22 " Romulus ordonna que, si quelqu'un répudiait sa femme en dehors de ces cas, la moitié de sa fortune appartienne à la femme, l'autre moitié soit consacrée à Cérès". Nous avons laissé de côté cette partie du texte dans l'interprétation que nous avons donnée jusqu'ici. Nous avons déterminé les caractères et la nature de ces soi-disants cas de divorce de Romulus. C'est d'une manière inexacte, avons-nous dit, que Plutarque les présente comme des cas de divorce. Ce n'est pas leur nature primitive. C'est une déformation qui est d'ailleurs traditionnelle à l'époque de Plutarque, ou plutôt c'est ce qu'ils sont devenus dans leur transformation postérieure. Mais originellement, ce sont les tabous du mariage. L'infrac-

tion commise par la femme impose son éloignement de la famille souillée et un sacrifice expiatoire.

Mais la loi religieuse des Romains ne s'en est pas tenue là, si l'on en croit Plutarque. Elle impose au mari l'obligation de conserver sa femme, la défense de la répudier, puisqu'il ne doit pas la renvoyer, autrement que si elle a enfreint les tabous. Cette défense, qui cette fois-ci concerne le mari, lui est imposée avec une sanction très sévère : le mari qui y contrevient s'expose à la confiscation de toute sa fortune. C'est cette sanction, qui, pour les interprètes modernes du droit romain offre des difficultés insurmontables, si insurmontables qu'ils ont fini par dénier, tout au moins à cette partie du texte, toute authenticité, et ils veulent y voir simplement une falsification postérieure. Si l'on en croit l'hypothèse dubitativement émise par Bonfante, Corso di Diritto Romano, I, P. 76, cette falsification serait de l'époque d'Auguste et serait destinée à renforcer par l'autorité du passé les sévérités nouvelles de la loi civile contre les divorces trop fréquents et à justifier les sanctions pécuniaires qui sont prises contre elle. Si l'on en croit Wissowa au mot. Cérès dans le dictionnaire de Pauly Wissowa, cette falsification aurait utilisé l'exemple historique des confiscations prononcées par les tribuns contre les coupables de la loi de majesté, confiscation dont le produit était versé au temple de Cérès.

Toutes les difficultés qu'ont rencontrées les modernes tiennent essentiellement à ce qu'il a été impossible à ces auteurs de déterminer l'autorité supérieure à celle du mari, père de famille, qui serait chargé d'appliquer ces sanctions. Il faut en effet en trouver une, qui juge le divorce et applique la sanction de la confiscation. Or, dans tous les autres textes, spécialement ceux qui ont trait à nos cas de divorce, c'est le mari lui-même qui est le juge. Il est bien évident qu'il ne peut être à la fois juge et jugé. D'autre part, il apparaît de plus en plus impossible de voir ici un cas de la juridiction royale. Pour nous, la solution se trouve dans une hypothèse bien préparée par tout ce que nous avons dit antérieurement. Ce juge n'est ni le roi ni le père de famille : ce sont les membres de la gens. Nous nous trouvons en face d'une coutume gentilice antérieure par conséquent au jus civile, dont l'observation est surveillée par la communauté elle-même, par les autres pères de famille de la gens, et dont l'infraction est sanctionnée par eux. C'est une coutume gentilice, qui disparaît d'ailleurs avec l'autorité de la gens, au moins en ce qui concerne la sanction contre le mari. C'est ce que

Sanctions contre le mari qui répudie sa femme en dehors des cas où elle a enfreint les tabous.

La consécration à Cérès, coutume gentilice.

nous allons essayer d'établir en examinant successivement : § 1, la consécration à Cérès n'est pas de la juridiction royale. § 2, le dieu auquel est faite cette consécration. Est-il Tellus ou Cérès ? Et quel est le rapport de ce dieu avec la gens. § 3, Vestiges de la juridiction gentilice. § 4, Spurius Cassius.

§ I - La consécration à Cérès ne peut pas être un cas de la juridiction royale.

Il résulte indubitablement du texte de Plutarque, si l'on veut lui reconnaître quelque valeur, que la loi religieuse a défendu au mari le divorce. Cette prohibition est maintenue par une sanction grave. Le résultat est que tout divorce justifié ou non est soumis à l'approbation de l'autorité, quelle qu'elle soit qui est chargée d'appliquer la sanction. Ce droit d'examiner toute répudiation, pour voir s'il y a lieu ou non à confiscation, c'est un droit qui résulte nécessairement de l'application de la loi. Pour les auteurs, qui pensaient que les *leges regiae* étaient de véritables lois curiates, la question n'offrait pas de difficulté. Ces lois étaient votées par les comices, elles faisaient partie du droit de la cité, notre disposition devait être attribuée, sinon à Romulus le personnage un peu trop légendaire, du moins à cette législation royale. Il allait donc de soi que l'autorité chargée d'opérer la confiscation, de partager la fortune entre Cérès et la femme, était l'autorité du roi, c'est-à-dire une autorité publique, l'autorité de la cité, représentée par son chef. Cette loi était donc un cas de la juridiction royale. C'est l'opinion notamment soutenue par Voigt *Leges regiae*, 1876, qui se contente d'esposer les diverses dispositions des *leges regiae*, sans même discuter leur caractère de juridiction royale.

On ne peut invoquer dans le débat les lois royales.

Mais cette position de principe se trouve ruinée par l'opinion devenue générale sur les *leges regiae*. Il est impossible actuellement de les considérer comme des lois curiates. Ce sont des coutumes religieuses, sanctionnées par des fêtes religieuses, et leur attribution, soit à Romulus, soit à Numa, n'emporte à aucun degré la preuve qu'ils en aient été les auteurs. La seule preuve que l'on puisse tirer de cette attribution est que ces coutumes sont traditionnellement considérées comme très anciennes, comme primitives, et au moins contemporaines de la fondation de la cité, ce qui pour les anciens paraissait la date la plus lointaine de la vie des Romains. Par conséquent aucune

Quant au fond du droit il est invraisemblable que le roi ait jugé les questions de divorce à l'origine.

preuve ne peut être tirée en faveur de la juridiction royale, de ce fait que la tradition a attribué ces coutumes à Romulus. D'autre part, la juridiction royale sur ces questions est au point de vue du fond du droit une chose très invraisemblable, car elle se heurte aux principes généraux de l'organisation de la famille romaine. Nous avons vu que le trait le plus caractéristique de cette organisation primitive, c'est l'autonomie de la famille, sa souveraineté à l'intérieur et sa complète indépendance vis-à-vis de l'Etat. Or cette législation sur le divorce a un caractère de coutumes exclusivement familiales. Elle met en jeu exclusivement l'intérêt des familles et leurs croyances religieuses, intérêt et croyances aussi bien d'ailleurs de la gens que de la famille, mais n'atteint pas l'intérêt de l'Etat, l'intérêt public. Placer ces coutumes sous l'autorité du roi et la sanction royale, équivaudrait à dire que dès le début, l'autorité publique a été établie surveillante des moeurs familiales, que c'est elle qui est juge des divorces, et nous l'avons vu de tous les divorces, quelle que soit leur cause. Car pour savoir, en effet, s'ils échappaient aux peines de la loi, tout divorce aurait dû être examiné par l'autorité publique. Cela est contraire à la tradition. Denys, 2, 25, nous dit que Romulus, en ce qui concerne les mariages, n'a accordé d'action en justice, ni au mari contre la femme qui a abandonné à tort la maison, ni contre la femme qui se plaint de mauvais traitements ou d'un divorce injustifié, pas plus qu'il ne fit des lois pour le paiement et la restitution de la dot. Cette invraisemblance devient plus forte encore, si l'on examine le droit postérieur au droit de l'époque royale. L'histoire des rapports de la famille et de l'Etat a suivi à Rome une évolution constante. L'indépendance primitive de la famille est peu à peu entamée par l'intervention de l'Etat, cette indépendance s'affaiblit donc de plus en plus. Tandis qu'au contraire la puissance de l'Etat s'accroît et les cas d'intervention deviennent plus fréquents et plus importants. Ici l'évolution serait dans l'ordre inverse, car il est un fait certain, c'est qu'à l'époque républicaine il n'y a plus aucune trace de cette juridiction de l'Etat sur les divorces. Le divorce est libre. Cette liberté est acquise aussi bien par le mari que par la femme. Jusqu'au VI^e siècle de R.F. le divorce, ses conséquences pécuniaires, restent exclusivement du domaine des usages familiaux. Le divorce est réglé par le mari suivant d'ailleurs des coutumes imposées par les mœurs, mais absolument indépendantes du droit civil. Le droit civil ne s'en occupe

La première
sanction ci-
vile indirec-
te du divorce
l'actio rei
uxoriae.

pas. Pour la première fois, dans le cours de ce VI^e siècle, le divorce fait naître une action civile de façon détournée, non pour juger des causes du divorce, mais pour assurer à la femme la restitution de sa dot en cas de divorce : c'est l'action rei uxoriae. Il faut remonter jusqu'au début de l'empire, au début de l'ère chrétienne, pour voir l'Etat s'engager dans une voie nouvelle et essayer de restreindre la liberté illimitée du divorce. Auguste par la loi Julia de maritandis ordinibus et par la loi de adulteriis a instauré cette réglementation, que nous trouvons précisée et augmentée par Constantin, puis enfin par Justinien dans sa Nouvelle 22, qui précise les différents cas de juste cause de divorce.

Mais toute cette législation tend, non pas à limiter la possibilité du divorce, mais seulement à imposer à la femme ou au mari en faute des peines pécuniaires sur leurs biens. La liberté du divorce, même sous les empereurs chrétiens, reste de l'essence même du mariage. Ainsi une jurisprudence royale sur le divorce, soumettant le mari à l'autorité civile et prononçant des peines rigoureuses, serait une anomalie contraire à toute l'évolution du droit sur ce point, et une anomalie sans lendemain, puisque cette jurisprudence aurait disparu et aurait été remplacée par une liberté complète, sans le contrôle de l'Etat. Mais cette invraisemblance générale n'est pas la seule preuve contre la compétence royale. Une preuve directe est apportée contre cette compétence par la divinité à laquelle est faite la consécration des biens du mari, la consécration à Cérès. C'est en effet la troisième raison, et qui nous montre qu'il est impossible de parler ici de juridiction royale, car il est impossible que cette consécration à Cérès ait été faite par le roi.

Cette démonstration a été faite par P.F. Girard, Histoire de l'organisation judiciaire des Romains, p. 35.

La peine portée contre le mari est en effet une peine religieuse, comme sa rupture du lien matrimonial est une faute religieuse. C'est la consécration de la moitié de ses biens à Déméter. Il est impossible d'admettre que cette consécration ait pu être faite par l'autorité du roi. En effet Cérès-Déméter n'eut son temple à Rome sur l'Aventin que vers la fin du III^e siècle de R.F. sous la République par conséquent, la date traditionnelle de cette création est de 258 ou 261 de R.F. Après une disette provoquée par des guerres avec les Volques et les Latins, le dictateur Postumius fit voeu de construire un temple à Demeter-Cérès, à Dionysos-Liber et Chorœc-Libera. Ce temple fut achevé et consacré en 261 par le consul Spurius Cassius. Il se trouvait au pied de l'Aventin, à l'extré-

La consécra-
tion à Cérès
n'est pas fai-
te par le roi.

Introduction
tardive du
culte public
de Cérès à
Rome.

mité du Cirque, au-dessus des prisons. Ces deux dates n'ont pas de base historique très solide. Mais il est certain en tout cas que vers 304 de R.F. Déméter, Dionysos et Chorée sous les noms latins de Cérès, Liber et Libera, avaient un temple sur l'Aventin. Leur culte est devenu un des *sacra publica* du peuple romain. Ces *sacra publica* sont célébrés *more peregrinorum* ou plutôt *more graeco*, selon les usages grecs. Cérès devient une divinité plebéienne, et son temple est le siège des édiles plébériens. L'Aventin en effet est un quartier plébéien, un quartier de marchands étrangers. Ce sont les marchands grecs de céréales qui ont amené la fondation de ce culte et de ce temple, à titre de culte de l'Etat. Ainsi l'introduction dans la cité de ce culte date d'une époque tardive de la République. La forme du culte des *sacra* qui lui sont offerts montre que c'est surtout la divinité grecque Déméter, dont le culte a été introduit dans la cité et qui a été organisé par elle. Cela ne signifie pas que Cérès et l'ensemble des dieux indigènes de l'agriculture, dont le culte a été réuni sous le nom de Déméter-Cérès, soient des dieux uniquement grecs. Nous avons vu qu'ils forment un ensemble de vieilles divinités latines très anciennes et spécifiquement latines. Mais cette introduction a cette signification que les vieux dieux latins honorés par les anciens Romains n'étaient pas encore des dieux de la cité, que leurs *sacra* n'étaient pas des *sacra publica*, qu'ils ne le sont devenus qu'avec la Déméter grecque et la consécration de son temple. Par conséquent, ce n'était pas un dieu de la cité à l'époque royale. Il est donc impossible que la confiscation des biens du mari, leur consécration à Cérès soient l'œuvre de la juridiction royale, puisque Cérès n'était pas une divinité de la cité. Ce même raisonnement avec même plus de force, peut être fait pour Tellus. Tellus eut son temple à Rome à partir de 268, seulement Tellus n'eut jamais de *sacra publica*.

Si nous ne pouvons attribuer cette sanction à l'autorité royale, à quelle autorité l'attribuerons-nous ? La seule alternative, qui était admise jusqu'ici par les auteurs, ne comporte que deux termes : pour ces époques anciennes, quand il s'agit de coutumes qui ont le caractère de coutumes familiales, on ne peut envisager d'habitude que deux sortes de sanction : ou bien l'autorité de l'Etat - c'est la juridiction civile - ou bien l'autorité de la famille, représentée par son chef, le *paterfamilias* - c'est la juridiction domestique du tribunal du père de famille. L'attribution de cette juridiction domestique serait ici bien tentante, d'autant plus tentante que, comme nous le ver-

rons, à l'époque postérieure; depuis la fin de l'époque royale jusqu'au VI^e siècle, c'est en réalité ce qui est arrivé. Le tradition, que représente notre texte de Plutarque, devient après quelques transformations une coutume familiale appliquée par ce tribunal de famille. Mais dans l'état où elle est dans notre texte, nous sommes arrêtés par une impossibilité de fait, car ici le père de famille ne peut être le juge, puisque c'est lui-même qui est jugé et condamné.

L'interprétation du texte visant la consécration à Cérès.

Faut-il renoncer à donner une interprétation à ce texte et le rejeter comme une tradition dénuée de sens ou comme une falsification historique ? C'est ce que les auteurs derniers ont tenté de faire, parce que c'est là l'impasse, à laquelle ils ont abouti par leur méthode d'interprétation. N'est-il pas de meilleure critique de tenter de lui redonner une valeur historique par une explication nouvelle ? Nous essaierons d'y retrouver un témoin d'une époque disparue, de voir s'il ne s'agit pas ici d'une coutume gentilice d'une règle de l'époque où la gens existait et avait toute son autorité. Nous allons donc essayer de retrouver dans cette sanction des traces d'une ancienne juridiction de la gens.

Cette explication trouve un premier appui dans l'hypothèse générale développée au début de ce cours. Puisque, en effet, les historiens admettent, comme nous l'avons vu, que la gens avait à l'origine une organisation beaucoup plus forte, qu'elle formait dans l'intérieur de la cité une petite nation autonome, avec ses chefs, ses assemblées, ses coutumes et surtout son territoire, nous sommes autorisés à tirer une conséquence de cette hypothèse générale. Parmi les traditions de l'époque primitive, qui paraissent inexplicables comme la nôtre dans le cadre ordinaire connu de nous de l'état et de la famille, nous pourrons légitimement rechercher à la lumière de cette hypothèse s'il n'est pas possible de lui donner une interprétation meilleure, une interprétation vraisemblable. Nous ne sortirons pas du domaine de l'hypothèse; comme je l'ai déjà fait remarquer, de ce temps primitif, les Romains postérieurs ont perdu jusqu'au souvenir. Nous ne pourrons donc pas trouver dans un texte formel une preuve directe de cette filiation. Mais nous nous efforcerons de réunir un ensemble de faits qui permette de donner à cette hypothèse un caractère scientifique. Nous trouvons ces faits tout d'abord dans le caractère de la divinité, à laquelle est consacrée la fortune du mari. Non seulement c'est une divinité ancienne de la religion romaine, mais on peut rattacher directement son culte à la tradition gentilice. Il y a un rapport certain entre le dieu au-

quel la consécration est faite et la gens.

A cette première preuve, nous ajouterons un deuxième ordre de faits. Nous réunirons un ensemble de textes, dans lesquels nous pouvons retrouver des vestiges assez forts pour leur réunion de cette juridiction gentilice.

§ III - Cérès ou Tellus ?

Cérès confondue avec Tellus.
Ancienneté des rapports de ces deux divinités.

N'oublions pas que Plutarque est un auteur grec, qu'il écrit en grec, sur des choses romaines. Son texte porte donc que la moitié de la fortune du mari est confisquée au profit de Déméter. Déméter est le nom grec de la déesse romaine Cérès. Par conséquent une traduction courante et normale donne ici Cérès. A plusieurs reprises nous avons eu à nous occuper de Cérès. Nous avons dit qu'elle est en rapport étroit, en liaison constante avec une autre déesse des Romains, Tellus -Mater. Cette liaison est si étroite qu'elles ont été souvent prises l'une pour l'autre par les Romains. Les attributs de l'une sont souvent donnés à l'autre. Nous avons vu un exemple dans le sacrifice de la truie praccidanea que certains textes attribuent à Cérès et d'autres à Tellus. Cette confusion va si loin que Wissowa dit que les auteurs grecs ont souvent traduit le latin Tellus par Déméter. Il en donne des exemples où il est possible de relever la confusion. Par exemple Lydus de mensibus, 3,6,4,49 où il est dit que les Fardicidia sont la fête de Déméter, et nous savons d'une façon certaine que c'est la fête de Tellus. Pouvait-on penser que, soit l'auteur grec, soit même sa source romaine, ait fait ici une confusion de cette espèce? et que nous ayons des raisons de rectifier, de voir plutôt ici Tellus que Cérès ? Nous allons examiner la question.

Les rapports étroits entre Cérès et Tellus sont très anciens dans la vieille religion latine. Tous les deux, en effet, sont des dieux agraires, des déesses de la culture et de la végétation. Tellus, nous l'avons vu, est la terre mère, non pas toute espèce de terre, mais la terre cultivée, celle qui est destinée à recevoir le grain, la semence et à le faire fructifier. Cérès, c'est la déesse qui fait fructifier le grain, déposé dans la terre nourricière. Ovide, Fastes, I, 671 : " Officium commune Ceres et Terra tueruntur hac praebet causam frugibus, illa locum". Cérès et la Terre remplissent un office commun, la première fournit aux germes leur principe, l'autre le lieu. Dans une traduction plus française, nous dirons Tellus et Cérès président en commun à l'agriculture : si l'un

reçoit le germe, l'autre le féconde. Aussi leur culte est-il commun.

Au début et à la fin des semaines un sacrifice est offert à Tellus et à Cérès. Au début des semaines, c'est le *sacrum cereale*, dont les prières sont faites par le flamme de Cérès. Dans ces prières le flamme invoque 12 dieux différents de l'agriculture, dont l'office détaillé par le menu toutes les opérations du labour et des semaines. *Servius, Géorgiques, I, 21. "Fabius Pictor enumerat hos deos quos invocat flamen sacrum cereale faciens Telluri et Cereri"* Fabius Pictor enumère ces dieux, qu'invoque le flamme faisant le *sacrum* de Cérès pour Tellus et pour Cérès. Ce sont les rites de cette fête en particulier qui nous ont prouvé que Cérès n'est pas seulement le doublet de la Démetre grecque, introduite tardivement dans la religion latine, mais que c'est une vieille divinité latine.

Les "feriae sementivae".

A la fin des semaines, vers le milieu de Janvier, il y a encore une fête commune à Cérès et à Tellus. Ce sont les "feriae sementivae", fêtes relatives aux semaines. Ce ne sont pas des fêtes fixes, mais mobiles, fixées chaque année par les pontifes d'après l'état des champs. Ce sont des *feriae conceptivae* : deux jours séparés par une semaine consacrés à ces sacrifices. Le premier jour, c'est celui où Tellus est spécialement invoquée, car c'est elle qui a reçu le grain. Le deuxième jour est consacré à Cérès, qui fait fructifier le grain. Ce sacrifice s'accompagne d'une offrande de farine d'épeautre et d'une truie pleine. A ces sacrifices correspond le sacrifice de la truie *praecidanea*, au début de la récolte, à Cérès et aux morts.

Les "Cerealia"

Les fêtes principales de Cérès et de Tellus sont pareillement communes. Fêtes de Tellus, les *Fordicidia* le 14 Avril. Ce nom vient de *hordo*, *forda*, qui signifie vache pleine parce que l'acte principal de la fête consiste dans le sacrifice d'une vache pleine à Tellus, 4 jours après le 14 Avril, c'est la fête de Cérès, les "Cerealia", marquée par le sacrifice d'une truie et des offrandes de gâteaux, de miel, de lait et d'encens, et par des flambeaux autour de l'autel de Cérès. Denys d'Halicarnasse, nous dit, que le vin n'est pas admis dans cette cérémonie. Ces fêtes étroitement liées nous prouvent à la fois la présence dans le vieux droit religieux romain de ces deux divinités, dont l'office est commun, mais aussi que leur personnalité est différente, n'est pas confondue.

Le temple de Cérès.

Toutes deux, à peu près à la même époque, ont été l'objet d'une mesure publique. Sur le voeu d'un consul la cité leur a érigé un temple. Le temple de Cé-

rès fut consacré en 261 par le consul Spurius Cassius, le temple de Déméter en 268 par le consul Publius Sempronius. Mais, tandis que c'est uniquement à la divinité romaine que fut dédié le temple de Tellus, sans rapport avec la déesse Gaïa des Grecs, c'est principalement à la Déméter Grecque que fut dédié le temple de Cérès. Ce fut la Déméter grecque qui domina dans cette association. En outre la dédicace du temple de Tellus n'eut pas comme conséquence la transformation de son culte en *sacra publica*. Ce culte conserva heureusement pour nous son ancien caractère. Au contraire en même temps qu'un temple, on crée un culte public pour la Déméter-Cérès. Bien que ce culte par son origine et par sa forme fût principalement un culte étranger, "sacra peregrinorum", il fut célébré au nom de l'Etat par un prêtre, fonctionnaire public, par un *flamen cerealis*, qui est d'ailleurs une prêtresse qui doit être d'origine grecque. Il perd donc sa forme ancienne.

Dans les temps historiques, Tellus et Cérès n'ont plus leur ancienne importance. Ils ont perdu toute l'importance que l'Agriculture et le peuple des agriculteurs ont perdu dans l'économie générale des Romains. L'agriculture n'est plus comme à l'époque gentilice la source principale, presque unique, de la vie romaine, c'est l'affaire du petit peuple des campagnes et des esclaves. Le culte de Cérès et de Tellus devient un culte de paysans et d'esclaves. C'est surtout Tellus qui perd de son importance, au point que son souvenir, à l'époque classique, a presque disparu. Cérès au contraire, survit davantage à cause de Déméter. C'est à cause de la Déméter grecque, qu'elle prend place parmi les grands dieux, si elle n'est pas parmi les plus honorés, car elle est devenue, comme nous l'avons vu, une divinité plébéienne. C'est à cette époque que se produisent les plus grandes confusions entre Tellus et Cérès, et qu'on reporte sur Cérès les caractères propres à Tellus. C'est l'avis de Wissowa historien classique des religions latines, que dans toutes les questions de notre domaine Cérès a pris la place qui originaiement était la place de Tellus seulement. Religion et culte des Romains, p. 159, Wissowa article Cérès dans le dictionnaire de Pauly Wissowa. En ce qui concerne notamment le culte des morts c'est Tellus qui est la divinité tellurique, liée au culte des morts et en étroite relation avec ceux-ci. Au contraire dans l'histoire de Cérès proprement dite, il n'y a aucun rapport originaire entre les morts et cette divinité. Ces rapports n'ont été créés que par confusion avec Tellus. De même, c'est Tellus qui était la divinité à qui le mariage était consacré. Je vous ai montré la présence de ces dieux dans le mariage. Je n'ai pas assez insis-

Cérès prend la place de Tellus.

Importance de
Tellus dans le
mariage.

cé à cette époque sur la discrimination qui est à faire entre eux. Tellus à Rome, Gaïa en Grèce, sont tous les deux originaiement les dieux spécifiques du mariage. Servius, *Enéide*, 4, I66. "Quidam sane etiam Tellurem praeesse nuptiis tradunt, nam et in auspiciis nuptiarum invocatur cui etiam virginés vel cum ire ad domum mariti cooperint, vel jam ibi positae, diversis nominibus vel ritu sacrificant". Quelques uns disent que c'est Tellus qui préside aux noces, car elle est invoquée dans les auspices des noces. C'est à elle que les vierges, soit quand elles commencent à aller dans la maison de leur mari, soit quand elles y sont arrivées, offrent un sacrifice sous des noms et avec des cérémonies diverses. Ainsi Tellus est nommée dans tous les actes du mariage, depuis le commencement des auspices jusqu'à la fin, depuis l'arrivée dans la maison du mari, en passant par le cortège nuptial, la deductio in domum mariti.

Au contraire, pour Cérès, il nous est dit simplement "Flamen in nuptiis in honorem Cereris praeferant", on portait dans les noces le flambeau en l'honneur de Cérès. C'est un rapprochement tout extérieur, la torche d'épine portée aux noces étant tirée de l'arbre consacré à Cérès. Ce rapprochement a été favorisé par l'histoire de la Déméter grecque, qui acquiert dans le panthéon grec le titre de protectrice des mariages, Déméter législatrice, legifera, mais c'est une histoire postérieure à celle de Gaïa, la terra, qui était en Grèce aussi la vraie protectrice des mariages.

Il est très probable qu'il en est de même pour notre texte et que Déméter est en réalité la traduction grecque du latin Tellus. Nous pourrons dire ceci pour les mêmes raisons déjà exposées :

1°- Dans notre texte, Cérès est mise en liaison avec les Dii manes, avec les dieux souterrains. C'est une liaison, comme nous l'avons vu, qui est propre à Tellus.

2°- Il s'agit d'une loi protégeant les mariages, d'une défense de divorcer. Il est naturel que ce soit la déesse des mariages que cette défense soit confiée. Un autre texte, il est vrai, qu'on a rapproché du notre, dit que les divorces sont l'œuvre de Cérès. Servius ad *Eneide*, 3, I39, nous dit "Quidam dicunt diversis numinibus, vel bene, vel male faciendi potestatem dicatam ut Veneri conjugia Cereri divortia", quelques uns disent que certaines divinités ont la puissance de bien faire ou de mal faire, comme Vénus pour le mariage, Cérès pour les divorces. Ce texte est à rapprocher d'un autre de Servius sur l'*Eneide*, 4, 58.

"Alii dicunt hos deos quos enumeravit nuptiis esse contrarios, Cererem quia propter raptum filiae nuptias execratur". D'autres disent que ces dieux, qu'il énumère, sont contraires aux mariages, que Cérès a les mariages en horreur à cause du rapt de sa fille. Mais ce trait a encore pour origine l'histoire de la Déméter grecque. C'est pour célébrer la fête de cette Déméter grecque que les femmes devaient s'abstenir pendant 9 jours de tout rapport avec leur mari, que la prêtresse de Cérès devait s'écarter de son mari pour remplir son office. D'ailleurs, c'est par une fausse interprétation, contre laquelle nous nous sommes suffisamment élevés, que l'on peut voir ici une loi créant le divorce et par conséquent une raison de traduire Cérès comme étant une protectrice du divorce. Au contraire il s'agit dans notre texte de défenses de divorcer. Il est naturel que cette défense soit sous la sanction de la déesse du mariage.

Tellus et
Déméter.

Enfin il est une raison directe pour laquelle Tellus latine a pu être traduite en Déméter-Cérès. A l'époque historique, nous avons vu que la déesse plébienne Cérès est particulièrement connue comme celle à qui sont consacrées les confiscations. La célèbre loi de majestate de Tite-Live, 3,55,7. "Ut qui tribunis plebis, edilibus, judicibus decemviris nocuisset ejus caput Jovi sacrum esset, familia ad sadem Cereris Liberi Liberaeque venumiret". Quiconque attenterait aux tribuns du peuple, aux édiles, aux juges decemvirs, que sa tête soit consacrée à Jupiter et que sa fortune soit vendue au profit du temple de Cérès, de Liber et de Libera. C'est en ce sens restreint que nous adopterons l'opinion de Wissowa qui n'hésite pas à considérer que toute la loi est une falsification de l'époque d'Auguste, ayant pour origine ce fait que Cérès préside aux confiscations. Il nous semble plus juste de considérer, non pas que toute la loi est une invention, mais que ce caractère de Cérès a seulement changé le nom de la déesse, à qui était faite la confiscation primitive, qui est sans aucun rapport d'ailleurs avec celle du droit tribunitien et que c'est parce que Cérès était connue à l'époque classique comme la déesse, à laquelle les confiscations étaient consacrées que l'on a changé Tellus ancienne en Cérès.

Il y a un intérêt assez grand à la rectification de notre texte. C'est que, tandis que le culte de Cérès a changé de nature, bien qu'il ait été originièrement très probablement de même nature que le culte de Cérès, le culte de Tellus n'a pas changé.

Le fête de Tellus n'a pas changé de caractère comme la fête de Cérès. La dédicace d'un temple à Cé-

rès, la création d'un flamen *cerialis*, d'un prêtre fonctionnaire public, a fait passer la fête de cette déesse, les *Cerealia*, dans la catégorie des *sacra publica*. Elle est devenue une fête célébrée aux frais de l'Etat. Au contraire, le temple dédié à *Tellus* n'a pas été suivi de la création d'un flamine spécial, et n'a pas eu pour effet de faire de sa fête des *sacra publica*. La fête de *Tellus* n'a pas changé de caractère. Nous allons voir que ce caractère ancien conservé marque un rapport direct avec les anciennes gentes. Ceci nous apporte donc une preuve non médiocre du caractère gentilice du culte de *Tellus*. En effet, les *Fordicidia*, jour de la fête de *Tellus*, le 19 avril, sont comptées par les Romains parmi les *sacra popularia*, c'est-à-dire parmi les fêtes qui, quoique n'étant pas des fêtes officielles de l'Etat, sont célébrées par tout le peuple. Festus, "popularia sacra, ut ait Labee, quae omnes cives faciunt nec certis familiis attributa sunt", les *sacra popularia*, comme le dit Labéon sont ceux que tous les citoyens font et qui ne sont pas attribués à certaines familles. Ces *sacra popularia* sont les plus anciennes fêtes du peuple romain. Elles sont même si anciennes, qu'on a souvent perdu le souvenir de leur signification.

Caractère gentilice de la fête de *Tellus*.

Les *Fordicidia* et les *Fornacalia*.

La division origininaire de la cité entrente curies.

Les *Fordicidia* étaient l'une des deux fêtes principales des curies. Elles étaient des *sacra curiarum*. L'autre fête des curies, ce sont les *Fornacalia*. Festus nous dit : *Fornacalia Sacra erant cum far in fornaculis torrebant*", c'étaient des fêtes célébrées quand on faisait sécher l'épeautre dans des fours. Les *Fordicidia*, Varro, *Lingua Latina*, 6, 15. "Fordicidia a fordis bubus", *Fordicidia*, de vaches pleines : vaches pleines qui portent dans leurs entrailles, parce que ce jour-là des vaches pleines étaient immolées publiquement dans la plupart des curies. C'est une fête qui est nommée du sacrifice qui était fait de vaches pleines, sacrifiées à *Tellus* pour lui demander une année fertile. Ces sacrifices étaient faits au Capitole dans les curies, et hors de la ville. Les pontifes et les vestales y participaient. La vache était sacrifiée et le veau mort-né le *foetus* était brûlé et réduit en cendre par la grande vestale. Cette cendre servait aux purifications.

Les 30 Curies sont la division la plus ancienne du peuple romain, et cette division est en rapport direct avec les gentes. D'après, la légende, elle remonte à Romulus. C'est la division origininaire de la cité. Les tribus étaient les 3 cités originellement séparées, dont la réunion forme la plus grande Rome : Les Rammenses du Palatin, les Titienses du Quirinal et les

La composition
et l'organisa-
tion des cu-
ries.

Luceres de l'Esquiline, dont la tradition ou la légende fait des premiers des Italiotes, des seconds des Sabins, et des troisièmes des Etrusques. Chacune de ces tribus est divisée en 10 curies, ce qui donne pour toute la cité romaine 30 curies. Dans chaque curie le peuple est divisé en gentes. Par souci de symétrie les auteurs disent que chaque curie comprenait 10 gentes, ce qui ferait pour l'ensemble du peuple romain 300 gentes. C'est cette symétrie artificielle qui a fait croire à Niebuhr que la gens est une division administrative, division créée par l'Etat, moins ancienne par conséquent que la cité. En réalité, pour les auteurs modernes, la cité des curies représente plus exactement la fédération des gentes primitives. Dans chacune des curies les gentes ont conservé leur individualité, ont conservé leur autonomie primitive qui subsiste quelque temps dans la nouvelle fédération groupant les trois cités. Les curies ne comprenaient bien entendu que le peuple des gentes, c'est-à-dire les patriciens et leurs clients. C'est un problème toujours obscur et encore debattu de savoir si les plébéiens eurent jamais accès dans les curies même sous la République. On considère justement, comme la preuve la plus sûre qu'ils finirent par y être admis, que les sacra curiarum étaient des sacra popularia, faits pour tout le peuple. Nous avons en outre des preuves directes que les plébéiens participaient aux Fornacalia. A l'époque républicaine, les curies n'ont plus de rôle. Le peuple est divisé d'une nouvelle façon en centuriés et dans cette division sont rangés tous les citoyens plébéiens et patriciens. C'est dans les nouveaux comices par centuriés que se font les votes législatifs et les votes électifs. Les curies ne remplissent plus de rôle et ne sont qu'une survivance sans importance réelle d'une époque antérieure. Mais elles ont été maintenues principalement par leur organisation religieuse. Chaque curie avait un curion, chef spirituel des curies, considérées comme une famille, et lui-même était considéré comme le Roi dans l'Etat, comme le père de famille dans la tribu. Chaque curie avait un local, appelé Curia, avec un foyer et une salle à manger où les curiales se réunissaient pour offrir des sacrifices et faire des festins. Le culte de Tellus dans les curies, où il se survit à lui-même sans importance véritable et plus qu'à moitié abandonné est une preuve directe que c'est un culte commun de toutes les gentes. C'est un des cultes les plus importants de cette fédération des gentes au moment où elles l'apportèrent avec elles dans la cité. Ce caractère de la fête de Tellus est une preuve directe de sa liaison avec

les gentes. L'autre culte, les Fornacalia qui survit comme le premier, qui à eux deux sont considérés comme les deux principales fêtes des curies, est aussi un culte agraire.

Ceci rejoint les constatations et les hypothèses déjà faites jusqu'ici. Il est assez naturel que ce soit le culte agraire qui soit par excellence le culte commun des gentes, puisque chaque gens est propriétaire collective de la terre, qui lui permet de vivre. C'est par les dieux agraires qu'elles arrivent à la notion d'un dieu plus général que les Dii indigètes, un dieu représentant et protecteur d'un intérêt commun. C'est pourquoi les dieux agraires ne sont pas seulement les protecteurs de l'agriculture, ce qui est leur rôle primitif : leur rôle de protection s'étend plus loin : ils sont les protecteurs principaux de la famille et de la vie de la gens. Ce sont les premiers et les plus anciens protecteurs de la famille. Grâce à la survie des sacra curiarum la liaison directe est faite entre Tellus, le dieu au profit de qui se fait la confiscation, et les gentes. Voyons maintenant un autre genre d'argument : nous allons rechercher les traces de la juridiction de la gens sur le mari.

§ 3 - Vestiges de la juridiction des gentes.

Importance de la juridiction domestique du père de famille.

Le conseil des proches.

Son rôle.

Nous sommes relativement assez bien renseignés sur la juridiction du père de famille dans l'intérieur de la famille. Un assez grand nombre de textes nous fournissent des exemples concrets de son fonctionnement. La juridiction domestique s'exerce, non seulement sur les esclaves, mais sur les fils et aussi sur la femme. Le père peut appliquer toutes les peines jusqu'à la plus grave, jusqu'à la peine de mort. Mais nous savons aussi que pour juger, le père doit s'entourer d'un conseil. Cette obligation, qui lui est imposée par les moeurs, et dont l'exécution est surveillée par le censeur, lui est spécialement imposée quand il s'agit de sa femme, et qu'il s'agit du divorce, de la répudiation à envoyer à la femme. La composition de ce conseil n'est pas rigoureusement fixée. Il y a des traces d'incertitude, de manque de rigueur dans cette composition. L'on peut voir que la composition du tribunal de famille dépasse le cercle de la famille civile, car les textes parlent tantôt d'agnats, qui sont seuls vraiment les membres de la famille civile, mais ils parlent le plus souvent encore de cognats, d'une façon générale de proches, propinquus, mais aussi d'amis et même de voisins. Ce n'est donc pas une institution purement familiale. Elle dépasse

le cadre de la famille civile, elle est plus étendue que cette famille. C'est donc une survivance ou un résidu d'une institution plus importante.

Bien entendu le rôle de ce conseil apparaît strictement consultatif. Le droit de juger ne lui appartient pas en propre. Ce droit de juger appartient au père de famille seul qui décide et qui punit. La disparition totale de l'autorité de la gens sur le père de famille l'a complètement libéré et aucun de ces textes ne parle de gentiles. Néanmoins, on peut relever des traces d'une juridiction de ce conseil, juridiction non seulement indépendante du père de famille, mais juridiction s'exerçant sur lui et contre lui. Dans ces traces il est possible de voir l'ancienne action, l'ancienne autorité de la gens.

I°- La plus nette résulte d'un texte de Denys d'Halicarnasse, également attribuée par lui à une loi de Romulus. Denys, Ant. rom. 2.15 Romulus imposa aux citoyens romains l'obligation d'élever toute leur descendance mâle et leur fille première née. Il leur défendit de tuer aucun nouveau né jusqu'à l'âge de 3 ans, à moins qu'il ne fût infirme ou monstrueux. Ces derniers il leur permit de les exposer après les avoir montrés à trois voisins, et si ceux-ci le jugeaient ainsi. Contre ceux qui n'obéissaient pas à cette loi, il édicta diverses peines, et parmi elles, la confiscation de la moitié de la fortune.

Cette prétendue loi de Romulus impose au père de famille une très importante restriction, puisqu'elle ne lui laisse pas la liberté d'accepter ou de refuser l'entrée dans sa famille aux enfants nouveau-nés mais lui impose l'obligation d'élever tous les mâles et pour les filles au moins la première née. Elle comporte la défense de les tuer au moins jusqu'à l'âge de 3 ans et la prohibition de les exposer, c'est-à-dire de les abandonner, à moins d'infirmité, ou de monstruosité. C'est une restriction tout à fait de même nature que celle qui est opposée à l'autorité du mari par la loi de Plutarque sur les divorces. L'analogie continue d'une manière bien symptomatique en ce qui concerne la destinée ultérieure de ces lois. Toutes les deux tombent également en désuétude. Les usages familiaux à l'époque postérieure, sous la République, sont différents. De même que le mari a acquis la liberté complète du divorce, il a acquis le droit d'accepter ou de refuser les enfants nés dans la famille et le droit de les exposer et de les tuer. Nous savons que l'entrée dans la famille d'un nouveau né se fait avec une certaine solennité, qui marque en même temps le droit du père de famille.

L'ancienne juridiction du conseil de famille.

L'autorité du père de famille sous la République.

L'enfant est apporté au père de famille, devant l'autel des ancêtres. Il est déposé aux pieds du père, qui le soulève et le prend dans ses bras, s'il l'accepte, qui se détourne s'il le refuse. Cet acte symbolique fait entrer l'enfant dans la famille, et l'en fait devenir un membre légitime. A cause de sa forme, l'admission par le père est dite "tollere" "suscipere", ou "recipere liberos", éléver, prendre ou accueillir les enfants. Pendant toute l'histoire de Rome, si le père exerce rarement son droit de tuer l'enfant nouveau-né, c'est un usage fréquent et impuni de l'abandonner et de l'exposer. Chez les Grecs et chez les Romains, c'est un usage fréquent et universel. Ce sont les empereurs chrétiens qui les premiers ont essayé de restreindre cet usage. Ainsi, de même que la loi du divorce la loi sur l'éducation est abrogée après l'époque royale. S'il s'agissait d'une vraie loi de la cité, cette abrogation présenterait les mêmes difficultés. Au contraire, si nous l'interprétons comme une coutume gentilice, interprétation qui correspond à sa nature de coutume familiale et religieuse, nous pouvons constater qu'elle est tombée en désuétude avec la disparition de l'autorité de la gens.

La sanction de cette loi fait continuer l'analogie avec notre loi de Plutarque. Comme pour un divorce injustifié, la peine est la confiscation de la moitié de la fortune. Denys d'Halicarnasse ne parle pas, il est vrai, d'une consécration à Cérès, mais d'une confiscation. Il est indubitable que pour lui il s'agit d'une confiscation au profit de l'autorité publique. Mais ceci ne doit pas nous arrêter et c'est d'une importance secondaire. Denys, pour résumer, ajoute qu'il y a d'autres peines. C'est son habitude, nous le savons par de nombreux exemples, de transformer les sources dont il se sert pour rendre son récit plus cohérent et le mettre en rapport avec les usages ou les idées de son temps. Nous verrons un exemple de cette transformation en ce qui concerne la loi du divorce, transformation que le texte de Plutarque permet de contrôler. Ici nous n'avons pas la même possibilité, car Denys d'Halicarnasse est notre source unique. Les interprètes modernes ne font aucune difficulté pour voir dans ces autres peines des "piacula", des offrandes propitiatoires pour réparer la faute religieuse. Ils pensent aussi que le produit de cette confiscation devait être offert à un dieu. Voigt, *Leges regiae*, pense à Junon, parce qu'elle est la protectrice de la fécondité et de la procréation des enfants dans le mariage. Mais ce n'est qu'une hypothèse. Elle est certainement fausse à notre point de vue, car elle est basée sur un

état postérieur des croyances. Rien ne nous permet de dire que cette confiscation ait été faite au profit de Tellus ou de Cérès, comme la première, parce que le texte est muet, mais il est inutile de chercher arbitrairement à quel autre dieu elle pourrait s'appliquer.

Que cette sanction religieuse ne soit pas confiée à l'autorité du roi, c'est ce que notre texte lui-même permet de dire avec une grande certitude, car sans le vouloir Denys d'Halicarnasse nous a indiqué quels étaient les juges, à qui par conséquent la surveillance du paterfamilias incombe. Il nous dit que si le père de famille voulait abandonner un de ses nouveau-nés, il en avait le droit, si celui-ci était infirme et monstrueux, mais non pas sans l'avoir montré à 5 voisins, par conséquent à un tribunal composé de 5 voisins. Ceux-ci devaient donner leur assentiment, ils devaient juger. Il ne s'agit pas d'une simple consultation, comme dans le conseil des proches et des amis qui entourent le père de famille dans le tribunal domestique. La décision leur est réservée. Le tribunal des voisins lève dans certains cas prévus par la coutume la prohibition religieuse, défendant au père de tuer ou d'exposer ses enfants. C'est donc à ce tribunal, à cette réunion des voisins qu'incombe la charge de surveiller l'exécution de la prohibition. Nous en concluons que c'est à eux de prononcer la peine quand cette prohibition est transgessée, de prononcer la peine de la confiscation au profit du dieu ou des dieux considérés comme offensés.

Quels sont ces voisins ? Assurément il ne peut s'agir des voisins de hasard, connus ou inconnus, que l'on peut avoir quand le groupement territorial n'a pour limite que la cité, lorsque tous les citoyens sont mélangés sur ce territoire par les hasards de l'habitation. Mais ce terme de voisins reprend une toute autre signification, si nous envisageons l'état que nous avons considéré comme étant l'état origininaire. C'est l'état où chaque gens est groupé dans un "vicus", et autour du village se trouve la terre le "pagus", appartenant en commun à la gens. Ces voisins, ce sont les gentiles, les autres membres de la communauté. De Franscici, dans la Storia di Diritto romano, Ettore Pais, Histoire du Droit Romain, I, P. 73, nous indiquent d'autres exemples où sous la personnalité des voisins on peut retrouver les anciens gentiles, dont les contestations sont résolues par le témoignage des cojuratores. Ces cojuratores, ces voisins, étaient originai-
rement les gentiles. M. Giffard dans son cours attache lui aussi une grande importance à ces voisins.

Le tribunal
des voisins.

Voisin, mem-
bre de la
gens.

et à leur caractère primitif de gentiles.

2°- Une autre trace de juridiction des parents, de la gens nous est fournie par une institution singulière : le jus osculi. Les historiens, qui la rapportent n'en connaissent plus la signification. Ce jus osculi nous fournit un second indice, moins clair que le premier, parce que sans doute la coutume ancienne a été davantage transformée et que les textes ne marquent pas s'il s'agit ici d'un acte de juridiction, et spécialement contre le mari. Mais l'importance résulte dans le fait qu'il est mis par tous les anciens en rapport direct avec la prohibition de boire du vin.

Définition du jus osculi. Qu'est-ce que le jus osculi ? C'est le droit et en même temps l'obligation pour les femmes romaines de saluer, non seulement leur mari, mais leurs parents, par un baiser, donné sur la bouche. Cette obligation est restreinte à l'époque classique aux cousins issus de germains, aux parents au troisième degré, et non seulement aux parents du côté du mari, mais encore du côté de la femme. Polybe, 6,2,6 et Athénée, 10,440.

" La femme doit donner un baiser à ses parents et aux parents de son mari jusqu'au degré de cousin issu de germain, et elle doit faire cela chaque jour, lorsqu'elle les rencontre pour la première fois". C'est seulement Polybe et Athénée, dont Polybe est la source, qui délimitent le champ des parents ayant le jus osculi. Les autres auteurs, et ils sont nombreux, ne parlent que des parents en termes généraux. Cicéron, de Re publica, 4,6, nous dit que si la femme n'était pas de bonne réputation, ses parents ne lui donnaient pas le baiser.

Le sens religieux du baiser. Ce jus osculi est une coutume religieuse. Servius, ad Eneidem, I,260 "Sciendum osculum religionis esse suavum voluptatis", il faut savoir que l'osculum est religieux, que le suavum est pour le plaisir. L'un et l'autre sont des baisers sur la bouche donnés avec les lèvres.

Les explications fournies par les historiens. Quelle est l'explication de cette coutume fournie par les anciens ? Plutarque dans ses Questions romaines, 6, nous fournit quatre explications, ce qui est bien la preuve qu'aucune ne lui paraît absolument péremptoire.

La première est tirée de la légende romaine. Lorsque les Troyens, qui fuyaient Carthage prise par les Grecs et brûlée, arrivèrent sous la conduite d'Énée à l'embouchure du Tibre, les femmes pour en finir avec les fatigues de la navigation brûlèrent les vaisseaux dans une absence de leurs maris. Chacune craignant le retour de son mari, entoura de ses caresses et de ses baisers ses parents et ses amis pour

Le jus osculi et le pouvoir de juridiction de la gens.

Définition du jus osculi.

Le sens religieux du baiser.

Les explications fournies par les historiens.

apaiser leur colère. Une fois cette colère apaisée, elles conservèrent cette coutume d'échanger des caresses avec leurs parents. Les deux autres explications sont des explications rationnelles. L'une, aussi peu à retenir que la première, dit que cela aurait été pour les femmes un signe d'honneur et de considération, car elles montraient par ce baiser qu'elles avaient des parents nombreux et honorables. L'autre, qui paraît à Plutarque la plus vraisemblable est que, comme le mariage était interdit entre parents proches, mais qu'il était permis à l'affection des proches d'aller jusqu'au baiser, ce baiser était à la fois le signe et le privilège commun de la parenté. C'est pourquoi il était permis jusqu'au degré prohibé de mariage. Ettore Pais, *Histoire*, I, p. 73 y voit la trace de l'ancienne communauté des femmes.

Le jus osculi
et la défense
de boire du
vin.

Mais il est une quatrième explication donnée par Plutarque : Romulus avait interdit aux femmes de boire du vin, il leur était impossible de le cacher, d'abord, parce qu'elles n'avaient pas la disposition du vin, ensuite parce qu'elles étaient obligées de donner un baiser à leurs parents, tous les matins, lorsqu'elles les rencontraient pour la première fois, et par suite elles faisaient attention, ne sachant pas qui elles rencontraient d'abord.

Tandis que Plutarque ajoute à cette explication trois autres différentes, tous les auteurs qui citent notre coutume la rattachent unanimement et uniquement à cette prohibition de boire du vin. Polybe, 6, 2, 3, qui est la source de Plutarque, se borne à indiquer cette raison, Athénée, 10, 440, répète, lui aussi, Polybe. Le témoignage de Caton l'Ancien nous est transmis par Aulu-Gelle et par Pline l'Ancien. Pline, *Histoire naturelle*, 14, 89 : "Non licebat temetum feminis bibere, Cato ideo propinquos feminis osculum dare ut scirint an temetum olerint". Il n'était pas permis aux femmes de boire du vin. Caton dit que les proches devaient donner aux femmes le baiser pour savoir si elles sentaient le vin. Aulu-Gelle, 10, 23. "Qui de vietu atque cultu populi romani scripserunt mulieres Romae atque in Latio abstemiae esse, hoc est vino semper abstinuisse dicunt; Institutumque cognatis osculum reprehendendi causa ut odor indicium faceret si bibissent". Ceux qui ont écrit sur la nourriture et le culte des Romains disent que les femmes à Rome et dans le Latium étaient abstinentes, c'est-à-dire devaient s'abstenir de boire du vin. Il avait été institué qu'elles donneraient le baiser à leurs parents pour être reprises lorsque l'odeur fournirait la preuve qu'elles avaient bu. Tertullien, *Apologétique*, 6, 3 : "Cum

mulieres vino abstinerentur. Idcirco et oscula propinquis offere etiam necessitas erat ut spiritu dijudicarentur", les femmes s'abstenaient du vin. C'est pourquoi c'était une obligation pour les femmes de donner le baiser à leurs proches, afin qu'on pût les juger par leur haleine.

Assurément, ce jus osculi apparaît d'une façon générale comme un signe de parenté. C'est une coutume très ancienne et comme telle un peu dépouillée de signification. Mais il n'est pas possible de repousser le témoignage unanime des auteurs, de ne pas tenir compte de la liaison établie par eux entre la prohibition de boire du vin et le jus osculi. Il semble qu'on peut y voir davantage qu'un signe extérieur de parenté. C'est un acte de surveillance, c'est un procédé d'investigation qui permet aux proches, et pas seulement au mari, de se rendre compte de la façon dont est respectée la prohibition religieuse. Le jus osculi ne peut être pour les historiens qui nous la rapportent, qu'une bizarrerie dépouillée de signification. D'abord parce que la prohibition religieuse n'existe plus. Les changements dans les croyances l'ont détruite. En outre, il ne peut plus être question de juridiction, au sens propre du mot, pour les parents agnatiques ou cognatiques, qui ont le jus osculi. Car dans la famille ne subsiste qu'une seule juridiction : celle du père de famille. Pourtant, cette tradition, sa liaison, avec l'ancienne prohibition, nous fournit une trace indéniable de juridiction. Caton nous dit "reprehendi causa", pour être censurée, Tertullien, afin qu'on pût la juger par son haleine. Il y a encore d'autres traces; Pline dans son Histoire naturelle, I4, I3, et Tertullien, Apologétique, 6, 4, nous disent qu'une matrone, qui avait décelé des casiers dans lesquels étaient les clefs du cellier fut condamnée à mourir de faim par ses proches. Il s'agit d'une matrone, par conséquent d'une femme mariée. Le texte ne dit pas qu'elle était veuve. Peu importe, s'il est vrai qu'on a réellement prononcé une sentence de mort. Ce qui est important, c'est la constatation de leur droit de surveillance, non seulement de surveillance, mais encore de leur juridiction qui va jusqu'à la peine la plus sévère.

Cette tradition, qui est impossible pour l'époque républicaine, reprend toute sa signification pour l'époque gentilice. A ce moment, dans le gens existe un pouvoir supérieur au paterfamilias et le contrôle, et cette tradition nous permet de reconnaître, à côté de la prohibition religieuse, le pouvoir qui la contrôle et qui sont les autres membres de la gens. De cette

L'ancienne
juridiction
de la gens.

Conclusions.

donnée nous pouvons tirer deux constatations :

1^o- Ces usages gentilices ne paraissent pas être placés sous la juridiction d'un chef unique, du princeps gentis, mais ils paraissent plutôt être placés sous la surveillance de la communauté elle-même. Ce sont les voisins, ce sont les parents, ce sont les cœgentiles, de quelque façon que soit composé ce tribunal, c'est la communauté elle-même qui agit. Cette communauté est assez restreinte pour que sa surveillance soit effective et que sa juridiction soit efficace. Mais c'est le groupe lui-même qui maintient chacun de ses membres dans la stricte observance des usages et qui applique la sanction.

2^o- Le jus osculi nous donne encore un procédé d'investigation par lequel s'exerçait ce droit de surveillance pour l'une des prohibitions de notre texte de Plutarque. Ce procédé d'investigation était employé de façon continue, il pouvait l'être tous les jours. Il nous permet d'ajouter, comme nous l'avons déjà vu, un dernier trait, et non pas un des moins caractéristiques, à ces usages archaïques. Ce droit implique la sanction. La sanction, c'est sans doute la punition de la femme. Mais pas plus que pour l'adultère, cette sanction ne paraît être celle qui est spécialement visée. La conséquence directe de la transgression de l'une des prohibitions est son effet sur le mariage. Il semble que Plutarque, ou ses sources, influencés par le droit postérieur, ont présenté de façon un peu inexacte le véritable droit ancien. Il dit en effet que tandis que la femme n'a pas le droit de se séparer de son mari, celui-ci a le droit de répudier la femme dans trois cas. Il paraîtrait plus exact de dire qu'il y est obligé par les usages gentilices. Si la gens surveille si étroitement la famille, c'est qu'elle n'exerce pas seulement un droit négatif, laissant le mari libre de divorcer, si la femme est mise dans l'un des trois cas justifiant le divorce. Il semble plus exact de dire qu'elle l'y oblige qu'elle impose le divorce, la répudiation de celle qui a contracté la souillure, qui a rendu la famille impure par sa faute. Cette surveillance, cette contrainte est tout à fait dans la nature de ces groupes fermés, de cette solidarité de familles qui les unit, et solidarité qui a pour résultat l'absence de liberté des membres du groupe.

§ 4 - Spurius Cassius.

Nous terminerons ces explications par un rapprochement. Nous verrons que les difficultés et les incertitudes dans l'explication du texte de Plutarque se retrouvent de la même façon dans l'histoire de Spurius Cassius. Seulement les difficultés et les incertitudes sont dans le premier cas chez les historiens modernes, dans le second on les trouve déjà chez les historiens anciens. Elles ont la même origine à mon avis. Dans l'un et dans l'autre cas on a oublié l'état antérieur, on a oublié les institutions de la gens.

De même que pour le texte de Plutarque, l'histoire de Spurius Cassius peut s'éclairer par la même hypothèse sur la gens. Nous ferons ici une simple comparaison, et assez brève, car elle n'est pas directement dans notre sujet.

Spurius Cassius fut trois fois consul dans les premières années de la République: 252, 261 et 268 de R.F. C'est lui qui consacra le temple de Cérès, pendant son deuxième consulat en 261. Après avoir beaucoup fait pour la terminaison de la sécession de la plèbe, il aurait été l'auteur d'une loi agraire, partageant entre les plébéiens et les latins les terres prises aux Herniques, qu'il venait de vaincre, et aussi des terres du domaine public. A cette occasion il souleva l'opposition la plus vive des patriciens, menacés par la loi agraire dans leurs possessions. Les deux consuls suivants agirent si bien contre lui qu'ils le rendirent suspect au peuple. Il fut accusé d'avoir voulu rétablir la royauté et d'aspirer à la tyrannie. Aussi après son dernier consulat en 268 il fut mis à mort. Sa maison fut détruite, et sur l'emplacement de cette maison on construisit un temps à Tellus. Ses biens furent confisqués, et consacrés à Cérès. Avec le produit de leur vente, on éleva une statue dans le temple de Cérès, qui était encore visible à l'époque historique. Tite-Live et Denys d'Hallicarnasse citent tous les deux l'inscription qui figurait sur la statue : "Inscriptum ex cassia familia datum", il est inscrit provenant de la fortune de Cassius.

Les deux sources de l'histoire de Spurius Cassius sont Tite-Live, 2,41, et Denys d'Hallicarnasse, 8,60, 80. Entre elles il y a des différences, des changements, qui en rendent l'interprétation incertaine et difficile.

Cette histoire a été étudiée sérieusement par les grands historiens de Rome : Niebuhr, Histoire Ro-

maine, 2, p. 197 Schwegler, Hist. Rom. tome II, p. 463, Mommsen, *Römische Forschungen* II, 164.

Elle fut étudiée d'abord en ce qui concerne la portée de sa loi sociale: la loi de partage des terres. L'étude attentive des détails donnés par les historiens conduit à voir dans cette loi agraire une anticipation. Les détails, en effet, donnés par les historiens romains paraissent être inspirés des lois agraires d'une époque bien postérieure, de la loi agraire des Gracques. Quant à la nature de son inculpation, on ne sait trop qu'en penser. Les historiens ne permettent pas de la discerner. On peut voir seulement dans les faits racontés et arrangés par eux un souvenir obscur qui rapproche Spurius Cassius d'un mouvement agraire.

Spurius et
le premier
mouvement
agraire.

Les trois ver-
sions de la
condamnation
de Spurius.

Ce qu'on voit plus nettement encore, ce sont les hésitations des historiens sur la condamnation de Spurius Cassius et sur l'autorité qui a porté cette condamnation. Il y a, en effet, plusieurs traditions contradictoires sur la nature de la sanction. Une tradition, rapportée par Tite-Live, 2,41,10 et Denys d'Halicarnasse, 8,79,1 attribut la punition de Spurius à son père, en fait un "judicium domesticum". Le père découvrit sa trahison, le jugea et le condamna à mort. En même temps il détruisit sa maison et consacra son pécule à Cérès. Valère Maxime, 5,8,1, ajoute : "Le conseil des proches et des amis ayant été réuni". Mommsen considère que cette tradition est la moins ancienne. Il semble, au contraire, que c'est la version la plus ancienne, que c'est elle qui est basée sur la tradition populaire. Elle est basée aussi sur la présence de la statue dans le temple de Cérès. Mais cette version a été affaiblie. Cicéron, 2,60 de *Re publica*, dit : "Le questeur accusa Spurius Cassius d'aspirer à la tyrannie et son père convaincu le tua". On voit donc ici la condamnation rester toujours domestique mais l'Etat intervenir dans l'inculpation.

Enfin dans la troisième version donnée par Denys d'Halicarnasse, 8,793, en même temps que la première, le jugement du père a complètement disparu. Ce sont des magistrats publics, les "quaestores parricidii" qui jugent et qui condamnent Spurius Cassius et le precipitent du haut de la Roche Tarpéienne.

Aucune de ces versions n'est satisfaisante. Toutes présentent des difficultés et des incertitudes, qui montrent qu'aucune n'a pu être entièrement acceptée. Mommsen notamment a montré ce que la dernière version a d'insoutenable. Les quaestores parricidii ne sont pas encore créés à l'époque de Spurius Cassius. Mais le jugement par le père rencontre aussi une gran-

Critique des
textes rela-
tifs à la con-
damnation de
Spurius.

de difficulté. Il se heurte à ce qui paraît être la seule donnée certaine et historique du problème, le seul document véritable : la destruction de la maison de Spurius Cassius et l'inscription qui figure sur la statue du temple de Cérès.

Du fait qu'ils le font juger par le père, les historiens insistent sur ce que c'est son pécule qui est consacré. Mais Spurius Cassius apparaît bien plutôt comme un père de famille. L'inscription qui est la seule donnée relativement certaine, "ex familia Cassia datum", est en contradiction formelle avec les énonciations des historiens sur le pécule. Le mot de *familia* est une désignation technique du patrimoine du père de famille : *familia* ou *familia pecuniaque*. Il est absolument impossible que cette inscription désigne un pécule. Mais elle désigne un patrimoine, soit complet au sens moderne, ou bien plutôt au sens origininaire d'objets mobiliers, esclaves, bétail et instruments. Il est impossible de penser que le père de Cassius ait consacré son propre patrimoine. Quant à la maison de Spurius Cassius, détruite et sur l'emplacement de laquelle on a élevé un temple à Tellus, elle se présente bien comme un *heredium* d'un père de famille.

Si nous rapprochons ces données historiques incertaines et contradictoires de notre hypothèse sur la gens et sur l'organisation gentilice, notre texte s'élargie et s'explique avec beaucoup plus de vraisemblance. Les explications reprennent leur place. La solution vraisemblable est donnée des contradictions des anciens, comme la même hypothèse a permis pour le texte de Plutarque de résoudre les contradictions et les incertitudes où sont tombés les historiens modernes. Cette fois-ci dans l'hypothèse satisfaisante de la gens, il s'agirait d'un jugement de la gens. Nous serions en présence d'une consécration des biens d'un père de famille, d'un *paterfamilias*, aux divinités telluriques Tellus et Cérès, comme dans notre cas de Plutarque. La *familia* et l'*heredium* sont voués aux dieux agraires par les cogentiles. Cette tradition, comme dans notre cas, est transformée d'abord en juridiction familiale. Mais comme cette transformation amène des contradictions impossibles à résoudre, elle est modifiée en jugement de la cité, et elle est considérée comme l'œuvre des *Quaestores parricidii*. C'est une solution également impossible. Il semblerait aussi que l'on pourrait par la même hypothèse retenir une partie de notre histoire comme une réalité historique. En ce qui concerne la loi agraire et l'accusation portée, la date de cette histoire, quoiqu'elle soit peu certaine, nous conduit à la fin du 2^e siècle de R F

Spurius condamné par la gens.

Lorsque nous avons étudié les transformations de la propriété collective des gentes, devenant propriété individuelle par la création des tribus, nous avons vu que cette transformation sociale était faite, tout au moins très avancée vers 283 et qu'elle a peut-être débuté vers 254. C'est la période même de Spurius Cassius. Cette transformation n'a pas dû se faire sans difficulté, sans secousses et sans résistances. Les patriciens, attaqués par les plébéiens, ont dû résister. Comment s'est faite cette transformation, les historiens de Rome ne le savent plus. Aussi lui donnent-ils des traits qui sont des anticipations, et ils lui donnent les traits des luttes agraires du VI^e siècle et du VII^e siècle, de l'époque des Gracques. Mais notre hypothèse permet de conserver à ces anticipations une certaine réalité historique. L'histoire de Spurius Cassius représenterait une certaine valeur envisagée sous ce jour. Elle serait un épisode de ces luttes de la cité contre les gentes et de la transformation de la propriété. Ce sont déjà des lois agraires. Spurius Cassius est peut-être l'un des promoteurs de cette transformation favorable à la plèbe. Il provoque une réaction des gentes, et l'accusation de tyrannie qui se termine par un acte de juridiction de sa gens peut être un des derniers actes de juridiction. Il a trahi, non pas la cité, mais la gens, et ses intérêts.

L'application de notre hypothèse dans un cas semblable, si nous revenons à Plutarque, permet de donner un dernier trait à notre institution. Les historiens modernes sont choqués de la disproportion qui existe entre la faute du divorce injustifié, qui n'est pas une faute très grave, et la peine qui est la confiscation de toute la fortune. En réalité, en replaçant cet usage à l'époque gentilice, il perd de sa gravité. Il s'agit seulement de la fortune mobilière du père de famille, qui est la base de la subsistance de sa familia. La famille ayant été détruite par cette répudiation, ses ressources mobilières sont consacrées aux dieux. Mais il ne s'agit pas d'un bouleversement aussi grand qu'il l'aurait été sous le régime de la propriété individuelle.

Chapitre IV.

JUDICIUM DOMESTICUM.

Differences entre la coutume gentilice et les usages familiaux postérieurs.

L'examen du texte de Plutarque, auquel nous nous sommes livrés dans les chapitres précédents, nous a permis d'entrevoir une coutume gentilice dont la physionomie est assez différente des usages familiaux postérieurs que nous connaissons. Le lien conjugal est très étroit, à la différence de l'époque familiale où le divorce est fréquent. Le mariage est un mariage religieux. Il s'agit du mariage cum manu et le mari a autorité sur sa femme. Le mariage sine manu est d'une époque postérieure, puisque, d'après ce que nous avons pensé, il date de l'époque des XII Tables. Ce mariage religieux est indissoluble. Il ne peut être dissous qu'à la suite d'une transgression de certaines prohibitions religieuses, de certains tabous. Des tabous innombrables qui devaient entourer la femme mariée romaine dans ces temps primitifs, comme toute femme de primitifs, la tradition ne nous a conservé que le souvenir de trois, parmi lesquels l'adultère. Pourquoi seulement ces trois tabous ? Parce qu'à l'époque postérieure, ils se sont transformés en causes de divorce, et ils apparaissent comme les causes les plus graves de divorce que peut fournir une faute de la femme. Nul doute qu'ils devaient être beaucoup plus nombreux, mais tous d'ailleurs pouvaient ne pas être sanctionnés par la répudiation. Mais quel que soit leur nombre et la raison pour laquelle beaucoup ont disparu, ils devaient être tous rigoureusement fixés par la coutume religieuse. Ils étaient limitativement créés par elle.

Prohibitions religieuses concernant le mari et la femme.

Ces transgressions n'étaient donc pas laissées à l'appréciation du mari, comme les cas de divorce le furent plus tard. Car ces prohibitions sont des règles religieuses, auxquelles sont soumis à la fois le mari et la femme. Le mari n'est pas juge, mais il est jugé. Il est observé, surveillé, par le groupe des autres pères de famille de la communauté. Cette tyrannie de la communauté est un phénomène assez général dans les groupes étroits à base familiale, et qui sont unis par une solidarité rigoureuse, autour de croyances religieuses. C'est notamment l'exemple que nous donnent assez près de nous les Mormons de l'Amérique au XVIII^e siècle et au XIX^e siècle. Cette tyrannie du grou-

pe subsiste longtemps dans la société romaine. C'est la tyrannie des mores majorum. Ces coutumes ont eu comme véritable caractère de consacrer la solidité du lien matrimonial, l'indissolubilité de ce lien. Enfin, la sanction des usages est de forme pécuniaire. La femme repudiée, justement renvoyée, perd sa dot. Au contraire, une répudiation injustifiée fait punir le mari par la perte de son patrimoine, et la femme est indemnisée par la remise d'une partie de ce patrimoine. Il ne s'agit pas encore de la restitution de sa dot comme dans le droit postérieur. Au reste, que pouvait être cette dot ? Quelques objets mobiliers, des esclaves ou un bétail peu nombreux, du métal pour les riches, qui lui sert de parure, quelques vêtements. Mais cet usage a l'importance pour nous de nous faire constater que même à cette époque primitive on ne doit pas renvoyer la femme sans qu'elle ait droit à une indemnité, à une réparation pécuniaire, si elle ne s'est pas mise complètement dans son tort. Au contraire si la répudiation est juste, le droit lui impose une peine pécuniaire. Ces deux aspects sont déjà les deux fondements de l'action rei uxoriae.

Ces usages gentilices, que nous avons relevés, devaient disparaître, ou tout au moins se transformer avec la disparition de l'autorité de la gens.

Lorsque la gens comme organe autonome, comme état dans l'état, a été dissout, nous l'avons vu probablement dans les premières années de la République, en même temps que son support, la propriété gentilice, avec la disparition de son autorité disparaissent les coutumes qui reposaient sur elle. - L'autorité de la cité augmente, mais la cité reste étrangère aux usages familiaux. Elle est exclusivement politique et civile. Son domaine commence là où s'arrête le cercle des intérêts purement familiaux. Le résultat de la ruine de la gens, c'est la libération du paterfamilias, restant seul en face de l'état. C'est l'accroissement, ou plutôt l'établissement de son autorité, par suite de la disparition parmi les usages gentilices de ceux qui établissaient sa subordination à la gens. En particulier, en notre matière, le père acquiert la liberté du divorce, plus exactement de la répudiation, qui n'est plus soumise à la surveillance et au contrôle de la gens. Cette liberté augmente encore par l'usage qui s'établit sans doute vers la même époque du mariage sine manu, du mariage libre. Celui-ci, avons-nous dit, est connu des XII Tables, c'est-à-dire de la fin du III^e siècle. Par conséquent le mariage sine manu comporte la liberté du divorce.

Mais il est un phénomène bien connu, d'après le-

Accroissement
de l'autorité
du paterfami-
lias.

quel les idées morales et religieuses se modifient plus lentement et plus difficilement que l'état social. Une révolution politique peut bouleverser un état social, les moeurs, basées sur des idées morales et religieuses, deviennent permanentes et évoluent beaucoup plus lentement. Le père de famille est devenu le juge suprême dans sa famille. Il n'a plus de juridiction gentilice au-dessus de lui. Mais les usages que l'autorité de la gens lui imposait par leur sanction, continuent à le régir et pèsent sur lui une obligation morale. Les mores exercent encore leur contrainte pour le lui faire respecter. Les mores majorum acquièrent un représentant dans la cité qui s'organise. Ce représentant, c'est le censeur, qui devient la plus haute autorité morale de l'état, et qui a le "regimen morum".

L'objet de ce chapitre, c'est de suivre l'évolution des usages que nous étudions. Nous allons voir comment ils se transforment devant le tribunal du père de famille, et comment leur respect est maintenu par le censeur, qui en impose l'observation au père de famille.

§ 1 - *Judicium domesticum.*

§ 2 - *Conseil des proches.*

§ 3 - *Surveillance du censeur.*

§ I - *Judicium domesticum.*

Désuétude des sanctions prononcées anciennement contre le mari.

La Rome de l'autorité de la gens a eu pour résultat la désuétude des sanctions édictées contre le mari, de la consécration de ses biens à Cérès. On ne trouve plus de trace de confiscation dans les époques postérieures, pas plus que l'on ne trouve la confiscation de la moitié de la fortune édictée contre le père de famille qui exposerait un enfant. Ces notions n'ont pas été recueillies et transformées par le droit de la cité. Ces usages ne sont pas entrés dans la juridiction civile, ils ne peuvent plus subsister dans les usages familiaux, car d'assujetti, le père de famille est devenu le juge.

L'état nouveau de cette tradition nous est rapporté par un texte de Denys d'Halicarnasse, que nous allons maintenant étudier : Denys d'Halicarnasse, Antiquités Romaines, 2, 25.

‘Ο δέ Παρθύλος εὐτε ἀντὶ πατέρα γυναικός ἐγχλίψατα δοὺς φθαρείσας, οὐ τὸν οἶκον ἀδίκως πατελιπούσας, εὐτε γαμέτην

L'état nouveau d'après Denys d'Halicarnasse.

κατ' ἄνδρος αἰτιωμένη χακώσιν, ἦ,
ἀδίκον ἀπόλειφιν, οὔτε περὶ προιχοῦ
ἀποδόσεως ἦ χοριόῆς νόμους θεῖς, ...
Ἄμαρτάνουσα δέ τι, δίκαιοτιν τὸν ἀδι-
κεύμενον ἐλάμβανε καὶ τοῦ μεγέθους
τῆς τιμωρίας χύριον. Ταῦτα δέ, οἱ
συγγενεῖς μετὰ τοῦ ἄνδρος ἐδίκαζον.
ἐν τοῖς ἦν φθορὰ σώρατος, καὶ ὁ πάν-
των ἐλάχιστον ἀμαρτημάτων Ἑλλησι
Ἰόχειεν ἀν ὑπάρχειν, εἰ τις σῖνον εὑ-
ρεθείη πιοῦσα γύνη. Ἀφότερα γέ
ταῦτα [θανάτω] Σημιοῦν συνεχώρησεν
ὁ Ρωμύλος αὐτὸς ἀμαρτημάτων γυναικεία
εσχάτα.

Romulus ne donna d'action en justice ni au mari contre sa femme qui a commis l'adultère ou qui a abandonné à tort sa maison, ni à la femme qui se plaint de mauvais traitements ou d'un divorce injustifié pas plus qu'il ne fit de lois pour la restitution ou pour le paiement de la dot... Si la femme commet quelque faute, elle a pour juge son mari offensé qui est maître de la grandeur de la peine. Et les parents jugent 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.

Valeur des
renseignements
fournis par
Denys d'Halicar-
nasse.

Denys d'Halicarnasse est un historien de beaucoup plus de valeur que Plutarque. Il est aussi plus ancien, car il est contemporain d'Auguste et du début du premier siècle de l'ère chrétienne, tandis que Plutarque est de la première moitié du II^e siècle. Il est mort en 140. Son œuvre n'est pas comme celle de Plutarque un recueil d'anecdotes réunies sans critique. Sous couleur de raconter les règnes des deux plus anciens rois de Rome, Romulus et Numa, il fait le tableau des institutions primitives de la cité, ou tout au moins

de ce qu'il considère d'accord avec les analystes, ses sources, comme les institutions primitives. Le Livre II de ses Antiquités Romaines est consacré à Romulus et à Numa. C'est le tableau des institutions politiques et sociales du peuple romain dans ses débuts. Il indique la division du peuple en tribus et en curies, la division sociale entre patriciens et plébéiens et il étudie le patronat et la clientèle.

D'autre part, il indique la composition du Sénat, le culte des Romains, et enfin les institutions familiales. Le chapitre V est réservé à la description des lois du mariage primitif, à la loi attribuée à Romulus.

Précisément parce que Denys d'Halicarnasse a un plus grand souci de la composition, ses sources sont plus retravaillées. Il les a systématiquement modifiées pour les faire rentrer dans le cadre de ses conceptions et pour les fondre dans l'unité de son récit. C'est cette nécessité de composition qui nous permettra de rendre compte des transformations subies par notre tradition dans cette recension.

Le récit débute en indiquant que les Romains firent de nombreuses lois pour que leurs femmes conservent leur chasteté. Mais, ajoute-t-il, Romulus ne créa pas d'action civile entre le mari et la femme pour le divorce. Il ne fit pas de loi pour la constitution et la restitution de la dot. Ceci est conforme à la tradition et aussi conforme très probablement à la réalité historique, si du moins nous ne voulons parler que de législation civile, de loi de la cité. Mais c'est une énonciation qui rend difficile l'existence de la loi de Romulus sur le divorce, si on veut y voir une loi de la cité. C'est pourquoi elle subit la transformation suivante : "Romulus, dit Denys d'Halicarnasse, fit une loi qui eut une grande efficacité pour rendre la femme romaine fidèle et chaste. C'est la loi du mariage cum manu, plaçant la femme sous l'autorité du mari, et établissant entre elle et le mari une communauté totale de vie, d'intérêts, de culte, et formant un lien indissoluble. Le mariage est placé sous l'autorité de la religion. C'est un mariage sacré." Ce caractère sacré, d'après Denys d'Halicarnasse, il le tire de la confarreatio. Pour lui la confarreatio exprime par excellence la forme religieuse du mariage.

C'est sur l'autorité de ce récit que la plupart des auteurs modernes fondent l'opinion courante que la confarreatio est la plus ancienne forme du mariage à Rome. Nous avons vu ce qu'il faut en penser. Ici encore d'ailleurs si l'on ne peut pas parler pour la confarreatio de loi de Romulus, de la loi de la cité pri-

La législation
de Romulus sur
le mariage.

La confarreatio
fait du mariage
un acte public et
officiel du culte.

mitive, puisque Jupiter n'est pas encore le dieu, la confarreatio n'en est pas moins une loi de la cité, je veux dire une coutume faisant du mariage un acte public et officiel du culte, tandis que les autres formes, quoique plus anciennes ne sont que des coutumes gentilices, tirant leur caractère religieux du culte de la gens.

Pouvoirs de juridiction absolue du mari sur sa femme.

Ces mariages cum manu, qui mettaient la femme sous l'autorité du mari, établissaient le mari juge de sa femme. Si elle commet quelque faute, c'est lui qui jugeait, qui était l'arbitre de la grandeur de la peine. Vient alors dans le récit l'exposé de la loi du divorce de Romulus. Elle est interprétée comme un acte de la juridiction du mari. Il n'y a plus aucun souvenir chez les historiens d'une juridiction quelconque de la gens sur le mari. D'autre part, il y a une tradition sûre qu'au cas de divorce et de restitution de dot, il n'y a pas de juridiction du roi. Donc pour pouvoir être conservée la tradition de la loi des divorces devait subir une première amputation. Il fallait supprimer toute sanction contre le mari, qui n'observait pas la défense du divorce. C'est ainsi que dans le récit de Denys d'Halicarnasse on ne trouve plus trace de la confiscation de la fortune du mari au profit de Cérès. Cette suppression, d'ailleurs, correspond encore à une vérité historique. En effet, avec la disparition de l'autorité de la gens, disparaît la sujexion du mari. C'est lui qui est bénéficiaire de cette disparition, puisqu'il devient le juge. Sans doute la force de la coutume et des moeurs lui impose encore des limites à la liberté qu'il vient de conquérir. Elles lui imposent encore pendant plusieurs siècles la nécessité de reprocher quelque chose à sa femme pour la répudier. Il doit baser sa sentence sur une juste cause. Sans doute encore la coutume lui impose l'obligation de ne pas renvoyer sa femme sans la dédommager péquéniairement. En ce sens survit une partie de l'ancienne sanction, mais ce qu'il lui rend de sa dot ou d'une partie de sa dot, c'est par un acte de sa juridiction qu'il le fait : il est juge de la grandeur de la peine. Quant à la confiscation du reste de sa fortune, il ne peut plus en être question. C'est donc la première transformation, la plus grave, qui a été subie par notre tradition.

Diminution des cas de divorce.

La deuxième modification est moins importante. Nous nous trouvons en face d'une diminution des cas de divorce. Ils ne sont plus apparemment que deux : l'adultére et le fait de boire du vin. L'empoisonnement des enfants a disparu. La disparition de ce cas parmi les trois cas de divorce les plus graves, est un fait également prouvé par une autre source. Caton

l'Ancien, Aulu-Gelle 10,23 nous dit également que les fautes les plus graves que puisse commettre la femme sont l'adultère et le vin sans mentionner l'avortement. Nous avons vu que les Romains n'ont jamais considéré l'avortement comme une faute grave. Impuni aux yeux de la loi, il n'est pas capable de soulever la colère légitime du mari comme l'adultère et comme le fait sans doute aussi le vin. Nous savons par les sources qu'il n'a jamais été puni de mort par le mari. Jamais on n'a donc considéré que le mari remplissait un devoir et exerçait son droit en tuant la femme qui s'est fait avorter, comme il tue la femme qui a bu du vin. Par conséquent, dans cette période, cette troisième cause grave de divorce est tombée en désuétude et a disparu de cette énumération. Elle est devenue un cas de divorce parmi les autres cas de deuxième catégorie. C'est en ce sens que nous la retrouvons comme nous l'avons dit à l'époque de Tibère et dans l'énumération des causes de divorces de Justinien.

Néanmoins, on peut relever, dans le texte de Denys d'Halicarnasse, comme un souvenir de l'existence de ce troisième cas. Le vin est indiqué d'une façon claire: Si une femme est surprise buvant du vin, dit le texte. L'adultère est caractérisé par les mots grecs suivants : "φθορὰ σώματος" ce qui veut dire mot à mot, corruption, souillure du corps. On ne se trompe pas en traduisant adultère. Néanmoins, ce n'est pas une façon usuelle de caractériser l'adultère. A ce mot ne figure pas dans les dictionnaires la traduction d'adultère. Au contraire, de nombreux textes cités, notamment l'article déjà cité de l'Archiv für Religions Wissenschaft XII, p. 1 et s. nous prouvent que c'est le terme technique désignant l'avortement. Il est donc probable que nous nous trouvons en face d'une seconde correction de Denys d'Halicarnasse, correction faite pour suivre la tradition et sa transformation, mais faite de façon volontairement amphibologique. Il semble que c'est volontairement que l'on a réuni en un seul les deux cas primitifs, le cas toujours en vigueur d'adultère, le cas périme d'avortement, mais on les a réunis dans une transcription volontairement assez vague pour pouvoir ne pas trop trahir le modèle et en même temps suivre la transformation.

Il est enfin une troisième modification qui paraît trait, celle-ci beaucoup plus grave, si nous acceptons le texte tel qu'il se présente actuellement chez les auteurs. Dans le texte que je vous ai mis sous les yeux, nous voyons qu'il est dit que l'une et l'autre faute, Romulus permit qu'elles fussent punies (de mort) comme étant les plus graves que puisse commettre une

la glose

dans le texte
de Denys d'Halicarnasse.

femme. Si nous acceptons cette lecture, qui est bien celle que nous trouvons, notamment dans les Fontes de Bruns, et dans les Textes de Droit Romain de Girard, dans leur traduction des Leges Regiae, la signification de notre texte serait profondément chargée, car nos cas ne seraient plus présentés comme des cas de divorce, mais comme des cas où 'exercerait le droit de punir du mari, le droit de vie et de mort sur la femme coupable. Il est bien exact que l'adultère et le fait de boire du vin se présentent dans la tradition romaine sous ce double aspect : à la fois comme cas de divorce, et comme faute méritant la mort. Mais ce sont deux aspects différents de la même faute. Il ne me paraît pas douteux que ce texte ait été modifié pour lui faire dire ce qu'il ne disait pas et que cette modification, cette fois-ci, n'est pas l'œuvre de Denys-d'Halicarnasse. Elle est résultée d'une clause postérieure qui a introduit dans ce texte le mot "*θέλετω*". En effet, les éditions modernes portent, comme le texte accepté par Bruns et par Girard, punir de mort, mais les éditions anciennes ne portent pas le mot "de mort", et si nous nous reportons aux manuscrits, nous constatons que de tous les manuscrits qui nous conservent le texte de Denys d'Halicarnasse, il n'y en a qu'un seul, le Codex Vaticanus, qui comporte ce mot. Les autres ne l'ont pas. On doit donc en conclure que c'est une glose postérieure, qu'un copiste a ajouté à son texte. La raison pour laquelle il l'a fait est la même que la raison qui l'a fait admettre plus tard. Grâce à ce mot, le texte présente un sens plus facile et un sens plus clair. Comme par ailleurs le copiste et les éditeurs modernes savent que ces deux cas méritent la mort, ce mot a été introduit par le copiste et conservé par les éditeurs comme glose explicative. Mais c'est une explication fausse.

Entendu ainsi, le texte perd de sa valeur significative. Assurément, la femme peut être punie de mort pour ces cas, mais le droit de vie et de mort s'étend à bien d'autres fautes, à tant de fautes qu'elles n'ont jamais été nulle part enumérées, parce que le droit du père de famille est absolu. Appliquée à ce droit, cette enumeration devient arbitraire et incomplète. En outre, ce qui est une raison encore plus importante, cette indication n'est plus à sa place dans le texte de Denys d'Halicarnasse. Elle rompt l'unité du récit, le contexte condamne cette clause. Avant et après il n'est parlé que du mariage et du divorce, et non pas du droit de punir. Il faut donc que notre passage lui aussi se rapporte au mariage et au divorce.

De sorte que si nous supprimons ce mot, comme n'

tant pas originaire; "Ἐγγίου" veut dire punir et veut dire comme sens technique une punition par une amende. En rapportant l'ensemble de l'exposé de Denys à des peines pécuniaires, au cas de divorce, nous pouvons traduire, si la femme commet quelque faute, le mari est juge et arbitre de la peine; les parents avec le mari jugeaient de tous ces cas, parmi lesquels l'adultère et le fait de boire du vin; l'un et l'autre de ces cas, Romulus ordonna de les punir d'une amende, comme les plus graves fautes que puisse commettre une femme. Nous trouvons donc ici déjà indiquée, quoique d'une façon imparfaite, la distinction classique pour l'action rei uxoriae entre les fautes légères et les fautes graves les mores leviores et les mores graviores. Cette distinction sert de base aux calculs des peines pécuniaires que la femme supporte sur sa dot au moment d'un divorce justifié.

Cette interprétation me paraît la plus sûre, et la meilleure, si nous rapprochons notre texte à la fois de celui de Plutarque et de celui de Caton. C'est à la lumière du témoignage de Caton, rapporté par Aulوغelle, 10, 23, que nous devons chercher le sens véritable du texte de Denys. Caton fait exactement la même distinction : "Si quid perverse tæreque factum est a muliere, multatur; si vinum bibit si cum alieno viro protri quid fecit, condemnatur", si la femme fait quelque chose de blamable et de honteux, elle est frappée d'une amende, si elle commet l'adultère avec un autre homme, elle est condamnée. Nous verrons un peu plus loin le sens qu'il faut attribuer à l'un et l'autre verbe comme gradation de peine.

Ce texte nous apporte la preuve que cette distinction date déjà de la jurisprudence familiale. Le défaut de clarté, l'obscurité de Denys d'Halicarnasse, est probablement volontaire. Il l'a rendu plus vague à dessein, à cause de la contradiction qu'il voyait entre l'indication de causes de divorce et l'affirmation qui suit de l'absence de divorce jusqu'à 530. En effet, l'exposé de Denys d'Halicarnasse se termine de la manière suivante : "Pendant longtemps ces deux fautes excitèrent chez les Romains une colère inexorable. Que cette loi sur les femmes fut excellente, la longue durée de son application en est le témoin. On est d'accord, en effet, sur ce que pendant 530 ans aucun mariage ne fut dissous à Rome. Nous examinerons le sens de cette affirmation, qui a besoin d'être atténuée, car il est certain qu'il y a eu des divorces avant ce temps. Mais nous avons déjà vu comment la loi de Romulus sait ment interprétée est une loi protégeant les mariages, non pas une loi permettant le divorce.

Confirmation
de l'interpré-
tation adoptée
à l'aide d'un
texte de Caton.

Enfin cette dernière remarque nous permettra de mieux comprendre la raison de l'erreur commune que nous allons examiner pour en terminer avec le texte de Denys d'Halicarnasse.

La plupart des auteurs pensent qu'il y a contradiction entre le texte de Plutarque et celui de Denys d'Halicarnasse, même ceux qui prétendent les concilier par exemple Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, 1ère édition, tome I, *Ancien droit*, 1891, p. 227. Pour les auteurs en effet, la loi de Romulus, d'après Plutarque, est une loi établissant la liberté du divorce, soit dans les trois cas prévus, soit même dans tous les autres cas. Ils l'interprètent d'une façon assez singulière, comme permettant dans tous les cas les divorces, à condition de s'exposer purement et simplement à la confiscation de tous ses biens ! Pour quelques auteurs comme Cuq et Voigt, il faut y ajouter un sacrifice expiatoire. Au contraire, pour ces mêmes auteurs, le récit de Denys d'Halicarnasse pose le principe de l'indissolubilité absolue du mariage. Pour eux les cas d'adultère et de vin ne sont pas dans notre texte des causes de divorce, mais des causes de mise à mort. Ils ajoutent cette restriction que comme l'indique Denys d'Halicarnasse, l'indissolubilité du mariage n'est valable que pour le mariage par confarreatio, celui-ci étant le seul mariage religieux.

On prétend, d'autre part, renforcer le témoignage de Denys d'Halicarnasse en invoquant la situation du flamine de Jupiter et des flamines en général. Le flamine de Jupiter doit être né d'un mariage par confarreatio. Il doit lui-même contracter un semblable mariage. Gaius, I, II2. "Nam flamines majores, id est Diales, Martiales, Quirinales, item Reges Sacrorum, nisi ex farratis nati non leguntur, ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt", car les flamines majeurs, c'est-à-dire le flamine de Jupiter, le flamine de Mars, le flamine de Quirinus, de même que les Reges Sacrorum, ne peuvent être choisis que nés d'un mariage par confarreatio, et eux-mêmes ne peuvent exercer le sacerdoce s'ils ne sont pas mariés par un mariage par confarreatio.

D'autre part, il nous est dit que le mariage du flamine ne doit pas être dissous. Même sous l'Empire, au moment où tous les autres maris ont conquis la liberté du divorce, les flamines ne l'ont pas. Aulu-Gelle, IO, 15. "Uxorem si amisit flaminio decedit matrimonium flaminis nisi morte dirimi non est jus", S'il perd son épouse, le flamine doit abandonner son emploi il n'est pas de droit que le mariage du flamine soit dissous autrement que par la mort. Plutarque, *Questions romaines*, 5. Les anciens n'ont pas permis que

Conciliation
des textes de
Plutarque et
de Denys d'Ha-
licarnasse.
Critique des
opinions gé-
néralement ad-
mises.

le flamine répudie son épouse. Même actuellement encore cela n'est pas permis, sauf qu'à notre époque Domitien, à qui on avait demandé la permission, l'a accordée. Les prêtres par la dissolution du mariage s'exposeraient à faire naître beaucoup de choses terribles, inusitées et funestes.

On remarquera que tous les textes rapprochent la mort de la flaminica qui fait abandonner son emploi au flamine, quoiqu'il soit nommé à vie, et le divorce qui n'est pas permis. Dans les deux cas, c'est la même raison qui a fait naître cette règle. La flaminica a son rôle actif à côté du flamine dans le culte public. Le prêtre doit être marié pour pouvoir être assisté de sa femme dans l'exercice du culte. Son épouse doit être "univira", c'est-à-dire n'avoir connu qu'un seul homme, son mari. Les auteurs concluent que la situation à l'époque de l'empire du flamine était l'état ancien du mariage pour tous les citoyens. C'est en effet une conclusion exacte. Mais ils ajoutent inexactement que le mariage du flamine était complètement indissoluble, et par conséquent le mariage ancien, comme le dit d'ailleurs Denys d'Halicarnasse, était lui aussi entièrement indissoluble.

Il nous sera facile, grâce à nos explications antérieures de mettre au point ces difficultés et de voir qu'elles reposent sur une double erreur : la première fausse conception est une conception uniquement juridique et de droit civil, du texte de Plutarque. Nous avons suffisamment indiqué ce point de vue pour n'avoir pas à y revenir longuement. Nous n'aurons donc pas à insister sur l'erreur de cette conception. Cette loi de Plutarque n'est pas une loi qui pose des cas de divorce et qui permet la liberté du divorce : c'est au contraire une loi protectrice du mariage, qui défend le divorce.

Mais la deuxième erreur consiste en une fausse conception de l'indissolubilité du mariage. Cette conception n'a jamais été celle de Plutarque ni des Romains en général. C'est celle de la religion chrétienne. Des auteurs modernes semblent poser en principe en effet que la défense de divorcer, qui était l'état du droit primitif, maintient indissolublement le mariage, malgré la volonté contraire du mari; que le mari qui renvoie sa femme, même contre la coutume, n'en reste pas moins marié. Cette conception est celle du droit chrétien, et non pas du droit romain. C'est notre droit moderne, héritier du droit chrétien, qui considère le mariage comme un état protégé par la loi, qui ne peut donc cesser qu'en vertu de la loi. Par conséquent, dans notre droit comme dans le droit chrétien, le divorce pour produire ses effets doit être prononcé par l'auto-

rité publique. Une séparation de fait n'empêche pas les époux séparés de continuer à être juridiquement des gens mariés. Il n'y a rien de semblable à Rome. La loi primitive défend le divorce, en ce sens que si le mari y contrevient, il est sévèrement puni, de même que si la femme y contrevient, elle est de même sévèrement punie. Mais de toute façon le mariage n'est pas maintenu.

Dans la tradition connue de Denys d'Halicarnasse, toute une partie des contreforts de cette loi s'est écroulée : c'est la sanction contre le mari. Il y a un déséquilibre qui rend son exposé obscur et incertain. Mais malgré la disparition de la sanction, il n'en reste pas moins une obligation morale pour le mari de ne pas abuser de son droit, et les moeurs lui imposent le respect de cette obligation morale jusqu'au VI^e siècle.

Quant à la situation particulière du flamine, elle représente bien en réalité l'ancien droit pour tous les citoyens. Il peut être considéré comme une survivance du droit ancien. Il est un point cependant où la situation du flamine n'est pas celle de tous les citoyens. Il est spécialement obligé de contracter un mariage par confarreatio, tandis qu'il n'y a pas de trace, et tout indique le contraire, que les citoyens n'aient pu se marier que par la confarreatio. Cette exigence a une raison facile à discerner. Le prêtre est un fonctionnaire public, et il est, spécialement lorsqu'il s'agit du flamine de Jupiter, le prêtre de Jupiter. On comprendra donc que l'usage ait pu leur imposer le mariage d'état, puisqu'ils sont spécialement consacrés au culte des dieux de l'Etat.

Pour le reste, la situation du flamine paraît être celle de tous les citoyens de l'époque primitive. D'une part, il paraît évident que l'on ne supporterait pas qu'un flamine garde sa femme si elle est adultère, et ajoutons si elle a bu du vin, car une telle faute souillerait une famille, qui plus encore que toutes les autres doit rester pure. Mais si le flamine renvoie sa femme, quel que soit le motif de ce rehvoi, c'est un événement funeste, inusité et terrible qui peut avoir des conséquences religieuses dangereuses pour toute la communauté. Aussi ne pourra-t-il plus être flamine. Il lui sera impossible de remplir son office puisque aussi bien la flaminica joue un rôle actif à côté de lui. Cette situation sera la même qu'au cas de mort de sa femme. Quoique nommé à vie, il devra se démettre de sa charge. Peut-être, mais le texte ne nous le dit, cette obligation de conserver sa femme comporte quelques sanctions supplémentaires, et peut-être

La situation particulière du flamine est une survivance du droit ancien.

qu'une démission pure et simple ne suffirait pas. Nous avons vu que Plutarque nous dit que s'il divorce, il s'expose à faire naître beaucoup de choses terribles, inusitées, funestes. En divorçant, il transgresse le tabou ancien qui est resté vivant pour lui et par conséquent, nul doute que pour se racheter de la transgression de ce tabou il ne doive accomplir des cérémonies expiatoires, ou qu'il ne soit exposé à quelque autre sanction. Avec peut-être une aggravation dans sa situation, cette situation n'en est pas moins celle de tous les autres citoyens. Il n'y a donc aucune antinomie entre nos deux textes. La situation spéciale du flamine aux temps historiques n'a plus que l'avantage d'être le témoin de l'ancien état général de tous les Romains.

§ 2 - Sentence de divorce du paterfamilias.

Le texte de Denys d'Halicarnasse, et quelques autres que nous aurons à citer, nous apportent la preuve que le divorce, ou plutôt la repudiation, était un acte dépendant de la juridiction familiale. Le père de famille, assisté du conseil des proches, rend un jugement. Ce jugement devait être rendu, au moins à l'époque ancienne, où le lien du mariage était encore sinon indissoluble, du moins étroit, certis verbis, à l'aide de paroles solennelles. C'est ce que nous dit Cicéron, de Oratore, 40,0,40.

Ces paroles nous les connaissons. Elles ont été conservées dans plusieurs sources. Cicéron, *Philippiques* 2,28,69. "Illa misas res habere jussit, ex XII Tabulis, claves ademit exigit, fecit divortium", il lui ordonna de prendre ses affaires, d'après les XII Tables, il lui enleva les clefs et la mit dehors, il fit le divorce. Nous retrouvons plus ou moins les trois termes de cette formule dans les autres textes, et le terme dominant, c'est le premier, "tuas res habeto", prends tes biens". Gaius, de *divortiis et repudiis*, 24,2,2,I. "In repudiis autem id est renunciatione comprobata sunt haec verba, tuas res tibi habeto idem haec, tuas res tibi ageto", dans les répudiations c'est-à-dire dans la déclaration de désunion, ces paroles sont admises : reprends tes biens, ou encore celles-ci, emporte tes biens.

A cette formule, par laquelle le mari rendait à la femme ce qui lui appartient, ses "res", était jointe une seconde formule où il réclamait ce qui était à lui. Avant tout, d'après les XII Tables, ses clefs, Plaute, *Amphitryon*, acte III, scène 2, vers 47 "valeas tibi, habeas, res tuas, reddas meas" porte-toi bien, prends tes biens, rends-moi les miens.

Caractère formaliste et formules du divorce à l'époque ancienne.

Dans une troisième partie de la formule, le mari chassait l'épouse, Quintilien, *Declamationes*, 262, *Tunc repudiatam tu credis uxorem cum res suas sibi habere jussa est cum egredi domo*. Tu peux considérer ton épouse comme répudiée lorsqu'il lui a été ordonné de reprendre ses biens, ou de sortir de la maison. Apulée, livre V, de l'Ane d'or, "toro meo divorte, tibi res tuas habeto", va-t-en au plus vite de mon lit, reprends tes biens. Martial, livre II, *Epigrammes*, 105, "Uxor vade foras," épouse, va-t-en, Juvénal, *Satires*, 6, 46, "collige sarcinulas dicet libertus et exi", ramasse tes affaires, dira l'affranchi et va-t-en". Une formule plus archaïque nous est donnée par Varron, au mot "betera", "betera est ire quod parere non poterat mulier foras betere jussit". Betera, c'est-à-dire aller parce que l'épouse ne pouvait obéir, il lui ordonna de s'en aller.

Je suis étonné que les auteurs modernes, à l'exception de Voigt, *Leges Regiae*, p. 582, note 56, suivi par Cuq, *Institutions des Romains*, I, p. 65, note 8, n'aient pas attaché plus d'importance à ces formules. Assurément, à l'époque classique, quand l'action *rei uxoriae* assure depuis longtemps la restitution de la dot, ce ne sont plus que des formules. Si on leur trouve un sens, peut-être ce sens ne va-t-il pas plus loin que celui de Juvénal "Ramasse tes frusques, prends tes affaires". Entendu dans le sens restreint d'objets personnels, vêtements, parures, objets mobiliers de peu d'importance, "fais tes paquets". Mais pour l'époque ancienne, ces paroles prennent, à mon avis, une tout autre signification. Ce sont des "certa verba" des paroles consacrées. C'est une "jussio" du mari, c'est un ordre. Elles sont très anciennes, puisqu'on peut avec Cicéron les faire remonter au moins jusqu'aux XII Tables. C'est la formule du divorce. On peut donc les considérer avec certitude comme étant l'expression consacrée du jugement du mari, du "judicium domesticum".

Le divorce est précédé de la liquidation de la communauté.

Avant de chasser la femme, ces paroles contiennent une véritable liquidation de la communauté. Le mari réclame à la femme les biens qui lui appartiennent et qu'elle détient, avant tout les clefs, symbole et moyen de son autorité dans l'intérieur de la maison, et avec les clefs tout ce dont elle a l'administration. Au besoin même, nous le verrons par l'action *rei uxoriae*, il lui fait restituer ce qu'elle a soustrait et qu'elle voudrait s'approprier, les "res amotas". Mais il lui remet à son tour ses biens; "res suas".

En quoi consistent ces biens ? Est-ce déjà la restitution de la dot ? Nous pouvons pour essayer d'expliquer l'importance de la formule du divorce nous appuyer sur les

Ce que le mari doit restituer à la femme.

usages antérieurs que nous avons déterminés. Les cas de divorce sont limités à trois. La femme coupable doit être renvoyée sans indemnité dans ces trois cas, mais si elle est renvoyée, en dehors de ces trois cas, elle a droit comme indemnité pécuniaire à la moitié des biens du mari. Nous avons dit que l'affaiblissement de l'autorité de la gens a eu pour conséquence la désuétude de la consécration à Cérès de l'autre moitié des biens. La désuétude de cette confiscation a amené aussi la liberté pour le mari de divorcer pour d'autres cas moins graves que les trois premiers. Mais il reste que les usages imposent au mari l'obligation de ne pas la renvoyer, hors des trois cas, sans indemnité. Il peut lui remettre une partie des biens de la famille. La quotité des biens, qui doit lui être remise, est décidée par le mari. De même qu'il a acquis la liberté d'apprécier les causes du divorce, il acquiert la liberté d'apprécier la part des biens qui doit lui être remise.

Il est possible suivant encore en cela des usages antérieurs, que ce soit sur ses propres biens, sur sa fortune, qu'il choisisse les res qu'il doit remettre à sa femme. Nous nous plaçons toujours dans l'hypothèse des temps primitifs, où la fortune privée d'un paterfamilias se compose d'un nombre limité d'objets mobiliers, esclaves, animaux, instruments, en dehors de son heredium. La dot elle-même se composait, en dehors des objets de parure et d'habillement, d'un nombre limité d'objets mobiliers de même nature. Ces objets mobiliers se sont confondus avec les objets appartenant au mari. Il est évident que si la femme a apporté au début du mariage un certain nombre d'animaux, un boeuf, quelques moutons, ces animaux se sont confondus avec ceux du mari, et au moment du divorce ils peuvent d'ailleurs ne plus exister.

Mais dès l'époque des XII Tables, la propriété comprend le fundus, les terres, et la fortune de la femme peut consister en immeubles. Avec l'accroissement de la fortune des Romains cette dot acquiert de plus en plus d'importance. C'est donc par une évolution naturelle que la restitution opérée par le mari s'est peu à peu limitée à la dot.

Pour cette période, nous verrons que les Romains ont conservé le souvenir très certain de la très grande rareté des divorces, et même c'est en cela qu'ils pensent que le mariage est indissoluble. Ils ont conservé le souvenir qu'il n'y avait pas de divorce, disons pas de divorce injustifié. Suivant la gravité des cas de divorce, le mari apprécie la part de la dot qu'il retient, et la part de la dot qu'il rend à la femme. Il

est l'arbitre, dit Denys d'Halicarnasse, de la grandeur de la peine. Il en retient une partie dans les cas moins graves, il la retient tout entière dans les trois ou plutôt dans les deux cas les plus graves. Cette jurisprudence nous est attestée par le livre de Caton sur les dots, Aulu-Gelle, 23, et elle nous est indiquée comme étant celle du juge dans l'action civile. Mais il résulte des textes qu'elle était déjà la jurisprudence du tribunal domestique. Le résultat de cette appréciation est la restitution à la femme de la partie de la dot que le mari juge équitable de restituer. Cette partie, ce sont les "res suae", "restuas tibi habeto".

Le mot "res" est l'appellation technique dans les "certa verba" de la formule du divorce de la restitution du mari à la femme. Que cette appellation désigne la dot, la persistance de cette désignation technique nous le prouve.

Quand le droit civil crée le droit à la restitution de la dot ou plutôt qu'il sanctionne à son tout cet usage, il garde cette même appellation, il crée l'action rei uxoriae. La res uxoria désigne pour lui la dot, ou plus exactement la partie de la dot qu'il est équitable de rendre à la femme. A notre sens, ce n'est pas une désignation nouvelle. Le nom comme la chose est pris à la jurisprudence du tribunal domestique, c'est la formule du jugement domestique, qui persiste dans l'action rei uxoriae. Il y a cependant une transformation. Les textes, que nous venons d'énumérer pour la sentence du mari parlent des "res suae", des choses appartenant à la femme. L'action rei uxoriae s'en tient à la formule plus technique "res sua" la chose de la femme. Il me semble qu'il n'y a pas une différence fondamentale entre ces deux appellations. J'en tirerai la preuve dans un cas analogue d'une transformation inverse, celle-là à propos des biens du fou. Il ne faut pas oublier que les textes qui nous ont conservé la formule du jugement rendu par le mari ne sont pas des textes juridiques. Ce sont des textes littéraires.

Les XII Tables disent à propos de la fortune d'un père de famille, 5,3. "Uti legassit (super pecunia tutelave) suae rei, ita jus esto". Comme il aura fait un legs(sur sa fortune et sur la tutelle) sur son bien, ainsi est le droit. De même à propos des biens d'un fou, les XII Tables, 5,7,10. " Si furiosus escit agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto" si quelqu'un est fou, que l'agnat et les gentils aient puissance sur sa personne et sur sa fortune. Ce mot de pecunia est traduit dans un texte de Gaius, Institutes, 2,64. par rem furiosi. Gaius nous dit que d'après

L'actio rei uxoriae dérive de la jurisprudence du tribunal domestique.

la loi des XII Tables il est permis au curateur d'aliéner la res furiosi. C'est pour désigner le même ensemble de biens que nous trouvons alors dans Cicéron, *Tusculanes 3,5,11* : "Qui ita sit affectus, eum dominum esse rerum suarum vetant XII Tabulac", celui qui est ainsi malade, les XII Tables lui défendent de rester maître de son bien.

Cette série de textes nous montrent que l'expression "res sua" du droit est couramment traduite par les auteurs littéraires par *res suae*. Mais en réalité dans l'un et dans l'autre cas, c'est la même signification, c'est le patrimoine des individus, dont il est parlé.

Par une transformation analogue à ce qui s'est passé quand les actions de la loi sont devenues des formules, le discours à la première personne du mari est devenu un écrit à la troisième personne. Les "tuas res" de la formule prononcées par le mari sont devenues la "res uxoria" de la formule. Mais dans l'un et dans l'autre cas, ce sont les mêmes choses qui sont désignées : c'est ce qui est rendu à la femme sur sa dot.

La liberté acquise par le mari consiste en ce que les causes de divorce ne sont plus limitées à trois défenses fixées par la coutume religieuse. Elles peuvent être une série de causes légitimes appréciées par lui. Ces causes légitimes cependant doivent être une faute de la femme. Ce sont les mores leviores pour lesquelles il apprécie ce qu'il doit garder de la dot. Valère-Maxime, 6,3,10,12 nous donne des exemples de ces causes moins graves. Il nous dit : "Sulpicius Gallus répudia sa femme pour s'être montrée en public le visage découvert; Antistius Vetus répudia sa femme pour l'avoir vue s'entretenir en public dans la rue avec une affranchie de mauvaises moeurs; Publius Sempronius fit subir à sa femme l'humiliation d'un divorce seulement pour avoir osé assister aux jeux publics à son insu. Il y a encore quelques autres indications de divorce, mais tous ces exemples se réfèrent à une faute de la femme. Celles qui nous sont indiquées sont spécialement peu graves, parce qu'elles sont restées dans la mémoire des auteurs comme étant un des reproches les plus légers que l'on puisse faire à la femme, mais qui cependant légitiment le divorce. Mais quand en 530, Carvilius Ruga invoqua la stérilité de sa femme pour dissoudre son mariage, ce fut le premier mariage qui fut dissous sans que le mari invoquât la faute de la femme. Ce fut le début d'une période nouvelle où la liberté du divorce fit un pas de plus, où le divorce fut admis sans justification. A partir de ce moment, la jurisprudence familiale ne suffit plus

et la loi dut accorder à la femme des garanties nouvelles. C'est ainsi que naquit l'action rei uxoriae.

§ 3 - Conseil des proches.

Le mari est juge et arbitre et décide du montant de la restitution. Quand il rend la dot, ce n'est pas pour lui une obligation de restituer. La dot lui appartient comme le reste de la fortune, et elle est à lui par une *causa perpetua*, mais comme juge domestique il arbitre en équité ce qu'il est juste qu'il rende et qu'il retienne.

Ses pouvoirs arbitraux ne sont pas arbitraires. La coutume des mores majorum lui impose une limite. Une première garantie, c'est la limite de son autorité venant de ce qu'il ne juge pas seul. Il est entouré d'un conseil de parents. La nécessité de réunir ce conseil lui est imposée plus fortement, quand il s'agit de sa femme et du divorce, que lorsqu'il s'agit des autres personnes placées sous son autorité, par exemple de son fils. Car pour le fils, il n'y a pas de traces qu'il fût nécessaire de réunir ce conseil. Au contraire pour la femme, nous avons l'exemple d'une sanction, s'il contrevient à cette obligation. C'est une sanction du censeur, qui a le "regimen morum", qui a la tâche de surveiller la fidélité des Romains à obéir aux anciens usages.

Valère-Maxime, 2,9,2. "Horum severitatem Marcus Valerius Maximus et Gaius Junius Brutus Bubulcus censores, simili genere animadversionis imitati sunt. Lucius enim Annium Senatu moverunt quod virginem quam in matrimonium duxerat, repudiasset nullo amicorum concilio adhibito". Valère-Maxime cite une série de traits de sévérité des censeurs et il ajoute : "Valérius Maximus et Junius Bubulcus, censeurs, imitèrent la sévérité de leur prédécesseurs, en un semblable cas de censure. Ils chassèrent, en effet, du Sénat Lucius Annius, parce que celui-ci repudia la femme qu'il avait épousée vierge sans avoir réuni le conseil des amis".

Ce texte établit l'obligation qu'a le mari de réunir le conseil des amis pour opérer la répudiation. C'est une obligation qui est sanctionnée par la note d'infamie censorienne. Cette note d'infamie a pour conséquence l'expulsion du Sénat. Dans ce cas particulier de Lucius Annius, le censeur a suivi la règle générale qu'il a posée dans tous les cas où il note l'infamie. C'est une sanction normale entre les mains du censeur. Cette sanction, c'est purement et simplement le refus par lui d'inscrire sur la liste du Sénat, sur la liste des chevaliers, sur la liste des citoyens suivant son rang, celui qui est noté d'infamie. Il est rejeté par lui,

Le mari juge
sa femme avec
l'assistance du
conseil des
proches.

Ce que nous savons du conseil des proches et sa composition.

à titre de peine, au rang inférieur. L'existence de ce conseil des proches a été attestée par de nombreux textes. Mais nous sommes mal renseignés sur son fonctionnement, encore moins sur sa composition, ou plutôt nous sommes renseignés sans aucune précision. Cette précision manquait à l'institution. Ce conseil était réglé par les moeurs, et était variable avec l'état de ces moeurs. Ce que l'on peut dire, c'est que par sa composition un peu flottante, ce conseil est plus large qu'un conseil de famille, au sens strict du mot, car ce conseil ne comporte pas seulement le paterfamilias et ses parents agnatiques, mais il conserve les traits d'un conseil plus large, sans que l'on puisse d'ailleurs retrouver d'une manière précise des traces d'un conseil gentilice, au sens propre du mot, car suivant les exemples qui nous sont donnés, sa composition est indiquée ainsi qu'il suit : ce sont des parents, cognati, ou propinqui, ou même amici necessarii, des parents aussi bien de la femme que du mari, des proches, des amis, et des amis intimes. Denys d'Halicarnasse, dans notre texte 2,25, et 4,66 à propos de Lucrèce parle de "cognives" ce qui pourrait bien s'entendre de membres de la même gens. C'est le sens étymologique du mot. Mais sous la plume de Denys d'Halicarnasse, il a certainement perdu ce sens précis. Il doit s'entendre de parents en général, sans qu'il soit légitime de traduire par cognats, plutôt que par agnats comme le font certains auteurs. Nous trouvons encore ce terme général de propinqui, de proches, dans Tacite Annales I3,32 : "Paulus Plautus jugea sa femme Pomponia Cressina, accusée de superstitions étrangères "prisco instituto propinquis coram", suivant l'usage ancien en présence des proches. Ce jugement se termina par une absolution. Tacite, Histoire, 2,50 Valère-Maxime, 5,6,38, emploie lui aussi ce mot de propinqui. Suétone. Mais d'autres textes parlent des cognats, des parents par le sang, Tite-Live, livre 38, I8 Valère-Maxime, 6,3,7. Quelques-uns parlent d'un conseil d'amis. Plaute Stichus, I,2,71. Le père dit à sa fille "Mihi auctores amici ut vos hinc abducam domum", mes amis me conseillent de vous reprendre à la maison". Le divorce est ici fait par le père de la femme mariée sine manu. Tite-Live, I,58 à propos de Lucrèce parle d'amis, là où Denys d'Halicarnasse parlait de parents. Ce sont ces amis que Valère-Maxime, 2,9, 3 signale pour ce mari chassé du sénat parce qu'il avait répudié sa femme, nullo amicorum concilio adhibito, sans avoir réuni le conseil des amis. C'est également une sentence d'amis, par laquelle Carvilius Ruga fit le premier divorce pour cause de stérilité. Aulu-Gelle, I7,21.

Enfin Valère Maxime, 6, II parle pour Lucrèce de necessarii, ce qui veut dire aussi bien parents, là où Denys d'Halicarnasse parle de parents et où Tite-Live parlait d'amis.

Cette incertitude provient sans doute du pouvoir arbitraire du père de famille d'y appeler qui il veut, de ce que par conséquent le droit d'y figurer n'était pas fixé. Mais elle provient aussi très probablement surtout de l'incertitude de la tradition, qui n'était pas fixée sur sa composition, mais qui conservait le souvenir de ce que ce conseil avait été composé d'un groupe plus large que la famille agnatique, d'un groupe plus étendu.

A l'époque historique le mari est seul juge, le conseil des proches ayant seulement voix consultative.

Si l'on doit admettre pour les temps historiques que le mari est seul juge, que c'est lui qui compose le conseil et que ce conseil n'a pas de juridiction et n'a que voix consultative, il y a dans nos textes des traces indéniables d'une juridiction propre, par conséquent d'une survivance de l'institution primitive et qui est le témoin de cette attribution. Girard, Organisation judiciaire, p. 37 note 2, reconnaît cette juridiction propre pour les femmes sui juris, et pour les femmes non mariées. Mais il faut la reconnaître, même pour les femmes mariées. Tite-Live, 38, 18 et Valère-Maxime, 6, 3, 7, nous disent que les femmes compromises dans la conjuration des Bacchanales et condamnées furent livrées à leurs parents pour être exécutées. Tite-Live, Epitome 48, dit que Publia et Licina qui étaient accusées d'avoir fait périr leur mari furent tuées par décret de leurs parents. Il s'agit ici de femmes non mariées, ou encore non mariées in manu. Mais Suétone nous parle de matrones, c'est-à-dire de femmes mariées cum manu qui se livrent à la prostitution et contre lesquelles Tibère releva l'ancien usage de les faire périr par une sentence rendue par leurs proches. Suétone, Tibère, 35. "Matronae prostitutae pudicitiae quibus accusator publicus deesset, ut propinqui more majorum de communi sentencia coercerent auctor fuit", à l'égard des matrones qui se prostituent, il ordonna qu'à défaut d'accusateur public, suivant l'usage des anciens, ce serait leurs proches qui les puniraient en vertu d'une sentence rendue en commun.

Ce sont les maris de ces femmes qu'Auguste veut faire condamner comme proxénètes, comme "lenones", dans sa loi de adulteriis. Pour les femmes, Tibère veut ressusciter l'ancienne juridiction des parents, more majorum. Ce qu'il fit contre la prostitution, il le fit aussi contre l'adultère. Tacite, 2, 50. "Liberavit Apuleia lege majestatis, adulterii graviorem po-

deprecatus ut exemplo majorum propinquis suis ultra ducentesimum lapidem remorevetur suasit". Tibère fit ab-soudre Apuleia du crime de lèse-majesté, il demanda qu'on adoucît le châtiment de l'adultère et conseilla qu'elle fût condamnée par ses proches, suivant la coutume des anciens, à être éloignée de Rome à une distance de 200 milles. Denys d'Halicarnasse , 2,25, nous avait dit que les parents jugeaient avec le mari. Les cognats et les amis du tribunal domestique n'ont pas et ne peuvent avoir de juridiction propre sans le mari ou même contre le mari. Nous voyons que le souvenir de cette juridiction subsiste et c'est sans doute le souvenir de l'ancienne juridiction de la gens qui survit sous le nom générique et vague de parents et d'amis.

§ 3 - Surveillance du censeur.

Nous avons vu la première garantie de l'observation des usages familiaux. C'est l'obligation pour le mari de consulter le conseil des parents. Voici maintenant la seconde de ces garanties, qui consiste dans l'intervention du censeur. Avec l'intervention du censeur, nous nous trouvons en face de la première intervention de la cité dans la surveillance des institutions familiales, et dans une certaine mesure le contrôle du censeur vient ici remplacer le contrôle de la gens au moment où l'autorité de celle-ci s'efface.

En effet, c'est au début du IV^e siècle que fut créée la censure, en l'an 311 ou 319. La censure eut des commencements très modestes. Les censeurs furent créés pour décharger les consuls du soin d'opérer le recensement des citoyens. Tous les 5 ans, en effet, à chaque lustre, le roi, puis les consuls, et à partir du IV^e siècle les censeurs dressent la liste des citoyens, qui sont divisés en un certain nombre de classes, suivant l'état de leur fortune. Ces classes sont, d'une façon générale, les sénateurs, les chevaliers, puis 5 classes de citoyens d'après leur fortune. Plus tard, on dressa une dernière classe; la classe des proletarii, sans fortune, ne payant pas l'impôt, que l'on appelle les aerarii. Les pères de famille faisaient inscrire leurs enfants parvenus à la puberté depuis le dernier lustre.

Le but essentiel de ce recensement était d'établir les bases du paiement de l'impôt et du service militaire. Les déclarations que faisaient les citoyens devant le censeur étaient confirmées par le serment prêté par eux de dire la vérité dans la mesure de leur force. Notamment parmi ces déclarations se trouve celle de leur qualité de gens mariés. Aulu-Gelle

La création
de la censure.
Attributions
du censeur.

Le but du
recensement.

4, 20, 3 nous donne la formule de leur serment : "Verba ita concepta : et tu ex animi tui sententia uxorem habes ?" La formule était la suivante : et toi, réponds selon ta conscience, es-tu marié ? Cicéron donne la même formule de serment, d'une façon probablement plus correcte, "ex tui animi sententia tu uxorem habes" ? en ton âme et conscience, es-tu marié ? Aulu-Gelle nous rapporte cette formule à propos de la censure de Caton et pour raconter la petite histoire suivante. Caton, suivant l'usage, comme censeur, faisait prêter le serment déclarant l'état d'homme marié. Celui qui jurait était un mauvais plaisant de naturel railleur. Pensant que l'occasion était bonne pour faire rire, il répondit "Habeo equidem uxorem, sed non hercle ex animi mea sententia", j'ai bien une épouse, mais, par Hercule, non pas à mon goût. Pour cette réponse déplacée, Caton reléguait le plaisant parmi les aerarii, c'est-à-dire parmi les citoyens privés du droit de suffrage, et motivait son arrêt sur l'inconvenance de la plaisanterie faite en présence du censeur.

La fonction du censeur d'inscrire les citoyens sur les listes du cens est en apparence relativement peu importante. C'est pourtant à cette occasion que cette magistrature acquiert toute sa portée. Car elle acquiert en établissant les listes, le droit d'interroger tous les citoyens sur leur façon de vivre, sur leurs moeurs. Peut-être ce droit n'est-il pas aussi ancien que la censure. Il n'est jamais question pour les illustrations des rois et des consuls de cette juridiction sur les moeurs. La gens remplissait encore suffisamment son office. Tite-Live nous dit que cet accroissement aux pouvoirs du censeur fut postérieur à sa création Tite-Live 4, 8, 2 : "Idem hic annus censurae initium fuit, rei a parva origine aucta, quae deinde tanto incremento aucta est ut morum disciplinaeque romanae poenes eam regimen", cette même année 312, vit l'établissement de la censure, dont l'origine fut peu considérable, mais qui bientôt prit un tel développement que la direction des moeurs et la discipline romaine tomba entre ses mains.

De très bonne heure ce pouvoir a été attaché à la fonction du censeur. Il l'exerce à l'occasion de l'inscription du citoyen sur ses listes et des déclarations qui lui sont faites à cette occasion. Il a le droit de poser toutes les questions qu'il veut, sans aucune restriction. Il n'est arrêté par aucune règle légale lui imposant une limite, notamment il n'est arrêté par aucun sujet qui serait en dehors de sa compétence, comme le préteur dans son pouvoir judiciaire est tenu aux limites du droit. Varron, 6, 71 oppose le

censorium judicium ad aequum au praetorium jus ad legem le jugement du censeur d'après l'équité et le droit du préteur d'après la loi. Assurément l'examen est principalement dirigé par des considérations politiques. Il se rapporte en première ligne à la façon dont le citoyen remplit ses devoirs envers l'Etat. Mais le censeur fait entrer dans le champ de sa critique toute la vie privée des citoyens jusque dans les détails les plus intimes. Pourtant, cette juridiction a une limite, elle ne s'exerce pas contre les femmes. Le censeur ne surveille pas directement les femmes. Il ne les note pas, il ne les atteint que par l'intermédiaire du mari. C'est le mari qui est blâmé pour avoir été un juge trop indulgent ou au contraire trop sévère. C'est qu'en effet la critique, comme nous l'avons dit, s'exerce à l'occasion du cens, à l'occasion de l'inscription des citoyens sur la liste du sénat, et dans les différentes classes de citoyens les femmes n'étaient pas inscrites.

Les historiens nous ont conservé des applications multiples de la procédure censorienne. Ces applications nous sont d'ailleurs données par eux seulement à titre d'exemples, et elles ne forment à aucun degré une liste limitative. Nulle part nous ne trouvons une énumération des pouvoirs du censeur. Mais la réunion de ces exemples nous permet de nous rendre compte du fonctionnement général de l'institution. Les censeurs surveillent donc les mores des citoyens. Les moeurs publiques d'abord. Il examine la façon dont ils remplissent leurs devoirs de citoyens, leurs devoirs de soldat, leur courage devant l'ennemi, leur respect de la discipline, leur respect de leurs obligations militaires s'ils ont comparu au recrutement, ou s'ils se sont absents sans permission ou sans congé. Il examine la négligence que peuvent mettre les employés subalternes de l'état à remplir leurs offices. Pour tous les magistrats, même pour les consuls, il examine et critique les abus de leur imperium, de leur pouvoir de commander. Il examine les abus de toutes espèces, par exemple il leur demande s'ils ont exercé arbitrairement leurs pouvoirs de vie et de mort, s'ils se sont laissés corrompre, s'ils ont proposé des lois injustes, contre les simples citoyens. Ils s'inquiètent des abus des fonctions du juré, des abus dans leur droit de vote, de l'usurpation des insignes d'un rang supérieur, si les citoyens ont été criminels, condamnés au criminel ou au civil, et pour un acte qui implique quelque chose de déshonorant, cela fait partie de la juridiction du censeur. Il examine si on donnait des marques d'improbité, de manque de foi, dans ses relations privées.

La surveillance du censeur sur la vie publique et privée des citoyens.

Il reproche aux citoyens des tentatives de suicide.

La surveillance du censeur ne s'arrête pas à la vie publique des citoyens. Elle pénètre dans leur vie privée, dans leurs relations de famille. Le censeur apprécie la façon dont les citoyens respectent le culte des ancêtres. Il note la négligence qui a été mise par eux aux soins du sanctuaire ou des tombeaux familiaux, la façon dont ils négligent leurs devoirs vis-à-vis de leurs proches. Il examine leur mode d'administration de leur fortune. Le censeur blâme la mauvaise administration, la dissipation des biens, et de la fortune en général. Il blâme le luxe déréglé. Enfin le censeur surveille l'exercice de la puissance domestique. Dans toutes ces matières il s'attache à faire respecter les mores majorum, les coutumes des anciens. C'est ainsi que ce pouvoir de surveillance générale remplace en quelque sorte la surveillance exercée autrefois par la gens.

Le censeur juge des causes de divorce.

C'est en ce qui concerne la puissance domestique que nous rencontrons les quelques textes qui nous intéressent. Les censeurs répriment, nous dit-on en général, tous les abus de la puissance domestique, surtout envers la femme et les enfants. Il veille à ce que cette puissance ne soit pas exercée avec une excessive rigueur ou au contraire avec un excès d'indulgence. Denys d'Halicarnasse, 20,33. "Les Romains ouvrant la maison tout entière et faisant entrer le pouvoir des censeurs jusque dans la chambre à coucher, soumettent à leur examen et à leur surveillance tout ce qui se passait à l'intérieur des familles. Ils estimaient que le maître ne devait pas être cruel dans le châtiment de l'esclave, le père trop dur ou trop faible dans l'éducation des enfants, le mari injuste dans le traitement de son épouse, Cicéron de Re publica, 4,6. "Censor viros doceat moderari uxoribus", le censeur enseigne aux maris à se montrer justes vis-à-vis des épouses. Nous trouvons là le principe général soumettant les relations du mari et de sa femme à la surveillance du censeur. De ce principe, le texte de Valère-Maxime que nous avons déjà cité, nous montre une application au cas qui nous intéresse, c'est-à-dire au divorce, et à la façon dont le censeur surveille à ce propos l'application des coutumes familiales par le mari. Valère-Maxime, 2,9,2. Les censeurs de 447, Junius Brutus Bulbus et Valerius Maximus expulsèrent du Sénat Lucius Annius parce qu'il avait répudié la femme qu'il avait épousée vierge sans avoir réuni le conseil des amis. Cet exemple suffit à nous prouver que la surveillance du censeur s'exerce sur le mari, sur le conseil de famille et sur leur décision, car non seulement le cen-

seur examine si les formes traditionnelles du divorce, c'est-à-dire la consultation du conseil des amis, a été observée, mais il s'informe des causes pour lesquelles le mari a répudié sa femme. Ceci nous le savons par les textes qui nous parlent de l'histoire de Carvilius Ruba, dont nous parlerons dans le chapitre suivant. Carvilius Ruba avait divorcé d'avec sa femme, et le censeur qui suivit lui demanda pour quelles causes il avait divorcé. Le texte nous dit que le censeur approuva ses causes, tandis qu'au contraire le peuple les désapprouva.

Nous n'avons pas d'autres exemples directs de cette juridiction du censeur, en ce qui concerne le mariage. Nous rappellerons que cette juridiction est beaucoup moins connue que celle par exemple du préteur. La juridiction du censeur n'a pas été codifiée comme la juridiction du préteur. Elle a disparu d'assez bonne heure sous la République. Les dernières années de la République ne connurent plus la magistrature du censeur. Celle-ci, en effet, est devenue gênante et s'est d'elle-même déconsidérée par le manque d'impartialité des derniers censeurs. Les exemples que nous en conservent les historiens ne sont donc plus que des exemples isolés, et une grande part de hasard existe dans cette conservation. C'est donc par des témoignages indirects qu'il nous faut essayer de déterminer cette juridiction, en ce qui concerne le divorce. Mais nous pouvons voir dès maintenant sa pensée dominante. La juridiction du censeur est destinée à déterminer l'honorabilité civique du citoyen, ou plutôt à constater à l'inverse son ignominie, l'infamie qui résulte de l'acte que le censeur estime contraire aux moeurs. Cet acte, qui est ainsi blâmé par le censeur, a un nom technique, c'est un "probrum", désignation technique du délit censorien, que l'on peut traduire par opprobre ou ignominie, ou même d'une façon générale par délit au sens de délit censorien. Cicéron, de Legibus, 3, 37, "Censores mores populi regunto, probrum in senatu ne relinquento", que les censeurs régissent les moeurs du peuple et qu'ils ne laissent pas l'opprobre dans le sénat. Pline, 18, 3, 12. "Agrum male colere, censorium probrum judicabatur", mal cultiver son champ est jugé être un délit censorien. Catilina ajoute, 23. Curius quem censores probri gratia senatu moverunt, Curius, que les censeurs rayèrent du sénat pour cause de délit censorien (ou d'opprobre).

Comment ce probrum était-il constaté ? En principe il est constaté au moment de la confection des listes du cens, par conséquent, remarquons-le, tous les 5 ans seulement. D'autre part, en principe, pour ceux

La répression
du "probrum".

qui se présentent au cens, au moment de leur déclaration. Mais le censeur peut les juger, même s'ils ne se présentent pas. Il y a une véritable procédure, une procédure contradictoire, pour ce jugement l'intéressé est cité par le censeur, en vertu d'une "jussio", qui émane du censeur. *Velleius Paterculus*, p. 60 : "Censores Lepidum adesse jussserant", les censeurs donnèrent l'ordre à Lepidus de se présenter. L'accusation était formulée en général par un tiers et non pas par le censeur lui-même. La défense peut être présentée par un tiers qui assiste les personnages incriminés. Il y a donc un débat contradictoire et le censeur prononce "cognita causa", après avoir examiné l'affaire. Seulement comme tout ici qualification du délit censoriens, procédure, dépendent de l'arbitraire du censeur et non de la loi, ces formes ne sont pas toujours strictement observées. Surtout dans les dernières années de la République elles sont traitées avec la plus extrême légèreté.

Enfin le censeur rend son jugement. C'est le nom qui est donné à son verdict de blâme. On l'appelle du nom de "judicium de moribus". *Tite-Live*, 23, 23, 4. "Judicium arbitrium de fama ac moribus", jugement et arbitrage sur la réputation et sur les moeurs. *Aulu-Gelle*, I4, 2, 8 "Rem enim de pecunia petenda apud judicem privatum agi non apud censem de moribus", la cause était portée devant le juge privé pour une réclamation pécuniaire et non pas devant le censeur au sujet des moeurs. D'autres textes nous disent la même chose. Entre autres *Varron* parle bien d'un "judicium" dans le texte que nous avons déjà cité. *Varron*, 6, 71. "Censuum judicium ad aequum.

Ce n'est pourtant pas un judicium au sens légal du mot, un jugement civil, c'est-à-dire une sentence, mettant fin à une controverse judiciaire et comportant une condamnation pécuniaire, c'est une note, un blâme, qui n'a pas l'autorité de la chose jugée. *Cicéron*, *pro Cluentio*, 42, 17, "Sequitur id quod illi judicium appellant, majores autem nostri nunquam neque judicium nominarunt neque ut rem judicatam observarunt animadversio nem atque auctoritatem censoriam", il s'ensuit que ce que ceux-ci appellent judicium, nos anciens ne l'appelaient pas ainsi, et ne considéraient pas comme une chose jugée le blâme et l'autorité du censeur. La condamnation prononcée par le censeur était simplement une note d'infamie. C'était l'infamie censorienne. Celui qui est noté par le censeur est chassé par lui du rang qu'il occupe. S'il est sénateur, il est rayé par le censeur de la liste du sénat; s'il est simple citoyen, il est rayé de la liste des citoyens pleno jure et mis parmi les aerarii, qui n'ont

Le "judicium de moribus" ou infamie censorienne.

pas le droit de suffrage. Cicéron, de *Re publica*, 4, 6 "Censoris judicium nihil damnato nisi ruborem affert, atque ut omnis ea judicatio versatur in nomine animadversio illa ignominia dicta est", le jugement du censeur n'inflige à celui qui le frappe d'autre châtiment que la rougeur du blâme, et comme son arrêt ne porte que sur un nom, on appelle cette condamnation : *ignominie*. Tite-Live, 42, 10, 4, "Omnes quos senatu moverunt quibus equos ademerunt, aerarios fecerunt et tribu moverunt", tous ceux qu'ils chassèrent du sénat, à qui ils enlevèrent leurs chevaux, furent éliminés de leur tribu et mis parmi les *aerarii*". Cette note dure 5 ans, la durée du lustre, et elle peut être révisée par le censeur suivant. C'est donc une punition qui, quant à sa rigueur, ne dépend que de l'opinion qu'on en a et du prestige de ceux qui l'infligent. Elle est suffisante dans la société aristocratique et sévère des débuts de Rome. Mais elle perd de son autorité avec la société de la République à cause de la démocratisation de l'abaissement des moeurs.

Aussi cette censure dut de plus en plus dans les dernières années de la République être remplacée par autre chose. Quand l'empire des moeurs devient moins tyrannique dans la cité agrandie et dans un état social individualisé, elle est remplacée notamment dans quelques uns de ses domaines par la juridiction civile du préteur. Cette juridiction est en effet plus coercitive, plus rigoureuse dans ses décisions, et ses décisions ont davantage de durée.

Nous avons vu par cet examen général du pouvoir du censeur quel est le principe de ses attributions. Nous avons vu que le censeur intervient dans l'intérieur de la famille, qu'il surveille la façon dont le père de famille exerce son autorité. Nous avons vu de plus qu'il intervient au moment du divorce, qu'il surveille la façon dont le mari respecte et applique les usages familiaux, et par le divorce de *Carvilius Ruba* nous verrons qu'il apprécie les causes de divorce alléguées par le mari. Il apprécie, s'il n'y a rien de contraire à son honorabilité dans ce divorce. Nous n'avons pas de renseignement direct plus précis. Notamment aucun texte ne nous dit s'il surveille la restitution de la dot, et s'il apprécie si le mari respecte les usages dans la quotité de la dot qu'il rend à la femme. Que cette surveillance ait existé, l'examen de l'état postérieur du droit nous permet de n'en pas douter. Il nous faut donc anticiper sur nos explications et examiner ici les premiers textes indiquant le début de la restitution civile de la dot, les premiers textes par lesquels nous voyons que cette restitution est en-

Les premiers textes relatifs à la restitution de dot.

trée dans le droit civil. Parce que, grâce à ces textes, non seulement il nous sera permis de conjecturer l'existence de la surveillance du censeur, mais il nous sera possible de reconnaître les modalités dans lesquelles s'exerce cette surveillance, c'est-à-dire les usages qu'il admettait et qu'il entendait faire respecter. Ces usages, ce sont précisément ceux qui sont passés dans les actions civiles. Cette conjecture s'appuie sur le témoignage formel des textes, qui rappellent le censeur en ces matières, sur le nom qui est donné à ces premières actions. De même sur le nom qui est donné aux fautes de la femme, qui sont réprimées par ces actions.

Les premières actions civiles à propos de la dot, exercées au moment du divorce, portent le nom de "judicium de moribus". L'appréciation faite par le juge des fautes de la femme et les conséquences de cette appréciation sur la quotité de restitution de la dot sont appelées par les jurisconsultes dans l'action civile "coercitio morum", c'est-à-dire que nous retrouvons ici le nom technique du délit censorien le nom technique du pouvoir du censeur et de son acte de juridiction. Tous ces noms techniques étant appliqués aux actions civiles nous prouvent que ces actions civiles ont pour origine la juridiction du censeur. Il nous faut d'abord examiner ici le chapitre d'Aulu-Gelle, dont nous avons souvent parlé, et il est bon de le redonner ici dans son ensemble.

Aulu-Gelle, 10,23. Chapitre qui commence par l'indication que les femmes ne buvaient pas de vin à Rome et doivent donner l'osculum à leurs proches pour que l'odeur indique si elles avaient bu. Il continue ainsi : "Sed Marcus Cato, non solum existimat sed mulctatas quoque a judice mulieres refert, non minus si vinum in se quam, si probrum et adulterium admississent; verba Marci Catonis adscripti ex oratione quae inscribitur de dote in qua id quoque scriptum est, in adulterio uxores reprehensas jus fuisse maritis necari. Vir, inquit, cum divortium facit, mulieri judex pro censore est, imperium quod videtur habet, si quid perverse teteque factum a muliere mulctatur. Si vinum bibit, si cum alieno vino probri quid fecit, condemnatur". Mais Marcus Caton avance que pour avoir bu du vin, non seulement les femmes étaient réprimandées, mais qu'elles étaient condamnées à une amende par le juge, avec non moins de sévérité que si elles avaient commis une action honteuse, et un adultère. J'ai rapporté les paroles de Marcus Caton dans son traité sur la dot, dans lequel il est aussi écrit que le mari a le droit de tuer son épouse surprise en adultère; lorsque le mari fait le divorce.

Le témoignage
d'Aulu-Gelle
Intervention
d'un juge
civil en cas
de divorce.

dit-il, le juge est pour la femme à la place du censeur, il a une espèce d'imperium. Si la femme commet quelque chose de répréhensible et de honteux, elle est frappée d'une amende, si elle boit du vin et si elle commet un opprobre avec un autre homme, elle est condamnée.

L'importance de ce texte réside dans le témoignage de Caton qu'il nous fournit. Le témoignage d'Aulu-Gelle serait de beaucoup moins de valeur au point de vue juridique, car Aulu-Gelle n'est pas un juris-consulte, il est beaucoup moins ancien que Caton. Mais ce sont les paroles même de Caton qui sont ici rapportées. Ce sont donc des paroles d'un jurisconsulte de valeur, parlant de choses qu'il connaît, dans un ouvrage technique, par conséquent des paroles dont il est nécessaire de tenir le compte le plus grand.

La première question qui se pose à propos de ce texte, elle se pose parce qu'elle a été discutée par les auteurs, c'est la question de savoir quel est le juge qui est ainsi nommé. Les auteurs se sont demandé s'il s'agissait du mari ou d'un juge civil. Si, en effet, nous faisons abstraction de la première partie du texte, et si nous prenons seulement les paroles de Caton citées par Aulu-Gelle, "Vir, inquit cum divortium facit mulieri jūdex pro censore est", il y a une traduction possible différente de celle que nous avons donnée, le mari, dit-il, lorsqu'il fait le divorce, est juge à la place du censeur. Parmi les nombreux auteurs du XIX^e siècle qui se sont occupés de ce texte, il y a toujours eu une controverse. Les auteurs se partagent en deux camps opposés: les uns admettent la traduction que nous avons donnée, lorsque le mari fait le divorce, le juge est à la place du censeur; les autres, au contraire, préfèrent la deuxième traduction, faisant du mari le juge de la femme à la place du censeur. Entendue dans ce dernier sens, nous serions en face d'un texte visant la juridiction domestique du père de famille. Si c'est ainsi qu'on le comprend, nous avons en face de nous le texte le plus net, le plus décisif et le plus circonspect sur cette juridiction du père de famille. Les deux auteurs fondamentaux sur la dot, Bechman et Czylharz, sont d'un avis différent. Bechman, *Dotal Recht I.p.74*, est d'avis qu'il s'agit du juge; Czylharz *Dotal Recht, 37* remarque I6, est d'avis qu'il s'agit du mari, "judex domesticus".

Karlowa, *Römisches Rechts Geschichte*, 2 p.212, prend parti avec autorité. Il déclare que l'on doit sans aucun doute être de l'avis de ceux pour qui le "judex" est le mari. Cette opinion paraît avoir entraîné la plupart des auteurs modernes, qui à peu près

tous, notamment Girard dans son Manuel, 8ème édition, p. 1011, note I, suivent sans hésiter l'avis de Karlowa; et cependant, Esmein, Nouvelle Revue Historique, 1893, dans son article célèbre sur la nature originelle de l'action rei uxoriae, tout en suivant l'avis général, dit p. 149, note 3: "cependant le sens naturel paraît être, lorsque le mari répudie, le juge, à l'égard de la femme, a les pouvoirs du censeur". Mommsen, Droit public, 4, p. 54, en bon latiniste qu'il est, sans être influencé par l'interprétation des auteurs de droit civil, donne la traduction que nous adoptons.

En dehors d'autres bonnes raisons, la raison de fond qui a entraîné les auteurs, c'est qu'une action civile, à propos de la dot, à l'époque de Caton, c'est-à-dire dans la première partie du VI^e siècle, 526-609, serait trop précoce. Une opinion encore généralement admise jusqu'à ces dernières années faisait dater le droit de bonne foi de la procédure formulaire, la procédure formulaire de la loi Aebutia, et la loi Aebutia du VII^e siècle. Cette liaison est une des idées fondamentales du manuel de P.F. Girard. Si c'est une action civile, qui est visée par notre texte, c'est une action éminemment du droit de bonne foi. Elle est donc trop précoce. Nous verrons ce qu'il faut penser de ce système.

Mais si nous ne nous en laissons pas imposer par un système et par une idée préconçue, il n'est pas douteux que nous devons comprendre notre texte comme je l'ai traduit. Lorsque le mari fait le divorce le juge est à l'égard de la femme à la place du censeur, car si cette phrase latine peut laisser place à une ambiguïté, cette ambiguïté disparaît lorsqu'on la rapproche de la phrase précédente, et lorsqu'on l'explique, comme il est légitime et comme il n'est pas possible de faire autrement, par cette phrase précédente. "Sed Marcus Cato non solum existimatas sed mulctatas quoque a judice mulieres refert", mais Caton avance que les femmes sont, non seulement blâmées, mais même condamnées à une amende par le juge. Ici il est impossible de penser qu'il ne s'agit d'autre chose qu'un juge et rien ne peut nous faire dire que ce juge est le mari. Il s'agit du "judex", c'est-à-dire du juge civil, et non pas du mari, la seconde phrase étant l'explication qu'Aulu-Gelle recherche dans le texte lui-même de Caton.

De ce que je viens de dire, nous conclurons que dans la seconde phrase comme dans la première il s'agit du *judex* civil et non pas du mari. Puisqu'il s'agit du juge civil, c'est d'une action civile que parle le texte.

Quelle est cette action ? Ce n'est pas l'ac-

L'action visée par Aulu-Gelle est le *judicium de moribus*.

tion *rei uxoriae*. L'action *rei uxoriae* est intentée contre le mari détenteur de la dot, pour lui en demander la restitution. Cette action est intentée ici de toute évidence contre la femme. C'est elle qui est condamnée à une amende, c'est elle qui est condamnée. S'il ne s'agit donc pas de l'action *rei uxoriae*, il ne peut s'agir que du *judicium de moribus*. Le *judicium de moribus* est une action du mari contre la femme au sujet de la dot, action symétrique de l'action *rei uxoriae*, action de la femme contre le mari au sujet de la même dot. Cette action figurait dans l'*Edictum Perpetuum*, 20, p. 303 de la 3ème édition, 1927. Ce *judicium de moribus* subsiste à travers tout le droit classique à côté de l'action *rei uxoriae*, bien qu'elle fasse en somme double emploi avec l'action, car sa fonction propre est remplie par les *retentiones propter mores* dans l'action *rei uxoriae*. Elle n'a été supprimée que par Justinien, quoique Justinien nous le dise lui-même, elle soit depuis longtemps déjà en désuétude. Code 4.I7.11.2. "Judicium de moribus quod antea quidem antiquis legibus positum erat non autem frequentabatur. La citation de Caton est le témoignage le plus ancien que nous ayons d'une action civile autour de la dot. Ce témoignage est plus ancien que les témoignages que nous pouvons avoir sur l'action *rei uxoriae*. Il semble donc que c'est la première de ces actions qui ait été créée.

Raison de la création du "judicium de moribus"

Quelle est la raison de cette création ? D'après la conjecture, que nous soutiendrons, elle est la riposte à la stipulation de restitution de la dot. Nous tâcherons de montrer dans le chapitre suivant la vraisemblance de l'hypothèse suivante; on verra qu'après le divorce de *Carvilius Ruga*, après la multiplication des divorces, on prit l'habitude pour garantir la femme contre la perte probable de sa dot de stipuler la restitution de la dot au moment où on la constituait. C'est du divorce de *Carvilius Ruga*, nous disent les textes, que date l'usage des *cautiones rei uxoriae*. C'est par ces *cautions* que la restitution de la dot entre dans le droit civil. Par suite de cette stipulation formelle, la dot devient exigible au moment du divorce, exigible tout entière, quelle que soit la cause du divorce. Par suite, les usages familiaux qui impliquaient la perte de tout ou partie de la dot, au cas d'une répudiation justifiée, ne pouvaient plus être observés. Le censeur ne pouvait plus rien contre cette violation des mores. Il s'agit, en effet, désormais du droit civil. C'est en vertu du droit civil et en vertu de l'action *ex stipulatu*, née d'une stipula-

tion formelle, que la femme réclame la totalité de la dot au moment du divorce.

D'autre part, il s'agit de la femme elle-même, contre laquelle le censeur ne peut rien, car sa note d'infamie ne peut l'atteindre. Contre ce danger qui se révèle ainsi, et pour assurer l'exécution des usages familiaux que le mari dépouillé n'a pu manquer d'invoquer en équité, le préteur a inséré dans son édit pour la première fois le "judicium de moribus". Par ce "judicium de moribus" établi contre la femme, le préteur restitue sur le plan du droit civil l'autorité des coutumes familiales. Il fait ainsi reparafre, mais dans le droit civil, les usages qui étaient admis dans le "judicium domesticum", tels qu'ils étaient admis, tels qu'ils étaient acceptés par le censeur. C'est pourquoi cette action emprunte son nom au censeur, qui en a donné le modèle. Comme les "judicia" du censeur, elle est appelée "judicium de moribus", et Caton nous dit expressément: "le juge à l'égard de la femme est à la place du censeur". J'entends cette phrase au sens littéral du mot: le juge prend la place du censeur à l'égard de la femme, c'est-à-dire qu'il emprunte la jurisprudence du censeur, qu'il l'appliquera pour apprécier la faute de la femme, pour apprécier l'équité de la punition qu'elle mérite. Son modèle et son guide dans son jugement sera la coutume acceptée par le censeur, sera la coutume domestique.

La grande nouveauté de cette action se trouve dans la liberté du juge dans sa sentence de condamnation. C'est une liberté qu'il n'avait pas dans les autres actions civiles du droit strict. Aussi, dit Caton, il a une espèce d'imperium, "imperium cum vindetur habet". On a objecté qu'il ne pouvait pas s'agir du juge, car le juge, dit-on, n'a pas l'imperium. Cette objection est sans portée. Car ni le juge ni le censeur n'ont l'imperium. Si l'on veut entendre le mot dans son sens technique de pouvoir de commander, qui appartient au magistrat supérieur, tel que les consuls et le préteur, on fait dire à Caton un non sens.

Mais c'est dans une signification beaucoup plus générale et moins technique que Caton entend ainsi le mot d'imperium. Imperium veut dire pouvoir absolu, pouvoir arbitraire, qu'aucune loi ne limite, d'apprécier la cause qui lui est soumise, c'est-à-dire d'apprécier la faute alléguée par le mari, et en conséquence de cette faute le montant de sa condamnation. La jurisprudence suivie par le juge nous est donnée. C'est une jurisprudence que nous connaissons bien, car elle a débuté avec le tribunal gentilice. Elle s'est poursuivie et augmentée devant le tribunal

Caractères
du "judicium
de moribus."

Les pouvoirs
du juge dans
le "judicium
de moribus".

domestique.

Les 2 catégories de fautes de la femme entraînant le divorce.

On distingue deux catégories de fautes de la femme, ayant amené le divorce: une première catégorie générale et indéterminée, si la femme pèche en quelque sorte, dit Denys d'Halicarnasse, 2.25. "Si quid perverse tetur factum est a muliere", dit Caton, si quelque chose de répréhensible et de honteux est commis par la femme. Comme dans l'action estimatoire du juge, qui est une action *in bonum et aequum concepta*, le juge apprécie ici souverainement le degré de la faute. La deuxième catégorie de fautes est au contraire limitativement déterminée, "Si vinum bibit, si cum alieno probri quid fecit", si elle boit du vin, si elle commet un opprobre avec un autre homme, c'est-à-dire l'adultère, suivant les explications que vient de donner Aulu-Gelle. Nous connaissons ces défenses, ce sont celles qu'indique Denys d'Halicarnasse, 2.25. Ce sont les anciennes prohibitions du droit religieux gentilice, desquelles a seulement disparu l'avortement. La filiation est d'autant mieux établie qu'à l'époque de Caton la défense de boire du vin n'est plus qu'une singularité, une survivance qui ne subsiste qu'à cause même de son étrangeté. C'est cette étrangeté qui l'a rendue plus frappante et plus difficile à oublier. Mais bien vite elle va tomber en désuétude. Or, tandis que la première catégorie est indéterminée, susceptible par conséquent d'être étendue et restreinte au gré de l'appréciation du juge ou d'un père de famille et de l'opinion publique, la deuxième catégorie, au contraire, est rigide.

Ces deux catégories correspondent à deux périodes différentes. Les usages de la tribu composés de tabous rigoureux et limitativement exprimés par la coutume, et les usages familiaux où l'arbitraire, l'équité du père de famille a libre carrière. C'est ce deuxième caractère, le plus nouveau, qui l'emporte et qui va donner à l'action civile sa forme définitive.

Le taux de l'amende imposée à la femme.

A ces deux catégories correspondent deux sanctions différentes: dans la catégorie la moins grave, la femme est frappée d'une amende, "mulctatur", dit le texte. C'est un terme technique, s'il en fut dans le droit romain. Aulu-Gelle n'ajoute pas que l'amende porte sur la dot, car il ne continua pas la citation du livre de Caton "de dote", mais le fait que cette citation est tirée de ce livre montre qu'il s'agit de la dot, et d'ailleurs le *judicium de moribus*, qui est ici décrit, porte sur la dot. "Mulctare" est le terme technique d'une amende, c'est-à-dire d'une peine pécuniaire privant le condamné d'une partie de sa fortune. Ce terme s'oppose à la confiscation, par laquelle

le toute la fortune est enlevée, et il semble bien que d'après les anciennes coutumes romaines la "mulcta", l'amende, doit être au maximum de la moitié de la fortune du coupable. Cela résulte de la vieille loi osque de Bantia, que nous trouvons dans les textes du droit romain de Girard, p. 26, 5ème édition.

Cette loi, qui constitue le statut municipal de la ville de Bantia, en Lucanie, organise la juridiction des magistrats et les amendes qui peuvent être prononcées par eux. A propos de ces amendes, cette phrase régulièrement répétée indique la jurisprudence suivie, "Si quis contra hoc fecerit, eum, si quis volet magistratus, mulctare liceto; dumtaxat minoris partis pecuniae liceto", si quelqu'un contre-vient à cette disposition, si le magistrat veut le frapper d'une amende, il le pourra; il le pourra jusqu'à la moitié de sa fortune. Cette mulcta s'oppose à la condamnation, qui frappe les femmes ayant donné une cause de divorce de la deuxième catégorie. Condamner a aussi le sens primitif de condamner à donner. C'est donc une peine pécuniaire. Il s'oppose à mulcta qui comporte une gradation. C'est une peine plus grave qui consiste à donner toute la dot.

L'origine du pouvoir du juge en matière de restitution de dot.

Quelques auteurs se sont demandé si cette amende, prononcée par le juge, est tirée directement de la pratique du censeur, et s'il s'agit d'une mulcta du censeur. Le censeur, en effet, dans l'exercice de ses fonctions a une juridiction, qu'il sanctionne comme tout magistrat romain par son droit de prononcer une amende. A côté de son pouvoir de dresser les listes des citoyens, qui est le principal de son activité et le plus important, le censeur a en effet des attributions financières. Le censeur affirme les domaines de l'Etat. C'est lui qui met en adjudication les travaux publics. A l'occasion des contrats qui sont ainsi faits, il juge, suivant la règle habituelle des magistrats romains, les difficultés qui naissent entre les particuliers et l'Etat. Il est le juge des contestations que soulèvent ces actes de ministère, et à ce propos il prononce des amendes, des "mulctae". Mais ici il semble qu'il ne s'agit pas de mulctae censoriennes sur la dot, parce que d'abord ces amendes sont prononcées contre les femmes. Or, les femmes sont soustraites à l'autorité du censeur. En outre, aucun exemple dans les cas de censure contre les citoyens à propos de leurs mores ne nous est apporté que le censeur ait exercé une autre action que son action normale de censeur, c'est-à-dire que, à ce propos, il notait d'infamie, suivant la règle générale de son activité, ceux qui ne respectaient pas les usages familiaux, tels qu'il les comprenait.

Le juge s'inspire des principes appliqués par le Censeur.

Survivance de la pratique familiale et censorienne dans la "retentio propter mores".

Différence dans l'appréciation des fautes contre les mores et des autres fautes.

Cette surveillance indirecte, les principes appliqués par le censeur, le juge civil les prend pour modèle et pour guide, quand les circonstances l'amènent à intervenir directement. La filiation est prouvée pour nous par les noms qu'il emprunte au censeur et à sa jurisprudence. Il nous est dit: le juge est à la place du censeur, "pro censure". Son judicium est un judicium de moribus. L'acte qu'il apprécie et qu'il condamne est un "probrum".

La même pratique familiale et censorienne, nous la retrouvons enfin dans l'action rei uxoriae, dans le dernier état de notre question. Elle y est transformée, elle est incorporée dans un ensemble infinité plus complexe, mais elle est encore très reconnaissable. Nous retrouvons la même opposition caractéristique entre les deux catégories de fautes, et par les noms que porte cette pratique, elle constate sa filiation, son origine censorienne. Elle est devenue, en effet, dans l'action rei uxoriae, la retentio propter mores. Ulprien, Regulæ, 6.9. "Retentiones ex dote sunt, aut propter liberos, aut propter mores, aut propter res donatas, aut propter res amotas, aut propter impensas", les retentions se font sur la dot, ou à cause des enfants, ou à cause des moeurs, ou à cause des choses données, ou à cause des choses enlevées, ou à cause des dépenses. Le droit pour le mari, à qui la restitution de la dot est réclamée, lui est donné par ce système des retentiones de retenir une partie de celle-ci dans l'action rei uxoriae. Quand le divorce est légitimé par une faute de la femme, c'est la retentio propter mores qui va jouer. L'appréciation que le juge fait de cette faute est donc par conséquent qualifiée une appréciation sur les moeurs. A ce point de vue, la distinction bien connue de nous subsiste toujours. Ulprien, Regulæ, 6.12. "Morum nomine graviorum quidem sexta retinetur, leviorum autem octava, mores graviores sunt adulteria tantum, leviores omnes reliqui", au nom des moeurs les plus graves, le 1/6 est retenu, au nom des moeurs les plus légères, le 1/8. Les moeurs les plus graves sont l'adultére seulement, les moeurs moins graves sont tout le reste. Nous voyons ce qu'est devenue la première catégorie, dont nous avons retrouvé l'origine dans le droit gentilice. La disparition des deux premières prohibitions est un fait accompli. Elles ne trouvent plus place à cause de leur archaïsme dans le droit classique. Le breuvage magique, par lequel on se fait avorter et le vin ont disparu. Cette catégorie est toujours considérée comme une catégorie, bien qu'elle soit réduite à une seule espèce: "adulteria tantum".

L'autre catégorie, au contraire, reste tou-

jours indéterminée et arbitraire, "omnes reliqui", toutes les autres fautes, que l'on peut reprocher à la femme et qui restent soumises à l'appréciation du mari et du juge. C'est cette manière de présenter les fautes reprochées à la femme en deux catégories générales, dont il ne reste plus de la première qu'un cas, qui est pour nous le témoin le plus sûr et le garant de toute l'évolution juridique que nous avons examinée et de son aboutissement dans ce texte d'Ulprien.

Enfin, l'appréciation de ces fautes est suivant le terme technique de l'acte du censeur une *coercitio morum*. Les autres retentions sont devenues des relations pécuniaires entre les époux, des relations d'obligation par conséquent du droit civil et transmissibles aux héritiers. Au contraire, la *retentio propter mores*, qui est d'ailleurs sûrement la plus ancienne, a gardé son caractère originaire d'être un jugement plus moral que pécuniaire. Etant un jugement essentiellement moral, il reste par conséquent strictement personnel entre les époux, et n'est pas transmissible aux héritiers. Digeste 24.3.15.I. "Hereditati mariti licet in solutum condemnetur compensaciones quae ad pecuniariam causam respiciunt, proderunt, ut hoc minus sit obligatus, velut ob res donatas et amotatas et impensas, morum vero coercitionem non habet", à l'héritier du mari bien qu'il soit condamné pour le tout, les compensations qui ont une origine pécuniaire lui profitent, de sorte qu'il est à cause d'elles moins obligé, comme par exemple à cause des choses données, et des choses enlevées et des dépenses, mais il n'a pas la correction des moeurs. Il faut noter que là où le texte comporte *compensatio*, nous devons lire dans le texte primitif *retentio*. Le mot de *compensatio* est une interpolation de Justinien, parce que Justinien a supprimé les retentions dans l'action *rei uxoriae*, qui sont une institution vieillie, faisant double emploi avec l'institution plus générale de la compensation. Il a donc transformé, suivant les règles générales des actions de bonne foi, les retentions en compensations.

Quant au texte lui-même, il n'est pas difficile à interpréter. Le jurisconsulte se demande si l'héritier, quoiqu'il soit condamné pour le tout, peut opposer à la femme des compensations. Le jurisconsulte distingue, et il dit que les compensations invoquées pour une cause pécuniaire, telle que les objets enlevés par la femme ou donnés à elle par le mari, étant des compensations à base pécuniaire, sont opposables par les héritiers à la femme réclamant sa dot. Mais, au contraire, s'il s'agit de compensations qui

La *retentio*
jugement plus
moral que
pécuniaire.

ont une cause purement morale, telles que la retentio propter mores, cette retentio est exclusivement réservée au mari. Si donc le mari à qui on réclame la dot est mort et que la dot est réclamée par la femme aux héritiers, ces héritiers n'auront pas le droit, comme le mari l'aurait eu, d'opposer à la femme la retentio propter mores et de conserver la partie de la dot résultant de cette retentio, parce que, dit le jurisconsulte, les héritiers n'ont pas, comme le mari, la coercitio morum, le droit de demander qu'on juge la femme sur ses moeurs.

Les sanctions, nous le voyons dans ce texte d'Ulprien, sont graduées, suivant les mores. Dans le dernier état du droit, cette retentio a un taux fixe, les mores graviores exposent la femme à la retentio du 1/6 de la dot, les mores levières l'exposent à une retentio du 1/8. Cette sanction est bien diminuée, puisque, primitivement, d'après l'appréciation du juge, elle pouvait comporter pour les unes au moins la moitié de la dot, et pour les autres toute la dot. Ce taux fixe, les auteurs pensent qu'il a été établi par une loi, et peut-être par les lois d'Auguste sur le mariage. C'est qu'en effet à l'époque d'Auguste, cette retentio n'est plus la seule punition ou même la principale, qui porte sur la femme au cas de divorce justifié. Il y a une autre répression de l'adultére. Il s'est établi une répression publique, qui est devenue beaucoup plus grave, après laquelle la retentio propter mores perd de son importance.

Dans l'action rei uxoriae, cette retentio propter mores fait partie d'un ensemble de retentions qui désormais compliquent et aggravent la liquidation à l'égard des époux. En réalité, dans ce dernier état du droit les retentions propter mores ne sont plus conservées qu'à titre de survivances, parce qu'elles ont toujours existé, et elles ne sont plus que les témoins dans l'action rei uxoriae de la longue histoire que je viens de vous retracer.

Chapitre VI

LES DÉBUTS DE LA RESTITUTION LEGALE DE LA DOT.

Dans les chapitres précédents, nous avons essayé de montrer les traces conservées dans l'histoire de la coutume gentilice et de la coutume familiale. Nous avons montré qu'il était d'usage pour le mari de ne pas répudier sa femme, de ne pas la renvoyer sans

compensation péouniaire. Le mari ne devait donc pas répudier sa femme sans lui remettre une certaine partie de sa fortune ou de sa dot, sauf si elle avait transgressé les tabous imposés par la coutume. Dans ce chapitre, nous inaugurons une partie nouvelle de nos développements. Nous allons voir comment ces coutumes entrent dans le droit et deviennent des règles du droit civil, qui s'imposent aux deux époux, qui s'imposent au mari et à la femme, car ces règles sont sanctionnées par des actions, c'est-à-dire par des moyens de recours organisés par l'autorité civile, par le préteur. Ainsi ces usages quittent le domaine du fas, du droit religieux, le domaine des mores et du droit familial, pour devenir du droit civil. Mais ils continuent la coutume ancienne, attestée par la tradition. De cette évolution, nous trouvons la preuve dans les circonstances qui ont amené la consécration légale de la restitution de la dot. La tradition nous dit, en effet, que c'est à l'occasion du divorce que la restitution de la dot a été assurée par le droit, même plus précisément à l'occasion d'un divorce, le divorce de Spurius Carvilius Ruga. On sentit alors la nécessité de garantir la femme contre la perte de sa dot et de lui assurer la reprise de cette dot. C'est à ce moment que s'établit l'usage de stipuler cette restitution lorsqu'on constitue la dot. Ce sont les cautions rei uxoriae, qui sont des contrats verbaux, des stipulations.

La restitution de la dot imposée par contrat.

La restitution de la dot, imposée dès la constitution par un contrat, est une nouveauté. C'est une nouveauté qui s'est établie dans le droit par le libre accord des parties, par la convention. Mais cet accord non seulement était une chose nouvelle, mais c'était une chose contraire aux usages familiaux, car le contrat assure dorénavant la restitution intégrale de la dot, et par conséquent de par ces règles contractuelles les usages anciens ne peuvent plus être observés. Pour sauvegarder les coutumes familiales, pour leur permettre de subsister, quoique sur un autre plan, le préteur a donc été obligé de créer l'action civile qui va de nouveau sanctionner dans le droit civil ces usages familiaux et les remettre en vigueur malgré la stipulation. Ce sera le judicium de moribus.

Nous étudierons cette évolution dans trois paragraphes:

- 1°) Le divorce de Carvilius Ruga.
- 2°) Les cautions rei uxoriae,
- 3°) Le judicium de moribus.

§ I - Le divorce de Spurius Carvilius Ruga.

L'indissolubilité primitive du lien matrimonial, l'absence ou plutôt la rareté des divorces dans les premiers siècles de Rome est une des données les plus générales et les plus certaines de la tradition. Si cette donnée peut être interprétée, elle doit être acceptée par nous. Le changement des moeurs sur ce point, le début d'une ère nouvelle, est rapporté par cette même tradition générale, au début du VI^e siècle de R.F. et au divorce resté célèbre de Carvilius Ruga.

Cette histoire nous est apportée par de nombreux auteurs et de façon assez concordante: par Denys d'Halicarnasse, Antiquités Romaines, 2.25. à la suite du texte que nous avons étudié, comme conclusion de la description des mariages et des lois de Romulus sur le mariage; il nous est rapporté encore par Plutarque à trois endroits de ses œuvres, dans la vie de Thésée et de Romulus, chapitre VI, dans la vie de Lycurgue et de Numa, chapitre V, et dans ses Questions romaines, chapitre XIV; elle nous est encore indiquée par Valère-Maxime, 2.14. Aulu-Gelle, Nuits Attiques, 4.3.17.21.44; et enfin par Tertullien, Adversus Judeos chapitre 9, de monogamia, ch. 1. Chez ces historiens cette histoire de Carvilius Ruga fait partie du même fonds, des mêmes sources que les textes que nous avons étudiés jusqu'ici.

Denys d'Halicarnasse, 2.25. On est d'accord sur ce que pendant 520 ans aucun mariage ne fut dissous à Rome. Mais à la 137ème olympiade, sous le consulat de Marcus Pomponius et de Caius Papirius, on rapporte que Spurius Carvilius, citoyen distingué, fut le premier à répudier sa femme, parce qu'il avait été obligé de jurer auprès des censeurs qu'il avait pris femme pour avoir des enfants et que sa femme était stérile. Bien qu'il eût fait cela par nécessité, il fut pris en aversion par le peuple pour le reste de sa vie.

Plutarque, Thésée et Romulus, chapitre VI. De la pudeur, de l'amour et de la constance que Romulus mit dans le mariage, le temps est un sûr garant, car pendant 230 ans, on ne vit pas un seul mari qui osât quitter sa femme, ni une femme son mari, et comme chez les Grecs les gens versés dans l'Antiquité peuvent nommer le premier qui tua son père ou sa mère, de même tous les Romains savent que Carvilius Ruga fut le premier à répudier sa femme pour cause de stérilité.

Plutarque, Lycurgue et Numa, 3. Les Romains

Les témoignages historiques sur le divorce de Carvilius Ruga et les mesures prises pour assurer la restitution de la dot à partir de cette époque.

nous ont appris que le premier d'entre eux qui réputa sa femme, 230 ans après la fondation de Rome, s'appelait Carvilius Ruga.

Plutarque, Questions romaines, 14. L'histoire rapporte que le premier qui répudia sa femme fut Spurius Carvilius à cause de sa stérilité.

Valère-Maxime 2.14. "Repudium inter virum et uxorem a condita urbe usque quinquagesimum annum nullum intercessit. Primus autem Spurius Carvilius uxorem sterilitatis causa dimisit. Qui, quamquam tolerabili ratione motus videbatur, reprehensione tamen non caruit quia ne cupiditatem quidam liberorum, coniugali fidei graeponi debuisse arbitrabantur". Il n'y eut aucune répudiation entre mari et femme depuis la fondation de Rome jusqu'à la cinquantième année. Spurius Carvilius Ruga fut le premier à renvoyer son épouse pour cause de stérilité, et bien qu'il apparut poussé par une raison valable, il ne fut pas exempt de blâme. Car on pensait qu'il n'aurait pas dû faire passer son désir d'avoir des enfants avant la fidélité conjugale.

Aulu-Gelle 4.3. "Memoriae traditum est quingentis fere annis post Roman conditam nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Roma aut in Latio fuisse. Queniam profecto nihil desiderabantur nullis etiam tum matrimoniis divertentibus Servius quoque Sulpicius in libro quem composuit de dotibus tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse vias scripsit cum Spurius Carvilius cui Ruga cognomen fuit, vir nobilis, divertium cum uxore fecit, quia liberi ex ea corporis vitio non gignerentur, anno urbis conditae quingentesimo vicesimo tertio, Marco Attilio, Publico Valerio, consulibus. Atque is Carvilius traditur uxorem quam dimisit egregie dilexisse, carissimamque morum ejus gratia habuisse, sed jurisjurandi religionem animo atque animo praevertisse, quod jura a censoribus coactus erat se liberum quaerendorum grati habiturum". On rapporte que environ 500 ans après la fondation de Rome, il n'y avait ni action, ni caution rei uxoriae, à Rome et dans le Latium, parce qu'il n'en était aucunement besoin, aucun mariage n'ayant été encore jusque-là dissous. Servius Sulpicius dans le livre qu'il composa sur les dots écrit que les cautions rei uxoriae furent jugées nécessaires pour la première fois, lorsque Spurius Carvilius, dont le cognomen était Ruga, homme noble, fit le divorce avec son épouse, parce qu'un vice de conformation l'empêchait d'avoir des enfants. Ce fait se passait en l'an 523, sous le consulat de Marcus Attilius et de Publius Valérius. On dit que Carvilius avait une af-

fection particulière pour sa femme, qu'il répudia. Il la chérissait pour la pureté de ses moeurs, mais il sacrifia ses sentiments et son amour à la religion du serment, parce qu'il avait été forcé par les censeurs de jurer qu'il s'était marié pour avoir des enfants.

Aulu-Gelle, 17.21.44. "Anno deinde post Romam conditam quigentesimo unde vicesimo Spurius Carvilius Ruga primus Romae de amicorum sentencia divortium cum uxore fecit quod sterila esset, jurassetque apud censure uxorem se liberorum quaerendorum causa habere", en l'an 519 de R.F. Spurius Carvilius Ruga, le premier à Rome, divorça d'avec son épouse sur l'avis de ses amis, parce qu'elle était stérile, et parce qu'il avait juré auprès des censeurs qu'il avait pris une épouse pour avoir des enfants.

La date du divorce de Carvilius Ruga. La première question qui se pose pour l'ensemble de ces textes est de savoir quelle est la date à laquelle la tradition place le divorce de Carvilius Ruga. Plutarque à deux reprises dans Thésée et Romulus, VI, dans Lycurgue et Numa, VIII, parle de l'année 230 de R.F. C'est une erreur certaine, qui remonte peut-être à sa source, à moins, ce qui est possible, qu'elle ne soit le fait d'un copiste ayant corrigé un de ces textes par l'autre. Car tous les autres auteurs se rencontrent pour placer le fait au début du VI^e siècle. Sur l'année même du divorce se produisent quelques divergences. Denys d'Halicarnasse le place à la 137ème olympiade, sous le consulat de Marcus Pomponius et de Caius Papirius, la 137ème olympiade étant l'année 523, et le consulat de Pomponius et de Papirius étant bien de la même année 523. Aulu-Gelle dans le premier texte cité dit que le divorce de Carvilius Ruga eut lieu en l'an 523, mais il le place sous le consulat de Marcus Attilius et de Publius Valérius, ce qui, d'après les fastes consulaires le repousse en 527. Dans le deuxième texte il parle de l'année 519. Valère-Maxime place le fait en l'an 500.

Le divorce de Carvilius Ruga n'est pas le premier cas de divorce. En laissant de côté l'erreur certaine de Plutarque et la date peu précise de 500, il reste les années 519, 523 ou 527. Les deux plus probables de ces dates me paraissent être 523 ou 527, selon que l'on suit l'autorité de Denys d'Halicarnasse et la précision de l'olympiade et des consuls, ou que l'on suit l'autorité d'Aulu-Gelle rapportant Servius Sulpicius. C'est en tout cas au début du VI^e siècle que se situe cette histoire. Les historiens semblent nous dire que le divorce de Carvilius Ruga fut le premier de tous les divorces qui eut lieu à Rome. Il semble bien que c'est ainsi que Denys d'Halicarnasse comprenne toute l'histoire, puisqu'il affirme à plusieurs reprises qu'il n'y avait eu aucun divorce avant celui-ci. Enten-

Le divorce de Carvilius Ruga n'est pas le premier cas de divorce.

due de cette manière absolue, cette tradition ne peut pas être admise. Elle est contredite par d'autres plus certaines, parce qu'elles s'appuient, celles-là, sur des faits. Sans parler de Plutarque, Romulus, 22, d'après lequel nous savons que la répudiation se produisait dès l'antiquité la plus haute, au moins dans trois cas, nous connaissons par la loi des XII Tables la formule des divorces, que nous avons étudiée. Cette formule, nous le savons, est la sentence rendue par le tribunal de famille, par le mari, et qui règle la liquidation des biens.

L'existence du mariage sine manu depuis l'époque des XII Tables suppose aussi la possibilité du divorce. Enfin Valère Maxime, 2.9.2. dans un texte que nous avons étudié nous parle du divorce de Lucius Annius, chassé du sénat par les censeurs, Valerius Maximus et Junius Brutus pour avoir répudié sa femme, sans avoir consulté le conseil d'amis. Les censeurs qui sont ici nommés permettent de placer ce fait en l'année 448, sous le consulat de Quintus Marcus Tremlus et de Publius Cornelius Arvina. Ce fait est postérieur d'environ 100 ans au divorce de Carvilius Ruga. Mais dans les témoignages des auteurs eux-mêmes, nous trouvons de quoi rectifier l'erreur qu'ils ont commise, sauf ceux qui résument à l'excès. Ils disent tous en réalité que Carvilius Ruga fut le premier qui répudia sa femme à cause de sa stérilité, par conséquent, sans avoir à lui reprocher aucune faute contre les moeurs. Au contraire, nous dit Aulu-Gelle, et surtout son auteur Servius Sulpicius, il l'aimait à cause de la pureté de ses moeurs. Si ce divorce est donc resté dans la mémoire des Romains, ce n'est pas parce qu'il fut le premier de tous les divorces, mais le premier de ceux qui ont été faits contrairement à la coutume, c'est-à-dire sans que le mari ait à reprocher à la femme une faute contre les mores.

La nouveauté de ce divorce consiste donc pour Carvilius Ruga à ne pas invoquer contre sa femme une infraction à la fidélité conjugale. Il respecte par ailleurs l'usage, car il avait réuni, dit Aulu-Gelle, le conseil des amis.

Les auteurs ne paraissent pas davantage avoir exactement compris la suite de l'histoire et sa portée. Ils disent que Spurius Carvilius Ruga invoque comme cause de divorce la stérilité de la femme. Mais il divorce parce qu'il avait été forcé de jurer par les censeurs qu'il s'était marié pour avoir des enfants, et il préfèra respecter son serment, plutôt que d'être fidèle à son amour. Le serment des hommes mariés devant le censeur, nous l'avons vu, c'est celui-ci: en

Comment s'explique l'importance attachée au divorce de Carvilius Ruga.

La portée et le sens du divorce de Carvilius Ruga.

ton âme et conscience, es-tu marié ? C'est la constatation de l'état, du statut de l'interrogé, mais non pas des motifs de ce mariage. Il semble donc que l'on peut rétablir ainsi le sens de l'histoire. Le motif invoqué, la stérilité, est donné unanimement par tous les auteurs. Ce motif fut sans doute accepté par le conseil des amis, mais ce divorce nouveau ayant attiré l'attention des censeurs, ils interrogèrent au moment de la confection des listes Carvilius Ruga, suivant l'usage que nous avons déterminé. Carvilius Ruga répondit (nous avons vu que toute réponse faite aux censeurs se fait par serment) en jurant qu'il s'était marié pour avoir des enfants, "liberorum quae-rendorum causa", et qu'il renvoyait sa femme parce qu'elle ne pouvait lui en donner.

Le censeur admît la légitimité de cette réponse, et par conséquent Carvilius Ruga ne fut pas noté d'infamie. Mais le censeur n'a peut-être pas vu, ou en tout cas s'il l'a vu, il l'a accepté, la nouveauté de ce cas qui lui est ainsi apporté. S'il en a vu la nouveauté, il est infiniment probable qu'il n'a pas apprécié toutes les conséquences que cette nouveauté pouvait apporter dans les usages. Au contraire, cette nouveauté et son caractère contraire aux anciennes moeurs ont été aperçu par l'opinion publique. Nos auteurs nous disent que l'opinion publique fut plus sévère que le censeur, et ne ratifia pas l'absolution qu'il donna. Valère Maxime nous dit: Carvilius ne fut pas exempt de blâme, car on pensait qu'il n'aurait pas dû faire passer son désir d'avoir des enfants avant la fidélité conjugale. Denys d'Halicarnasse, 2.25. nous dit: bien qu'il ait fait cela par nécessité, il fut pris en aversion par le peuple pour le reste de sa vie. Ce n'est pas la première fois que l'opinion publique est plus clairvoyante et juge sévèrement les faits nouveaux contraires aux mores majorum.

Par conséquent, bien qu'un censeur moderniste eût approuvé en somme la nouveauté, elle choqua et ce scandale conserva le souvenir du fait, parce que ce fait était contraire aux usages. Le témoignage le plus précieux est celui de Servius Sulpicius rapporté par Aulu-Gelle, parce qu'il s'agit d'un témoignage de jurisconsulte et non pas seulement d'un témoignage d'historien. Servius Sulpicius fut consul en 703 et mourut en 712. C'est un contemporain et un ami de Cicéron, avec Quintus Mucius Scaevola, c'est l'un des plus grands parmi les vétérans, parmi les jurisconsultes de la République. Il écrivit un traité "de Dotibus", cité par Aulu-Gelle, et cité aussi au Digeste, 12.4.8. Ce traité est en un livre. Ce traité fut fait

à une époque où l'action rei uxoriae existait sûrement et par conséquent Sulpicius la connaît. Son témoignage nous est précieux, parce qu'il nous donne la signification juridique de cette histoire, la raison pour laquelle son souvenir a été conservé. Il est un peu ingénue, dit Bonfante, dans son Corso di Diritto Romano, I. p. 252, de vouloir connaître le premier divorce. Mais le divorce de Carvilius Ruga resta dans la mémoire des Romains, parce qu'il fit scandale comme étant le premier qui fut fait pour une cause autre qu'une faute de la femme, et parce qu'il fut approuvé comme tel par le censeur.

Mais ce souvenir resta surtout parce que les jurisconsultes rattachent à ce divorce l'institution juridique qui fut la réaction de l'opinion publique contre les nouvelles moeurs, contre la fréquence des divorces injustifiés. Avant ce divorce, nous dit Aulu-Gelle, d'après Servius Sulpicius, et son traité sur les dots, il n'y avait ni action ni caution rei uxoriae, mais à partir du divorce de Carvilius Ruga les cautiones rei uxoriae parurent nécessaires. On peut donc conclure de la façon dont Aulu-Gelle cite Servius que celui-ci parlait à propos du divorce de Carvilius Ruga des cautions rei uxoriae et non pas de l'action. Par conséquent le premier en date des remèdes juridiques qui furent en usage fut la caution, et non pas l'action. L'action ne fut créée que par la suite. La réaction de l'opinion publique fut donc d'abord une précaution contractuelle, prise par les parties, et non pas un remède légal.

La caution est une stipulation, un contrat verbal, garanti par d'autres personnes, qui, à côté de l'obligé principal viennent promettre qu'il remplira son obligation. Ces personnes sont des cautiones. Nous étudierons les cautiones rei uxoriae dans le chapitre suivant où nous déterminerons quelle est la convention faite verbis de restituer la dot, convention faite par les parties au moment où la dot est constituée. C'est le père, ou un tiers, ou la femme elle-même dans le mariage sine manu qui peuvent faire cette convention.

§ 2 - Cautiones rei uxoriae.

Par l'histoire de Carvilius Ruga et le témoignage de Servius Sulpicius, nous avons la preuve que la stipulation de restituer a précédé l'action. Les cautiones rei uxoriae sont les premières garanties légales de restitution de la dot. L'action rei uxoriae a été créée postérieurement. C'est donc par suite

d'une convention des parties, par la volonté exprimée d'avance par les parties que la restitution de la dot est entrée dans le droit civil.

Qui peut stipuler cette restitution ? Ce peut être, sans doute, celui qui constitue la dot, le père de famille ou un tiers. Il peut faire cette stipulation aussi bien dans le mariage cum manu que dans le mariage sine manu. Mais la convention de restituer à un tiers n'entre pas dans l'objet de notre étude. C'est la restitution de la dot à la femme que nous devons étudier. Pour la femme, on peut penser que seule la femme mariée sine manu peut valablement stipuler la restitution de la dot. Elle le fera, ou bien son père le fera pour elle. C'est l'avis général des auteurs. Voir notamment Solazzi, Restitution de la dot, p. 173. La femme mariée cum manu ne pourrait pas conserver pour elle le bénéfice de la stipulation. Ce bénéfice tomberait dans le patrimoine du mari avec le reste des biens de la femme, et par conséquent cette obligation serait éteinte par confusion. C'est donc avec l'extension du mariage sine manu que se répand l'usage de la stipulation.

La question la plus importante qui se pose au sujet de la stipulation est celle de son contenu. C'est une question qui a été compliquée et obscurcie par le témoignage d'un auteur non juriste et de basse époque, par Boèce, dans un commentaire de Cicéron, Topiques, 17.66. Avec ce texte nous voyons apparaître l'aequius melius, la formule caractéristique de l'action rei uxoriae.

"Est autem judicium rei uxoriae quotiens post divortium de dote contentio est. Dos enim, licet matrimonio constante in bonis viri sit, est tamen in uxoris jure, et post divortium velut res uxoria peti potest. Quae quidem dos interdum his conditionibus dari solebat, ut si inter virum uxoremque divortium contingisset quod aequius melius esset apud virum maneret, reliquum dotis restitueretur uxori, id est quod ex dote judicatum fuisse melius aequius esse apud virum maneret, id vir sibi retineret, quod vero non esset aequius melius apud virum manere, id uxori post divortium reciperet, in quo judicio non tantum boni natura spectari solet, verum etiam comparatio bonorum fit, ut non tam quod bonum sed quod melius aequiusque est, id sequendum sit. Quae omnia ex precedentibus causis investigari solent, nam si viri culpa divortium factum est, aequius et melius nihil apud virum manere; si mulieribus, aequius et melius est sextans retineri". Le jugement sur le bien de la femme a lieu toutes les fois qu'après le divorce il y a une discussion sur la dot. La dot, en effet, quoiqu'elle soit

Personnes qui peuvent stipuler la restitution de la dot.

Contenu de la stipulation de restitution de dot.

Interprétation du commentaire de Boèce sur les Topiques, 17, 66.

pendant le mariage dans les biens de l'époux, est pourtant dans le droit de l'épouse, et après le divorce elle peut être réclamée comme un bien de la femme. La coutume était quelquefois de donner cette dot sous les conditions suivantes; que dans le cas où le divorce aurait lieu entre le mari et la femme, ce qu'il y a de plus équitable et de mieux reste au mari, que le surplus de la dot soit restituée à l'épouse, c'est-à-dire que ce qui de la dot serait jugé le plus équitable et le meilleur soit laissé au mari, que celui-ci le retienne, mais que ce qui ne serait pas le plus équitable et le meilleur de le laisser au mari, que la femme après le divorce le reprenne. Dans ce judicium on a coutume, non seulement de tenir compte de ce qui est naturellement bien, mais même l'appréciation du bien est faite de telle sorte que l'on doit suivre, non seulement ce qui est bien, mais ce qu'il y a de plus équitable et de meilleur. Tout cela, d'après les raisons précédentes, doit être examiné, car si le divorce a lieu par la faute du mari, il est le plus équitable et le meilleur que rien ne lui reste, s'il a lieu par la faute de la femme, le meilleur est que 1/6 soit retenu.

Valeur du témoignage de Boèce.

Boèce est un écrivain chrétien d'une époque assez tardive: 470 à 524 après J.C., très loin par conséquent de la période dans laquelle nous sommes. Ce n'est pas un jurisconsulte. Entre autres travaux variés sur la théologie, il écrivit un commentaire en 6 livres des Topiques de Cicéron. Il veut expliquer le passage que nous retrouverons où Cicéron cite les paroles caractéristiques de l'action uxoriae: "in arbitrio rei uxoriae in quo est quid aequius melius". La fin du passage est une amplification de ces paroles, qui ont l'intérêt de nous faire remarquer la liaison établie par les auteurs entre l'aequius melius l'arbitrage en équité, et la retentio propter mores. C'est en effet la signification historique de cette formule, c'est son explication originale. Vous remarquerez combien elle perd de sa valeur, de son sens, avec l'évolution postérieure de l'action rei uxoriae, quand le taux de la retentio est fixé à 1/6, par conséquent quand il y a un taux fixe, depuis Auguste. Pour appliquer ce barème, il n'est plus nécessaire d'invoquer l'aequius melius. Il prend alors une autre signification plus complexe, il tend à se rapprocher de la signification des paroles ex fide bona, dans la formule des actions de bonne foi. L'action rei uxoriae devient l'une des actions de bonne foi.

Dans la première partie de ce texte, il semblerait, d'après les paroles de Boèce, que l'aequius me-

L'action rei uxoriae dérive-t-elle de la stipulation dictale primitive ?

lius résulterait d'une convention. Quelquefois, dit Boèce, la dot a l'habitude d'être donnée sous cette condition, c'est-à-dire avec les clauses suivantes. Les auteurs modernes ont rapproché de ce passage de Boèce celui d'Aulu-Gelle. Ils veulent y voir le contenu des cautiones rei uxoriae. Cette première stipulation pour eux aurait donc eu pour objet, non pas la restitution pure et simple de la dot, mais id quod aequius melius esse. C'est la thèse soutenue par Bechmann, *Dotalrecht*, I, p. 73. Il s'agirait pour lui d'une véritable stipulation, mais cette stipulation n'aurait qu'une importance de forme. Ce serait un moyen employé par la jurisprudence pour assurer la restitution de la dot, moyen analogue aux cautions judiciaires, au cours d'un procès, qui sont imposées par le juge aux parties, pour sauvegarder certains droits. De cette habitude de la jurisprudence serait venue assez naturellement l'action rei uxoriae. Cette stipulation aurait été considérée comme sous-entendue, et remplacée purement et simplement par l'action rei uxoriae.

Cette hypothèse se heurte à de nombreuses invraisemblances. La forme même de cette stipulation est impossible. Elle est faite par la femme avec le mari pour assurer à la femme une prestation. Il est donc impossible que l'interrogation faite par la femme à son mari comporte une promesse de celui-ci de conserver ce qui serait le plus équitable et le meilleur qu'il conserve. C'est une promesse que l'on pourrait à la rigueur exiger de la femme, mais c'est une promesse qu'il est impossible de penser qu'elle ait été exigée du mari. Il est aussi peu vraisemblable qu'une stipulation puisse avoir un pareil contenu au début du VI^e siècle. Nous sommes encore à une époque primitive du droit. Le droit de bonne foi n'existe même pas encore. On peut dire qu'il n'en est pas encore à ses débuts, puisque l'action rei uxoriae, qui n'est pas encore créée, est une des toutes premières, qui précèdent les véritables actions de bonne foi. Il est douteux même qu'il ait existé dès cette époque une stipulation d'incertum, qu'il ait existé autre chose que la stipulation certae pecuniae, ou certae rei. Mais même si un incertum pouvait être déjà stipulé, il ne pourrait s'agir d'un incertum d'une nature aussi complexe que celui qui est indiqué ici. Même lorsqu'une promesse incertaine est stipulée, nous restons dans le domaine du droit strict. Si le juge voit ses pouvoirs s'augmenter, par suite de la nécessité où il est de chiffrer, d'évaluer en argent l'incertum pour la condamnation, il reste tenu par les règles

du droit strict, et cet incertum, il doit pouvoir l'évaluer, suivant ces règles, il doit pouvoir apprécier suivant le jus strictum le quid debitum.

Or, la stipulation ici équivaudrait à lui donner le droit de juger en équité, de déterminer en équité le quid aequius melius erit. Ce pouvoir, une réforme judiciaire, l'autorité qui préside à la justice, le préteur peut le donner au juge. Mais on ne voit pas comment il pourrait le tenir d'une stipulation, d'un contrat de droit strict, et comment le droit strict aurait pu produire un développement du droit de bonne foi, qui aurait été jusqu'à l'extrême limite de ce développement. On ne voit pas d'ailleurs davantage comment au point de vue de la forme, dans l'hypothèse de Bechmann, du droit strict et de la stipulation, ait pu sortir un droit de bonne foi sous-entendu.

C'est donc avec juste raison que la plupart des auteurs repoussent cette hypothèse. Karlowa, Romische Rechts Geschichte, 2.213, essaie une autre conciliation, tout en maintenant la liaison entre les cautiones de Servius Sulpicius et l'énoncé de Boèce. Il pense que cautiones n'a pas le sens ordinaire de stipulation formelle, de contrat verbis, qu'il s'agirait purement et simplement ici d'une convention, d'un pacte adjoint au contrat de dot, non pas une convention de restitution de la dot, mais une espèce de compromis, un compromis, c'est-à-dire la convention de s'en remettre à un arbitre chargé de déterminer le quid aequius melius.

Cette explication est liée à l'idée de Karlowa qu'il s'agit ici du mariage sine manu. Dans le mariage sine manu, il ne peut y avoir de judicium domesticum, et par conséquent le pacte aurait eu pour but de faire appliquer par le juge la jurisprudence du tribunal domestique, la jurisprudence du mariage cum manu. Lorsque nous avons parlé du judicium domesticum, nous n'avons pas fait cette distinction, car les textes ne la font pas. Même si le mari n'a pas la manus, c'est lui ou son père qui pour son compte prononce le divorce. Car c'est lui qui a la dot, c'est lui qui peut statuer sur le sort de la dot. Qu'il ait ou non la manus, c'est lui qui fera donc tout ce qui est du ressort du judicium domesticum. Il n'y a aucune raison de ne pas considérer que la répudiation est prononcée par lui comme un acte de judicium. La seule différence ici est que le même divorce peut être prononcé par le père de la femme, qui peut enlever au mari sa fille, s'il ne peut pas lui reprendre sa dot.

D'autre part, l'hypothèse de Karlowa suppose un développement de la théorie des pactes dotaux, qui est impossible pour le VI^e siècle. La théorie qui rend va-

Opinion de Karlowa.

Réfutation de la théorie de Karlowa.

lable comme convention sans forme les pactes adjoints à un instrumentum dotale, à un contrat de dot, est l'œuvre du droit classique, et sa validité comme contrat indépendant, comme convention de compromis, le receptum arbitrii, est subordonnée au consentement de l'arbitre; il n'est valable que comme contrat innomé.

Ici encore nous nous trouvons en face d'un développement beaucoup plus tardif, qu'il est impossible d'accepter pour le VI^e siècle. C'est pourquoi la plupart des auteurs repoussent l'une et l'autre hypothèse. Par exemple, Czyhlarz, Dotalrecht, p. 40, Brini, Matrimonio e divorzio", 2.206. Exmein, Nouvelle Revue historique, 1893, p. 147. Solazzi, Restitution de la dot, p. 177, et parmi les tous derniers auteurs, Grossi, judicium rei uxoriae, Revue italienne pour les sciences juridiques, 1928, p. 53, note I. Pour les traités généraux, nous trouvons la même doctrine dans Girard, Manuel, p. 1.011, note 4; Bonfante, Corso di Diritto Romano, I. p. 225. Arangio Ruiz, p. 2. L'autorité de Boèce du V^e siècle après J.C. est de trop basse époque pour avoir quelque valeur pour le VI^e siècle de R.F. Il a mal compris son auteur, si cet auteur est Paul dans ses Institutes, comme le suppose Dirksen, et il donne comme étant quelquefois inclu dans une convention ce qui est la formule même de l'action rei uxoriae.

Cette stipulation spéciale existe bien dans le droit classique. La femme peut se faire promettre le contenu de l'action rei uxoriae, quod judicio rei uxoriae consecutura esset, ce qu'elle peut réclamer par l'action rei uxoriae. Czyhlarz, Dotalrecht, p. 367, le montre en s'appuyant sur un texte du Digeste, 36.5.4I. § I et Digeste, 33.I.4. Principium. Un jurisconsulte de l'époque de Justinien donne dans un recueil de formules, la formule de cette stipulation, modelée sur l'action rei uxoriae, exercée par le père de la femme. Code 5.I3.I. "Promittisne si solutum fuerit matrimonium, dotem mihi reddere, ac si eam dedisses patri rei uxoriae actionem instituenti", me promets-tu, si le mariage est dissous, de me rendre la dot, comme tu l'aurais rendue au père exerçant l'action rei uxoriae? Mais il est bien évident que cette stipulation n'a pu se développer qu'après l'action rei uxoriae et sur son modèle. Le but de cette stipulation est de rendre l'action rei uxoriae transmissible aux héritiers de la femme. De par sa nature même, elle est intransmissible et personnelle à la femme. Au contraire, l'action ex stipulatu est transmissible à l'héritier. C'est une création postérieure de la pratique, mais peut-être la confusion de Boèce vient-elle de là.

La stipulation de restitution de dot ne s'est développée qu'après l'action rei uxoriae et en se modelant sur elle.

La caution rei
uxoriae dont
parle Aulu-
Gelle est une
stipulation
pure et simple.

Il nous reste donc à considérer la caution rei uxoriae, citée par Aulu-Gelle, comme une stipulation pure et simple. L'avantage de cette conception, c'est que, à l'époque classique, nous retrouvons purement et simplement cette stipulation à côté de l'action rei uxoriae. Dans le droit classique, la dot peut être restituée de deux manières: soit par l'action rei uxoriae en dehors de toute convention, soit par l'action ex stipulatu, si comme souvent c'est l'usage, la femme avait au moment de la constitution de la dot fait une stipulation de restitution. Il est donc beaucoup plus naturel de penser que la stipulation du droit classique ne fait que continuer cette stipulation primitive que cite Aulu-Gelle, qu'elle n'est purement et simplement que ces cautiones rei uxoriae de l'époque de Carvilius Ruga. Cela est beaucoup plus naturel que de supposer qu'il y a eu une première forme anormale de la stipulation, forme disparue par la suite, et remplacée par une véritable stipulation.

Si la stipulation de restitution de dot a été introduite avant que la stipulation d'un incertum soit possible, cela peut servir à expliquer l'usage du droit classique de constituer une dot avec estimation. C'est un usage fréquent. Dig. 23.3.10.15. "Aestimatio, venditio est", et en vertu de l'estimation, le mari s'oblige à restituer, non pas la dot, mais son estimation. L'obligation est ainsi transformée en une obligation de certa pecunia. A partir du moment où la stipulation d'incertum est permise, l'obligation née de la stipulation peut être ou une certa res, si l'objet de la dot est une certa res, ou une res incerta, si la dot est une universalité. On a reconnu l'universalité de la dot en droit classique, lorsque l'institution fut pleinement développée. Les parties peuvent stipuler pour la restitution de la dot toutes les conditions qu'ils veulent, envisager par conséquent, soit le cas de divorce, et c'est là la condition primitive, dans laquelle est née la restitution, qui resta sans doute le cas le plus fréquent, mais ils peuvent aussi envisager le cas de mort du mari.

Si comme nous le pensons, cette restitution a été stipulée quand les mariages sine manu se sont répandus, et pour le cas de mariage sine manu, cette restitution a dû en principe être stipulée de la façon la plus rigoureuse pour assurer du premier coup à la femme qui la faisait en sa faveur la restitution intégrale de sa dot, dans tous les cas, sans distinguer. Cela correspond à la nature du mariage sine manu, qui lui aussi d'emblée au point de vue pécuniaire a opéré la libération totale de la femme.

Le témoignage
de Plaute.

Il semble que dans le théâtre de Plaute on peut retrouver les effets de cette transformation à la société romaine. La crise morale du VI^e siècle y trouve des échos. Plaute est assez exactement de cette période. La date de sa mort nous est indiquée par un texte de Cicéron. Il est mort en 570 de R.F.. On considère qu'il a dû naître entre 500 ou 503. Son théâtre est donc tout entier de l'époque qui suit le divorce de Carvilius Ruga. Costa, *Diritto privato romano, le comedie di Plaute*, 1890, a relevé p. 142 et s. de façon systématique tous les vers de ses comédies qui permettent de se rendre compte des usages matrimoniaux. Il montre à l'aide de ces extraits la double tendance qui se manifeste, l'ancienne conception du mariage et des rapports personnels et patrimoniaux entre les époux s'affirme toujours. Le mariage est l'union de toute la vie. On voit encore s'affirmer la répugnance des gens respectueux des moeurs anciennes pour les secondes noces. La femme est soumise au mari et lui remet ses biens. Elle est maîtresse dans la maison à côté du mari, maître et seigneur. Les époux ont donc toutes choses en commun.

Mais à côté de cette conception se manifeste une nouvelle orientation de la vie. La dot n'est plus la plupart du temps la contribution de la femme aux charges du mariage. Mais c'est le moyen pour les hommes d'échapper à la misère, de vivre à l'aise et en repos. Par suite, c'est le moyen pour la femme d'échapper à l'autorité du mari, qui en recevant la dot a abandonné son autorité. D'où dans le théâtre de Plaute la prétention excessive de l'uxor dotata, les dissensions continues avec son mari et son infidélité. La femme prend l'habitude de se réserver une partie de ses biens, de les soustraire à l'administration et à la jouissance du mari. Il en résulte une dualité accentuée du patrimoine. Plaute ne parle pas de la manus. Le divorce dans son théâtre peut être provoqué, soit par le père de la femme, qui conserve sur elle sa patria potestas, soit par la femme elle-même, qui semble avoir déjà acquis le droit de divorcer. On peut donc en conclure que le mariage le plus souvent décrit par Plaute, c'est le mariage libre, c'est le mariage sine manu. Non seulement le divorce est fréquent, il paraît être la cause la plus ordinaire des dissolutions du mariage, mais il n'a pas lieu pour des motifs graves. On se contente du plus léger prétexte, par exemple pour le mari ou pour la femme le désir de passer à des secondes noces. Dans le soldat fanfaron, *Miles gloriosus*, la tromperie machinée contre le fanfaron est mise en œuvre par une femme mariée. Elle feint d'être éperdument amoureuse du soldat, et elle

La fréquence
des divorces
a fortement
contribué à
développer la
pratique des
cautiones rei
uxoriae.

doit lui dire qu'elle a déjà divorcé d'avec son mari par amour pour lui. De cette façon, elle l'incitera à entrer sans défiance dans la maison, où il sait qu'elle habitait avec son mari. Pour qu'il y entre, elle lui dira que cette maison étant dotale, elle l'a reprise par son divorce. Cette facilité de reprise de dot montre non seulement l'usage du mariage libre, mais l'usage des cautiones rei uxoriae, puisqu'on ne peut pas encore parler de l'action.

Cette transformation des moeurs, que l'on peut apercevoir chez Plaute ne fait que s'accentuer dans les temps postérieurs. Les historiens nous en donnent de nombreux exemples, non seulement chez les gens de peu de considération, mais parmi les premiers de la République. Paul-Emile répudia sa femme Papiria, mère de Scipion, après une longue union, sans motif connu. A propos de ce divorce Plutarque, Paul-Emile, chapitre 5, rappelle une anecdote. Un Romain avait répudié sa femme. Ses amis lui demandent pourquoi il répudie cette femme, pourtant pleine de pudeur, belle et féconde. Il répond en montrant son soulier: "N'est-il pas élégant et neuf ? et pourtant personne de vous ne sait où il me blesse". L'auteur ajoute que la plupart du temps c'est à cause de grands défauts que les hommes s'éloignaient de leur femme, mais très souvent ce sont de légers dissensiments qui échappent aux autres et qui provoquent les ruptures. Cicéron se sépara de ses deux épouses sans raison particulière. A la fin de la République et sous l'empire le mariage apparaît comme une union passagère, que le caprice noue et dénoue. Dans la laudatio Turiae, I.27 "Rara sunt tam diuturna matrimonia finita morte non divortio interrupta", il est rare de voir des mariages durant si longtemps, qui se terminent par la mort et qui ne sont pas interrompus par le divorce. Vous connaissez la célèbre phrase de Sénèque, De Beneficiis, 3.6. "Non quid jam ulla repudio erubescit, postquam illustres quaedam ac nobiles feminae non consulum numero sed maritorum annos suos computant". Y a-t-il encore quelques femmes qui rougissent du divorce, alors que quelques-unes des plus illustres et des plus nobles comptent leurs années non pas d'après le nombre des consuls, mais d'après le nombre de leurs maris.

L'usage du divorce et son extension peuvent être indiqués par quelques exemples pris parmi les hommes célèbres: Ovide, et Pline le Jeune furent mariés trois fois; César et Antoine, quatre fois; Sylla et Pompée furent mariés cinq fois. Une épitaphe de l'empire porte mention d'un septième époux. Les satiriques parlent

de huit et de dix mariages consécutifs. Martial 6.7. "Julia lex populis ex quo Faustine renata est atque intrare domos jussa est pudicitia aut minus aut certa non plus tricesima lux est. Et nubit decima jam Telesilla viro", depuis que la loi Julia faustine a été remise en vigueur et que la chasteté a été invitée à rentrer officiellement dans nos demeures, il s'est écoulé moins, en tout cas pas plus de trente jours, cependant Telesila en est à son dixième époux. Un pareil changement dans les moeurs ne pouvait pas manquer de provoquer une réaction dans les rapports pecuniaires entre époux. La première réaction, c'est l'usage des cautiones rei uxoriae, par lesquelles par prudence l'épouse, qui entre dans ce mariage devenu si incertain, songe à ce que deviendra sa dot au moment du divorce, et fait une convention avec son mari, par laquelle son mari lui restituera sa dot.

§ 3 - Judicium de moribus.

Les sources.

Nous pouvons connaître en quoi consiste le judicium de moribus, et cela par ce qui nous est rapporté, d'abord par Valère Maxime, 8.2.3., Plutarque, Marius, 28. Pline, Histoire naturelle, 14.13.90 et surtout par Aulu-Gelle, 10.23.

Quelques détails isolés nous sont donnés sur ce judicium par des textes juridiques peu nombreux: Gaius, Institutes, 4.102. Code théodosien, 3.I3.I. Digeste. 23.4.5. Principium, et Code, 5.I7.I. § 2.

Il y a eu quelques monographies sur ce sujet, dont la dernière se trouve dans l'encyclopédie de Pauly Wissowa, au mot "judicium de moribus". On peut y trouver la bibliographie. Une étude assez étendue se trouve dans Bonfante, Corso di Diritto romano, I, p. 344.

Le judicium de moribus ne figure plus au Digeste, parce qu'il a été abrogé par Justinien, la législation ayant complètement changé à l'époque de Justinien. Code, 5.17.11.2. *Judicio de moribus, quod antea quidem in antiquis legibus positum erat non autem frequentabatur penitus abolito*", le judicium de moribus, qui avait été autrefois créé par les anciennes lois et qui n'était plus en usage, est entièrement aboli. Nous voyons par ce texte qu'avant d'être formellement aboli par Justinien, il était tombé en désuétude. C'est le changement de procédure qui l'avait rendu inutile.

Une connaissance d'ensemble de cette action nous manque par conséquent et nous en sommes réduits à quelques détails. Ce sont les textes littéraires

Témoignages
de Caton, de
Pline, de Va-
lère-Maxime
et de Plu-
tarque.

qui nous permettent le mieux d'en entrevoir la physionomie. D'abord le plus important et en même temps le témoignage le plus ancien sur ce judicium, c'est le témoignage de Caton dans son traité sur les dorts rapporté par Aulu-Gelle, Aulu-Gelle, X 23. Lorsque le mari fait le divorce, dit Caton, le juge est à la place du censeur à l'égard de la femme. Il a une espèce d'imperium. Si la femme a commis quelque chose de pervers ou de honteux, il la frappe d'une amende. Si elle boit du vin, si elle commet un acte honteux avec un homme, il la condamne. Les trois autres textes nous rapportent des sentences de juge condamnant la femme dans les mêmes conditions. Pline, Histoire naturelle, 14.13. "Cnéius Domitius judex pronuntiavit mulierem videri plus vini bibisse quam valetudinis causa viro insciente et multavit de dote", Cnéius Domitius, comme juge, décida qu'une femme ayant bu plus de vin qu'il n'était nécessaire pour sa santé, comme remède, à l'insu de son mari, sera frappée d'une amende sur sa dot. Valère-Maxime 8.2.3. sur les jugements privés célèbres, "Multo animosius et militari spiritu dignum erat, se in simili genere judicii Gafus Marius gessit. Nam cum Cafus Titinius Minturnensis Fanniam uxorem quam impudicam de industria duxerat, eo crimine repudiatam dote spoliari conaretur sumptus inter eos judex, in conspectu habita quaestione, seductum Titinium monuit, ut incepto desisteret, ac mulieri dotem redderet. Quod cum saepius frustra fecisset, coactus ab eo sententiam pronuntiare mulierem impudicitiae rea sestertio nummo uno, Titinium sumne totius dotis damnavit, praefatus idcirco si hunc judicandi modum secutum quod liqueret si bi Titinium patrimonio Fanniae insidias struenter im pudicac conjugium expetisse". Marius dans une occasion semblable rendit une sentence plus énergique et digne de son esprit militaire. Cafus Titinius de Minturnes répudia pour adultère sa femme Fannia qu'il avait épousée, malgré ses moeurs déréglées, qu'il connaissait et s'efforça de la dépouiller de sa dot. Marius pris comme juge entre eux ayant examiné la question, prit à part Titinius et lui conseilla de se désister de l'instance commencée et de rendre la dot à la femme. Il réitéra plusieurs fois cette invitation, toujours inutilement. Forcé par le mari de prononcer une sentence, il condamna Fannia pour impudicité à un sesterce et Titinius à la restitution de toute la dot. Il dit le motif de cette dernière décision; c'était qu'il lui était apparu que Titinius avait cherché l'alliance de Fannia, qu'il savait impudique, pour lui prendre son patrimoine.

Plutarque, Marius, 28. Fannia ayant été réputée par son mari lui réclama la dot assez importante qu'elle avait apportée. Le mari lui opposait son adultére.. Marius étant pour la sixième fois consul fut choisi comme juge. La cause instruite, il lui apparut que Fannia n'était pas irréprochable, mais que son mari le savait quand il l'avait épousée et qu'ils avaient vécu longtemps ainsi. Marius les jugea tous les deux coupables, ordonna au mari de rendre la dot et condonna la femme à une amende de 4 chalcous (une demie obole), pour cause d'ignominie.

Les deux premiers textes sont un témoignage du VI^e siècle de R.F., plutôt de la dernière partie de ce siècle. Caton vécut entre 520 et 601 de R.F. Pauly-Wissowa, au mot Domitius, n° 18, p. 1321, dit que ce serait le premier consul de cette famille à qui se rapporterait l'anecdote de Pline, Cneius Domitius, Aehnobarbus lorsqu'il était préteur, c'est-à-dire en 560. Cette date est très peu sûre, car ce n'est pas comme préteur mais comme *judex privatus* d'un procès civil que juge Cnéius Domitius. Mais c'est une date approximative.

Le troisième et le quatrième textes nous reportent plus loin. Ils nous reportent au VI^e siècle, au consulat de Marius en 672. Ici encore c'est une date qui est peu sûre, car ce n'est pas comme consul, mais c'est comme *judex privatus* d'un procès, que prononce Marius. Il n'a pu le faire l'année de son consulat.

Les deux premières dates, époque de Caton, 562, nous permettent de dire que le *judicium de moribus* est antérieur à l'action *rei uxoriae*, ou tout au moins que les témoignages, que nous examinerons dans le prochain chapitre, que nous avons sur la date approximative de l'action *rei uxoriae* sont postérieurs à ces dates.

Le témoignage de Caton est le plus précieux de tous ceux que nous examinons, car non seulement il donne des détails sur le fonctionnement de cette action, mais il est le témoignage d'un jurisconsulte. Les autres sont des témoignages d'historiens non juridiques. On ne peut donc y attacher la même importance au point de vue du droit. Le langage qu'ils emploient n'a pas la même précision et peut même comporter une inexactitude.

Il résulte de l'ensemble de ces textes que le *judicium de moribus* est une action intentée par le mari contre la femme. C'est une action introduite par le mari. Marius conseille au mari de renoncer à l'instance entreprise. Par cette action le mari demande une condamnation de la femme, une condamnation pécuniaire sur la dot. Caton ne parle pas de façon expres-

Importance
des témoigna-
ges pour fixer
la date d'ap-
parition du
judicium de
moribus.

Le judicium
de moribus
est intenté
par le mari
contre sa fem-
me

se de la dot. Mais il ne faut pas oublier que le travail, dont sont extraites les paroles rapportées par Aulu-Gelle, est une oratio de dote, et les trois autres textes ne laissent aucun doute. C'est tout ou partie de la dot que le mari réclame à la femme. Caton nous indique, nous l'avons déjà vu, les cas dans lesquels cette condamnation pécuniaire est prononcée. Il distingue deux catégories de fautes: 1°) Si quid perverse tetricum est, catégorie impliquant tous les cas variés, impliquant la faute que le mari a estimée suffisante pour faire le divorce, et que le juge estime à son tour suffisante pour que le divorce soit imputé aux torts de la femme. 2°) Si vinum bibit, si quid probri cum alieno viro fecit. Cette deuxième catégorie, à la différence de la première, ne comporte que deux cas déterminés, boire du vin, commettre l'adultère. Cette division bipartite nous suffit pour reconnaître avec certitude la filiation de cette action. Elle vient directement, elle est la transposition dans le domaine judiciaire, du judicium domesticum, à travers le jugement domestique de l'ancien jugement de la gens.

D'autre part, elle a le même domaine, et elle représente exactement les mêmes cas de fonctionnement que dans l'action rei uxoriae les retentiones propter mores. C'est cette distinction que nous retrouvons dans ces retentiones des mores leviores et des mores graviores, permettant au mari de retenir une part plus ou moins grande de la dot avant de restituer le reste.

Suivant que les causes de divorce se trouvent dans la première ou dans la seconde catégorie, le judicium de moribus permet au mari de réclamer à la femme une part plus ou moins grande de la dot. D'après Caton, l'usage était le suivant: dans la première catégorie le juge multat, frappe d'une amende; d'après l'usage ancien, que nous avons relevé par la loi osque de Bantia, cette amende est au maximum de la moitié de la fortune de la dot. Dans le deuxième cas, adultère et vin, le juge condamnat, c'est-à-dire qu'il enlève à la femme toute la dot. Voici quel est l'usage tiré de la pratique du tribunal domestique. Mais comme le père, le juge n'est pas arrêté par une règle de droit fixe, s'imposant à lui. Il ne juge pas en droit, il juge en équité. Il a, dit le texte, une sorte d'imperium. Ceci c'est pour distinguer son rôle exceptionnel, par rapport aux autres actions civiles, son pouvoir arbitraire d'apprécier la faute, d'apprécier la sanction. Il est pro censure, à la place du censeur. Nous avons vu le sens précis qu'il convient

Causes en
vertu desquel-
les le judi-
cium est in-
tenté.

Taux de la
retentio ré-
clamée par le
judicium de
moribus.

Caractère de
l'arbitrage
du juge: l'ae-
quius melius.

de donner à cette formule. A notre avis, la jurisprudence du tribunal de famille est venue au juge par l'intermédiaire du censeur. C'est la pratique du censeur dans ses jugements d'infamie qui s'applique ici. Il l'applique à la femme et non au mari, et il l'applique à la femme pour la forcer à rendre la part de la dot qu'il arbitre, et non pas au mari pour le forcer à ne retenir de la dot que ce qu'il juge équitable. Mais c'est la même règle d'équité posée pour les mêmes cas et dans la même solution.

Cet arbitrage, c'est l'*aequius melius*. Tous les auteurs supposent que le *judicium de moribus* avait une formule *in aequum et bonum concepta*, comme l'action *rei uxoriae* et que cette formule comportait le *quid aequius melius erit* de l'action *rei uxoriae* elle-même. Bien que la formule du *judicium de moribus* ne nous soit pas connue, que nous n'ayons aucune donnée dans les textes permettant de la reconstituer, c'est une conclusion qui s'impose. C'est même assurément le modèle qui a servi à l'action *rei uxoriae*. Le *judicium de moribus* a donc été le premier essai du préteur dans la rédaction de ses formules qu'il a transposées ensuite dans l'action *rei uxoriae*. Nous pouvons même voir dans ces textes le fonctionnement de l'*aequius melius* dans toute sa signification primitive, dans toute son étendue. La règle que donne Caton, une amende de moins de la moitié de la dot dans les cas les moins graves, une amende allant à la confiscation totale dans les cas les plus graves, c'est l'usage du tribunal de famille, c'est l'usage du censeur, c'est l'usage du jugement dans notre action. Mais c'est un usage, ce n'est pas une règle impérative. Les autres exemples nous le montrent bien. L'arbitraire du juge peut trouver dans son équité des raisons de modifier la condamnation. Il a en somme le pouvoir de le faire. Ces deux exemples de jugement nous le montrent. Cnérius Domitius juge une femme à qui son mari reproche d'avoir bu du vin. Il juge qu'elle en a bu à l'insu de son mari plus qu'il n'en était besoin pour sa santé. On voit le dernier état de cette prohibition en 562. Elle est traditionnelle, mais on ne la comprend plus. On ne la comprend plus comme prohibition religieuse. Mais comme il lui faut un sens, le juge l'interprète comme une défense de l'ivrognerie. Il juge la femme coupable, mais il juge aussi que l'ancienne sanction est trop sévère. Multavit de dote, il ne lui enlève plus toute la dot, il la frappe seulement d'une amende. Nous voyons ainsi glisser, si je puis dire, cette prohibition de la catégorie des fautes les plus graves à la catégorie des fautes les moins graves, des mores levio-

res. Elle vient se confondre avec celles-ci, comme déjà l'avait fait l'avortement, pour disparaître tout à fait par la suite. Dans l'énumération des causes de divorce imputables à la femme en droit classique, soit sous Constantin, soit dans les *Novelles de Justinien*, nous trouvons bien toujours l'avortement, mais la prohibition de boire du vin, même sous la forme moderne d'intempérance et d'ivrognerie, a totalement disparu.

Dans le deuxième procès, dans le procès de Marius, nous trouvons une application caractéristique de l'*aequius melius*, de l'*imperium* du juge. Son équité a été appréciée comme une équité de soldat et non pas comme une équité de juge. Ceci veut dire qu'en suivant son équité, il a probablement un peu transgressé ce qui commençait déjà à être un usage judiciaire. On voit que lui-même a hésité à appliquer sa sentence. C'était donc une nouveauté. Il aurait préféré que Titinius retirât sa demande. Il insista plusieurs fois pour que celui-ci se retirât de l'instance. En effet, le *judicium de moribus* est basé sur l'*adultère* de la femme. L'*adultère* n'est pas douteux. Il était de notoriété publique que la femme était de moeurs légères. C'était donc le cas typique, le cas unique des mores graviores. Titinius était fondé à réclamer, suivant l'*usage* attesté depuis si longtemps, toute la dot pour lui. Mais il a paru au juge qu'en l'épousant Titinius connaissait les moeurs de Fannia qu'il les avait supportées pendant longtemps, que peut-être il en avait profité. Par conséquent en divorçant aujourd'hui et en réclamant la dot, il ne voulait pas venger son honneur outragé, mais faire un profit pécuniaire. Par une application hardie mais juste de son pouvoir arbitraire de juger en équité, et probablement par une application qui se présentait d'une façon nouvelle, Marius condamna Fannia, les faits étant patents, mais la frappa d'une condamnation théorique, et il décida que le *quid aequius melius apud maritum maneret* s'élèverait à un sesterce. Il condamna par contre le mari à la restitution de toute la dot.

Fannia n'en voulut point à Marius d'avoir reconnu son indignité. Mais elle lui fut reconnaissante de lui avoir conservé sa dot. La fin de l'*anecdote le prouve*. Lorsque Marius abandonné de ses partisans s'enfuit de Rome devant Sylla, il fut pris à Minturnes, au moment où il voulait s'échapper par la mer. Les magistrats de cette ville l'arrêtèrent, et ils le menèrent dans la maison de Fannia pour le garder. Fannia au lieu de lui témoigner du ressentiment pour

l'affaire ancienne, où il avait été juge et où elle avait été condamnée, le secourut et lui donna du courage.

L'anecdote nous indique d'une façon typique quelle était la manière de raisonner des Romains, et combien à cette époque déjà civilisée elle était loin des nôtres. La raison principale qui redonna du courage à Marius, c'est, d'après les historiens, que lorsqu'il entra dans la maison de Fannia il vit un âne qui courut vers la fontaine. L'âne s'arrêta, le regarda, dit le texte, d'un air gai et enjoué et dans sa joie se mit à braire de toutes ses forces et à gambader autour de lui. Marius conjecture que les dieux par l'instrument de cet âne lui marquent que son salut viendrait plutôt de la mer que de la terre, parce que l'âne après être venu à lui, ne s'était pas dirigé vers la prairie, où il pâtriait, mais avait immédiatement couru à la fontaine! En fait Marius fut sauvé cette fois encore et put traverser la mer pour aller en Afrique.

L'aequius melius, en ce qui concerne les mores, a tendance à se stabiliser à un taux fixé par l'usage des tribunaux, sauf dans un cas exceptionnel, comme celui-ci d'une équité d'un juge. Cette fixation a dû se produire pour le judicium de moribus comme elle s'est produite pour la retentio propter mores, en vertu sans doute d'une loi, peut-être la loi Fabia Poppea ou la loi Julia de adulteriis. D'après ces lois pour les mores graviores, c'est 1/6 de la dot qui est retenu, pour les mores leviores, c'est 1/8. A partir de ce moment, le judicium de moribus perd toute son importance, comme perd d'importance la faute et la sanction. C'est la raison de sa désuétude.

Il nous faut maintenant déterminer la situation respective de l'action rei uxoriae et du judicium de moribus. Lorsque l'action rei uxoriae est intentée par la femme contre le mari, en restitution de sa dot, le mari trouve dans les retentions propter mores la possibilité d'avoir ce qu'il réclamerait par le judicium de moribus. Il peut retenir la portion de la dot qu'il peut réclamer par le judicium de moribus. Donc, quand l'action rei uxoriae est intentée, le judicium de moribus n'est pas nécessaire. Ils font tous les deux double emploi. Il y a donc une grande difficulté qui nous arrête. Il s'agit de déterminer le champ respectif d'application de ces deux actions.

Pour résoudre cette difficulté, on a tenté diverses conciliations, dont aucune n'est satisfaisante. Keller, Institutes 186, pense que le judicium de moribus n'était pas un véritable jugement, qu'il résolvait

Stabilisation
du taux de la
retentio.

Judicium de
moribus et
actio rei uxo-
riae.

Caractères
du judicium de
moribus et
cas d'appli-
cation.

seulement une question préjudicielle, permettant après avoir tranché la question des mores d'opérer les retentions dans l'action rei uxoriae. Mais nous avons déjà noté que d'après nos textes il y a une condamnation. Ceci est confirmé d'une manière certaine par Gaius 4.102. Le judicium de moribus est parmi les actions pour lesquelles le défendeur doit fournir la caution judicatum solvi, la promesse garantie par des cautions qu'il paiera ce à quoi il a été condamné. Il est donc absolument certain qu'il y a un jugement de condamnation. "Quod si proprio nomine aliquis judicium accipiat in personam certis ex causis judicatum solvi, satisdare solet quas ipse praetor significat..., propter genus actionis velut judicati depensive aut cum de moribus mulieris agitur", si quelqu'un est défendeur dans un jugement en son nom propre, il doit fournir caution de payer ce qui sera jugé, dans un certain nombre de cas que le préteur indique... A cause du genre de l'action, lorsqu'on plaide sur une action de chose jugée ou de ce qui a été payé par la caution, ou sur un judicium de moribus.

Dans ce texte, Gaius après avoir indiqué que le représentant judiciaire doit dans tous les cas fournir la caution de payer le jugement, auquel il s'expose pour le compte d'autrui, ajoute que dans certains cas seulement celui qui plaide pour sa propre cause, comme défendeur, devra par exception prêter la même caution, et parmi ces exceptions, comme nous le voyons, en tête figure le judicium de moribus.

Quelques auteurs anciens, Hasse, Güterrecht, p. 182, Dernburg, Compensatio, p. 146, pensaient que le judicium de moribus permettait de frapper la femme, non pas sur sa dot, mais sur ses autres biens. Ici encore les textes ne permettent pas d'admettre cette supposition, car ils ne parlent que de la dot, pas plus qu'ils ne permettent d'admettre la supposition de Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, 2.215 et s., d'après lequel le judicium de moribus permettrait d'ajouter à l'amende sur la dot des peines infamantes contre la femme. Karlowa ne peut pas indiquer quelles sont ces peines infamantes supplémentaires.

Resteraient pour un assez grand nombre d'auteurs à réserver cette action pour les cas où le mari n'avait pas fait valoir son droit, quand on a intenté contre lui l'action rei uxoriae. Bechmann, I.89, Czyhlarz, p. 388. Lenel, Edit perpétuel, 2.28. ou encore dans le cas où le mari n'aurait pas effectivement reçu la dot, aurait eu comme dot non pas une datio mais une promissio Keller, Institutes, 187, Voigt, Lex Moenia de dote.

Ces suppositions sont bien arbitraires et sont dénuées de toute espèce de preuve. Ces dernières réduisent l'action à une hypothèse tellement anormale, qu'on ne verrait pas pourquoi elle a été créée. L'hypothèse en particulier de réserver cette action pour le cas où le mari aurait oublié de faire valoir sa retentio propter mores est un cas bien invraisemblable. Dans ce cas si anormal une *restitutio in integrum* aurait parfaitement suffi.

Le défaut général de ces hypothèses est de ne pas tenir compte des données historiques, qui nous sont fournies par les textes et de vouloir juger du point de vue logique d'une législation supposée cohérente et complète, et non point du point de vue historique de l'histoire de l'introduction de nos actions.

Les textes nous ont apporté la preuve que la restitution de la dot a été assurée d'abord par voie de stipulation expresse faite au moment de la constitution de la dot, par conséquent qu'il y eut une certaine période pendant laquelle la restitution de la dot est civilement assurée par un contrat, avant qu'elle soit assurée légalement par une action, avant que l'action *rei uxoriae* fonctionne.

D'autre part, les textes relatifs au *judicium de moribus* qui nous en affirment l'existence sont antérieurs à ceux qui affirment l'existence de l'action *rei uxoriae*. Ils nous permettent de dire que le *judicium de moribus* est plus ancien que l'action *rei uxoriae*. Pour que ce *judicium de moribus* fonctionne, il faut pourtant que la femme ait droit à la restitution de sa dot, d'une façon ou d'une autre, car il la condamne sur sa dot, il lui en retire pour des fautes déterminées une partie ou même la totalité. C'est donc que sans ce *judicium*, sans cette sentence de condamnation, le mari aurait été obligé de rendre toute la dot. Une seule hypothèse peut répondre à ce postulat: le mari avant la création de l'action *rei uxoriae* n'est obligé civilement de restituer la dot que s'il a formellement promis la restitution, lorsqu'il est soumis à une caution *rei uxoriae*.

Il semble que les deux sentences de Marius peuvent être interprétées d'une façon plus naturelle en ce sens. Evidemment ni Valère-Maxime ni Plutarque ne sont des auteurs juridiques, par conséquent leur autorité n'est pas souveraine en cette question de procédure et leur façon de parler n'emporte pas une conviction absolue. Mais ils sont d'accord pour nous présenter l'affaire de Fannia sous l'aspect de deux procès, devant se terminer par deux jugements distincts: le

Avant l'apparition de l'a.
r.u. le mari n'est tenu de restituer la dot que s'il a promis cette restitutio-

Le *judicium de moribus* riposte à la création des cautions *rei uxoriae*.

procès de Fannia contre Titinius en réclamation de sa dot, le procès de Titinius contre sa femme en réclamation d'une amende sur la dot. Pour le premier procès, le texte ne nous dit pas qu'il s'agisse d'une action *ex stipulatu*, ou d'une action *rei uxoriae*. Mais s'il s'agissait d'une action *rei uxoriae*, il n'aurait pas été nécessaire qu'une double condamnation intervienne. La *retentio propter mores* est à mon avis la partie la plus ancienne de cette action. Elle est née avec l'action. L'*aequius melius* aurait donc permis à Marius de tenir compte dans l'unique condamnation contre le mari des fautes de la femme. Au contraire, on conçoit très bien que dans le cas d'une action *ex stipulatu* il y ait lieu à deux sentences distinctes. L'une sur la restitution de la dot, en vertu du droit strict de la caution, l'autre sur le *judicium de moribus*, condamnant la femme à restituer tout ou partie de la dot. Marius ne voulant pas condamner la femme commence d'abord par conseiller au mari de retirer son instance pour rester en face de la seule demande de Fannia en restitution de dot. Devant son refus, il prononce les deux jugements, condamnation de Titinius à rendre toute la dot, sur l'action *ex stipulatu*, condamnation de Fannia à un sesterce, sur le *judicium de moribus*. C'est une condamnation théorique; cependant n'oublions pas qu'il en résulte l'infamie pour Fannia.

Voilà donc l'explication qui me paraît, la plus vraisemblable, la meilleure, celle qui situe le mieux le *judicium de moribus* à côté de l'action *rei uxoriae* et avant cette action. C'est une riposte dans le domaine du droit civil à la situation nouvelle créée par les *cautiones rei uxoriae*; par suite de l'existence de ces *cautiones* la restitution de la dot est assurée en droit civil totalement et dans tous les cas d'après les termes de la convention. La femme libérée de la manus par son mariage libre, voit aussi sa dot libérée des usages familiaux par le contrat. Le *judicium domesticum* ne peut plus s'appliquer, le droit civil l'écarte.

Cette libération apparaît comme trop complète, comme contraire aux mores. Mais le censeur est impuissant. Il ne peut pas contraindre la femme à respecter les usages familiaux, comme il peut contraindre le mari par sa note d'infamie. C'est alors que le préteur entre en scène et il riposte aux *cautiones* en inscrivant dans son édit un *judicium*, une action par laquelle il ordonne au juge mis à la place du censeur de faire respecter les usages familiaux, de les appliquer comme faisait le censeur, et comme faisait le père de famille, mais il le fait avec les pouvoirs du juge.

c'est-à-dire à l'aide d'une action et par une sentence de condamnation.

Le caractère d'ordre public du judicium de moribus.

Pour que ce système puisse se tenir, il faut que le judicium de moribus ne puisse pas être écarté par une convention contraire, destinée à mettre en échec la stipulation de restitution, il ne doit pas pouvoir être écarté par une convention expresse. C'est ce que nous dit l'un des rares textes qui est conservé sur la question. Digeste 23.4.5. Paulus, libro septimo ad Sabinum, "Illud convenire non potest ne de moribus agatur, vel plus vel minus exigatur ne publica coercitio privata pactione tollatur, on ne peut convenir qu'on n'intentera pas l'action de moribus et qu'on ne réclamera pas plus ou moins, pour que la poursuite publique ne soit pas écartée par le pacte privé. Vous noterez ici l'emploi du mot coercitio, du terme technique du jugement du censeur, employé en cette matière et donné à propos d'un judicium privatum.

Le dernier texte qui nous est conservé sur la question nous dit le caractère étroitement personnel de cette action. Code théodosien 3.I3.I. de moribus actio ultra personam extendi non potest, nec in heredem dabitur nec tribuetur heredi", l'action de moribus ne peut pas être étendue au-delà de la personne, elle ne peut pas être donnée contre l'héritier ni attribuée à l'héritier. De par son origine, l'action de moribus conserve un caractère strictement personnel, et l'on peut dire extra-patrimonial, comme la retentio propter mores l'a dans l'action rei uxoriae, comme l'action rei uxoriae elle-même conserve ce trait primitif. Par conséquent, quand le mari l'intente contre sa femme, si la femme meurt, il ne peut poursuivre l'héritier de la femme. De même si le mari meurt, l'héritier ne peut poursuivre la femme. L'action est intransmissible, passivement et activement.

Nous n'avons aucune autre données permettant de reconstituer le judicium de moribus. Nous ne savons absolument plus rien de sa formule. Lenel considère comme hors de doute que cette formule figurait dans l'Edit, au même endroit que l'action rei uxoriae. Lenel pense qu'elle figurait à la suite de l'action rei uxoriae, dans le titre de re uxoria, soluto matrimonio dos quemadmodum petatur, après l'édit de alterutro et l'action de rebus amotis. Il se peut qu'elle figurait même avant l'action rei uxoriae, puisqu'elle lui est antérieure chronologiquement.

On est généralement d'accord pour penser que, comme l'action rei uxoriae, c'est une action in bonum et aequum concepta. Il est probable, à mon avis, que la formule, quod aequius melius erit, figurait dans cette action comme dans l'action rei uxoriae. Car leur

Le caractère personnel de jud. de mor.

La formule du jud. de mor.

origine est la même. On dit d'ordinaire que ce devait être une action *in factum*, mais rien n'est moins prouvé. Cette supposition est liée aux conjectures que l'on fait sur le caractère origininaire de l'action *rei uxoriae*. Une doctrine encore répandue et qui a été avancée par Esmein, considère que l'action *rei uxoriae* avant d'être une action civile et de bonne foi a été une action *in factum* créée par le préteur et qu'elle est d'origine pénale. Nous étudierons cette doctrine, pour nous l'action *rei uxoriae* a été dès l'origine une action civile. Il en est de même pour le *judicium de moribus*.

Chapitre VI

APPARITION DE L'ACTION REI UXORIAE.

CAS D'APPLICATION.

Le chapitre précédent nous a permis de fixer des dates assez précises et assez sûres, en ce qui concerne l'époque où la restitution de la dot a commencé à être assurée par des moyens civils. C'est en 527, à propos du divorce de *Carvilius Ruga* que l'usage s'est introduit des *cautiones rei uxoriae*. Cet usage a entraîné peu après la création d'une action civile, le *judicium de moribus*. Caton la connaît (520-601). Nous avons un exemple de son fonctionnement en 562, avec *Cnéius Domitius Ahenobarbus* comme juge.

* La détermination de la date d'apparition de l'action *rei uxoriae*, serait de toute première importance. Car c'est une question des plus débattues dans l'histoire du droit romain. Mais elle ne se présente pas comme un problème isolé. Elle est liée à l'apparition des actions de bonne foi à l'apparition de ces contrats non formels de bonne foi, tels que la fiducie, la gestion d'affaire, la société, la vente, le louage et le mandat. Il est toute une série de problèmes qui se posent à ce sujet sur la date d'apparition de ces actions, sur leur procédé de formation, sur l'autorité qui les a créées. Est-ce le préteur ? Est-ce la loi ? Sont-elles nées dans une action prétorienne *in factum* ou bien ont-elles été le début des actions civiles ? Tous ces problèmes sont agités et n'ont pas encore été résolus.

D'autre part, ont-elles apparu avant la création de la procédure formulaire ? Ou si elles n'ont pu naître qu'après l'organisation de cette procédure par la loi *Aebutia*, quelle est la date de cette loi ?

Difficulté que présente la détermination de la date d'apparition de l'a. *rei uxoriae* et celle des actions de bonne foi en général.

Tous ces problèmes ont été agités avec passion par les auteurs de la génération précédant la nôtre. Il y a à leur sujet une littérature innombrable et difficile. Nous n'entrerons pas dans l'examen détaillé de ces controverses. Néanmoins je dois vous signaler que P.F. Girard dans son Manuel et dans ses articles savants est parmi les auteurs celui qui a pris la position la plus tranchée et la plus intrinsègante. Son système sur ce point est une des bases fondamentales de son manuel, et les conclusions qu'il adopte sont de la plus grande importance, pour sa conception du développement historique du droit romain. Je vais tâcher de vous indiquer en quelques mots les principes généraux de sa conception.

1°) Il accorde à la loi Aebutia une importance capitale dans le développement du droit romain. C'est elle, en effet, qui a introduit la procédure formulaire, et il en fixe la date entre les années 602 et 630 de R.F., par conséquent au début du VII^e siècle, un siècle plus tard que notre histoire de Carvilius Ruba, notez-le, un siècle après le début de la période de transformation sociale, amenée à Rome par la conquête du monde. Depuis plus d'un siècle déjà à Rome les étrangers, les pèlerins affluaient à Rome, de telle sorte que ne participant pas au droit civil, il a fallu nécessairement que leur présence crée des usages de droit, qui ne sont pas du jus civile. Si bien que l'on a créé un magistrat judiciaire spécial pour eux, le préteur pérégrin. Ce préteur pérégrin, qui suppose déjà le développement assez considérable du jus gentium, a été créé vers 512 au début du VI^e siècle, et non pas au VII^e siècle de R.F. Cette raison historique me paraît à elle seule suffisante pour repousser ce système trop rigide, et pour ne pas accepter que l'on puisse penser que tout le droit nouveau, qui est le jus gentium, ne puisse dater que de la loi Aebutia et que du début du VII^e siècle de Rome.

Malgré ces raisons historiques, Girard en effet admet que la loi Aebutia et la procédure formulaire sont le point de départ exclusif de ce jus gentium, issu du contact entre Romains et étrangers, du droit de bonne foi non formaliste, qui avait fait éclater les cadres du vieux jus civile, du droit quiritaire.

Ce droit est celui qui depuis l'établissement de la procédure formulaire par la loi Aebutia s'est créé et dans les formes établies par cette loi. Il s'est créé sous l'influence du préteur et des pouvoirs nouveaux, que la loi Aebutia lui confiait. Cette opinion se base sur le texte fondamental de Gaius, 4.30^e Itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt

Le système de Girard.

Importance de la loi Aebutia (605-628 R.F.) introductrice de la procédure formulaire.

istae legis actiones, effectum est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus". C'est pourquoi ces actions de la loi ont été supprimées par la loi Aebutia et par les deux lois Julia. Il en est résulté que nous plaidons par des paroles rédigées, c'est-à-dire par des formules.

2°) C'est ici le deuxième principe directeur posé par Girard. La loi Aebutia a transformé le droit, parce qu'elle accorde au préteur un pouvoir nouveau, dont il se servit pour l'entraîner vers des voies nouvelles: le pouvoir de rédiger la formule et en suite de ce pouvoir, le pouvoir d'accorder ou de refuser l'action, par conséquent le pouvoir de donner ou de refuser le droit, le pouvoir qui lui donne en fait la possibilité de créer du droit.

Avant la loi Aebutia dans la procédure des actions de la loi, le préteur n'avait pas ce pouvoir, car l'action était donnée par la loi. Le préteur en surveillait seulement l'accomplissement régulier, et le rôle principal était aux parties. Le préteur avait un rôle si effacé qu'il ne pouvait ni accorder ni refuser l'action, il n'avait donc pas entre les mains l'instrument du développement du droit.

Toutes ces créations du droit nouveau non formaliste et de bonne foi sont nécessairement postérieures à la loi Aebutia. Ceci encore se base fondamentalement sur Gaius, 4.11. "Actiones quae in usu veteres habuerunt, leges actiones appellabuntur, vel ideo quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris quibus complures actiones introductae sunt nondum in usu habebantur, vel ideo quia ipsarum legum, vel ideo immutabiles proinde atque leges observabantur", les actions de la loi que les anciens avaient mises en usage s'appelaient actions de la loi, soit parce qu'elles avaient été établies par des lois, puisqu'alors les édits du préteur, qui ont introduit de nombreuses actions, n'étaient pas encore en usage, soit parce qu'elles étaient calquées sur les termes des lois elles-mêmes, et que pour ce motif on s'y conformait, sans plus de changement qu'à des lois.

3°) Enfin troisième principe, ou si vous le voulez, car il ne s'agit ici que de conjecture, troisième conjecture servant de base à tout le système. Ces créations du droit nouveau, ces créations des actions de bonne foi, sont des créations du préteur après la loi Aebutia, et toutes l'ont été par les moyens qui sont au pouvoir du préteur, c'est-à-dire par une action prétorienne, une action *in factum*. Puis quand l'institution entre dans la pratique, qu'elle est sacrée par l'usage, elle est réglementée et précisée par la loi civile. Elle devient une institution de

Pouvoirs nouveaux accordés au préteur par la loi Aebutia.

Les actions de bonne foi prétoiriennes *in factum* à l'origine remplacées peu à peu par des actions civiles

droit civil. Le préteur rédige la formule in jus, l'action civile. Mais dans le développement de tous les contrats de bonne foi, l'action in factum constatée dans quelques-uns de ces contrats, supposée par conjecture dans les autres, a précédé l'action civile in jus et a été l'action qui a créé l'institution.

Cette doctrine générale vient d'être schématiquement résumée par nous, mais elle n'a pas été déformée. Vous la trouverez éparses dans tout le Manuel de Girard, comme point de départ et soutien de beaucoup de ses développements et parmi les plus importants. Nous ne pouvons pas bien entendu en quelques mots l'examiner et la critiquer. Nous pouvons dire seulement qu'elle s'est toujours trouvée heurtée à des contradictions déterminées. Wlassak est le plus important de ses contradicteurs, quoique sur beaucoup de points, il partage les idées de Girard, qui sont les idées de son temps. Mais il a écrit un article important en réponse à ceux de Girard sur la date de la loi Aebutia. Lenel et Mitteis et beaucoup d'autres s'en sont davantage écartés. En réalité, on peut dire que seul Girard a accepté cette doctrine, dont il est l'auteur, avec cette intransigeance et cette certitude. Elle est beaucoup trop rigide et artificielle, et à mon avis ne tient pas compte de la réalité qui est plus complexe. Elle a soulevé toujours tant d'objections, tant de difficultés de détail, que l'on peut dire qu'elle est actuellement de plus en plus abandonnée. Elle n'est pas suivie davantage, on peut le dire, dans la littérature actuelle du droit romain, notamment en Italie.

Nous allons voir maintenant, en recherchant la date de l'action rei uxoriae quelques-unes des objections de fait et de date qui peuvent être faites contre ce système. Ces objections se reproduisent de la même façon et peut-être avec encore plus de raison dans les autres contrats de bonne foi, notamment pour le contrat de vente.

§ I - Date d'apparition de l'action rei uxoriae.

En ce qui nous concerne, les résultats acquis au cours des chapitres précédents marquent dès maintenant la position que nous prendrons vis-à-vis de ces problèmes. Nous ne nous laisserons nullement arrêter par les dates possibles de la loi Aebutia. Nous ne nous laisserons pas davantage impressionner par les théories, d'après lesquelles le préteur avant que la loi Aebutia lui ait donné le droit de rédiger les formules, ne pouvait ni donner, ni refuser l'action en dehors des cas déjà prévus par la loi. Nous nous

tiendrons dans ce chapitre comme dans les précédents sur le terrain des faits; même si ces faits doivent être en contradiction avec ces théories, nous les accepterons comme tels.

Déjà en effet nous avons établi que dès le VI^e siècle de R.F. nous avons des traces sûres du judicium de moribus. Le texte de Aulu-Gelle, 10.23, nous a montré qu'il est connu de Caton l'Ancien, qui en expose le mécanisme. Nous avons le témoignage d'un jugement rendu par Cnéius Domitius Ahénobarbus dans la deuxième moitié du VI^e siècle. Or, l'existence du judicium de moribus à ces dates, c'est une objection contre les théories que nous venons de rappeler, aussi grave que serait l'existence de l'action rei uxoriae. Car le judicium de moribus est aussi loin que possible d'être une action de droit strict. Il est de toute évidence qu'il est de même nature que l'action rei uxoriae. Par conséquent les objections contre l'existence de celle-ci valent contre celle-là. Pour l'une comme pour l'autre, la constatation de leur existence est une preuve que le préteur crée du droit nouveau.

Les textes que nous allons citer pour l'action rei uxoriae sont peut-être moins nets que pour le judicium de moribus, au moins en ce qui concerne le VI^e siècle. Mais le dernier, le plus décisif, dénote un tel développement de l'action rei uxoriae pour l'année 633 qu'il a été lui aussi écarté par les partisans des conjectures que nous n'admettons pas.

1^o) Digeste 24.3.44. Paulus, libro quinto Quaestionum. Si socer a genero heres institutus adierit hereditatem quandoque mortuo patre cum herede ejus filiam de dote acturam Nerva et Cato responderunt, ut est relatum apud Sextum Pomponium digestorum ab Aristone libro quinto: ibidem Aristone consensit et ego dicerem et si emancipasset pater filiam ipsum quoque conveniri posse". Si le beau-père institué héritier par son gendre a accepté l'hérité, quand le père est mort, la fille pourra intenter l'action dotale contre son héritier, c'est la réponse que firent Nerva et Caton, comme le rapporte Sextus Pomponius, au livre V du Digeste d'Ariston. A cet endroit Pomponius approuve l'opinion d'Ariston, et j'ajoute, à mon tour, que si le père avait émancipé sa fille, il pourrait aussi la poursuivi. Voici donc quelle est l'espèce: Un mari mourant institue le père de sa femme héritier. Celui-ci recueille le patrimoine de son gendre. Dans son patrimoine se trouve la dot. La fille ne peut pas intenter contre le père l'action en restitution de dot car elle est sous la patria potestas de son père. Mais si le père meurt à son tour, l'action rei uxoriae peut être intentée par la femme contre les héritiers.

Le judicium de moribus existe déjà au VI^e siècle de R.F.

Examen de
Dig. 24.3.44.

Les difficultés soulevées par ce texte. Prouve-t-il que l'a. rei uxoriae existait déjà au VI^e siècle ?

du père ? Paul pense que oui. Il cite les autorités sur lesquelles il s'appuie. L'opinion a été soutenue par Sextus Pomponius dans son commentaire sur le Digeste d'Ariston, et par conséquent approuvant Ariston. Ariston s'appuie à son tour sur des réponses faites par Nerva et Caton. Vous retrouvez dans ces citations d'autorité les procédés habituels des jurisconsultes romains et l'origine de ces questions de droit venant d'une demande faite aux jurisconsultes par un juge ou un avocat embarrassé. Suivant le procédé habituel des jurisconsultes romains, ils citent chacun l'autorité du jurisconsulte le plus ancien qui a répondu sur la question. Paul ajoute à son tour que si la fille est émancipée, elle peut intenter l'action en restitution de dot contre le père lui-même. C'est que, comme nous le verrons, l'action *rei uxoriae* a un caractère tout à fait spécial, elle appartient à la fille et elle est créée pour la fille. Ce n'est que lorsqu'elle est sous la puissance paternelle qu'elle ne peut pas l'exercer elle-même et qu'elle ne peut pas davantage l'exercer contre le père. Par conséquent même sans suivre les règles du droit ordinaire toutes les fois que la puissance paternelle s'éteint, l'action *rei uxoriae* ressuscite au bénéfice de la fille.

Les autorités qui sont citées sont Nerva, jurisconsulte du 1er siècle de l'Empire, qui est mort en 33 après J.C., et Caton. Si nous considérons cette citation comme exacte, la restitution de la dot serait donc connue et par là l'action *rei uxoriae* à l'époque de Caton. Non seulement l'action *rei uxoriae* est connue, mais elle se serait déjà développée, puisque dans son cas origininaire c'est le divorce qui l'a fait naître et elle serait déjà étendue par cette citation au cas de mort du mari.

Caton l'Ancien ou son fils Caton Licinianus, sont tous les deux morts la même année, en 601, (Licinianus est mort un an avant son père). Tous deux sont des jurisconsultes ayant écrit des ouvrages de droit et tous deux ont donné des *responsa*. Mais nos auteurs contestent la citation de Caton. Ils en font remarquer le caractère insolite. Le jurisconsulte le plus nouveau, Nerva, est cité avant l'ancien, Caton. Ce procédé n'est pas le procédé habituel des jurisconsultes. Aussi Lenel dans sa *Palingenesie*, Esmein dans la *Nouvelle Revue historique* de 1893, p. 166, suivi par Bonfante, *CORSO di Diritto romano*, I, p. 342, conjecturent que le manuscrit du Digeste portait *Capito*, et qu'une mauvaise lecture en supprimant le milieu du mot a changé *capito* en *cato*. Kruger propose un plus grand changement. Il pense que primitivement au lieu de Caton, il

Opinions des auteurs sur D. 23,3,44.

y avait Ariston, en se basant sur le texte lui-même, sur ce qu'il rapporte la relation et l'approbation par Pomponius de l'opinion d'Ariston.

Ne cherchons pas à résoudre cette question et laissons-la en suspens. Faisons seulement remarquer que ces difficultés sont surtout soulevées à cause de l'idée à priori que l'action rei uxoriae est impossible au VI^e siècle.

2^e) Nous avons un témoignage de Plutarque et de Polybe, qui parlent de la restitution d'une dot à la mort de Paul Emile en 594, à la fin du VI^e siècle. Paul-Emile n'était pas riche, disent ces auteurs. Ses héritiers restituèrent difficilement la dot de sa veuve. Plutarque, vie de Paul-Emile, chapitre 4, "Ses biens étaient peu nombreux et suffirent à peine quand la dot fut due à sa femme après sa mort. Polybe, 18.18. A la mort de Paul-Emile, qui eut lieu peu après la guerre contre les Perses, ses fils d'après la nature, Publius Scipion et Quintus Maximus, voulant restituer à son épouse la dot qui était de 25 talents, furent à ce point dans l'embarras qu'ils ne purent le faire sans vendre le mobilier, les esclaves et quelques-unes des terres. Polybe. 32.8. Lorsqu'il mourut, on ne put payer à sa veuve toute sa dot avec les meubles, et l'on dut vendre quelques fonds de terre.

A la mort de Paul-Emile, ses fils par le sang, Publius Scipion, Fabius Maximus, veulent rendre à la veuve la dot, dot de 25 talents. Cette restitution est volontaire, car ils ne sont pas poursuivis en justice. Plutarque nous dit: voulant rendre la dot. Mais cette restitution est-elle faite pour exécuter une simple obligation morale des usages familiaux ? Les auteurs cités, Esmein, Nouvelle Revue historique 1893, p. 165, Girard, Mélanges, p. 81, note 2, plus catégoriquement que le premier, sont de cet avis. Mais il nous apparaît assez peu vraisemblable que pour exécuter les usages familiaux on en soit arrivé à vendre des biens aux enchères. Polybe est plutôt dans le sens d'une dette. Il nous dit: la dot étant due. Girard, il est vrai, pense qu'elle a pu être due en vertu d'un contrat verbal de restitution, ou bien d'un testament instituant sa femme héritière. Ici encore, il nous paraît impossible de nous prononcer d'une façon catégorique. Notons seulement que les objections viennent de l'idée à priori que l'action rei uxoriae est impossible à cette date.

Le troisième texte est plus clair et plus décisif. Il nous donne un cas d'application, le plus net, de l'action en restitution de dot. Ce cas s'est produit à la mort de Caius Gracchus en 633 de R.F. Diges-

Les témoignages de Plutarque et de Polybe sur la restitution d'une dot à la mort de Paul-Emile.

Difficultés d'interprétation de ces témoignages.

Application de l'action

en restitu-
tion de dot,
à la mort de
Caius Grac-
chus.

te 24.3.66. Javolenus libro sexto ex posterioribus La-
beonis. "In his rebus quas praeter numeratam pecuniam
dote vir habet dolum malum et culpam eum praestare
oportere Servius ait, ea sententia Publili Mucii est,
nam is in Licinia Gracchi uxore /statuit/, quod
res dotales in ea seditione qua Gracchus occisus erat,
perissent, ait, quia Gracchi culpa ea seditione facta
esset, Licinniae praestari oportere". Dans ces choses,
que le mari a reçues, en dehors de l'argent, Servius
dit qu'il est responsable de son dol mauvais et de sa
faute. Publius Mucius est du même avis. Au sujet de la
dot de Licinia épouse de Caius Gracchus, comme les
choses dotales avaient péri dans cette sédition, dans
laquelle Gracchus avait été tué, Publius Mucius dit
qu'elles devaient être fournies à Licinia, parce que
cette sédition avait eu lieu par la faute de Caius
Gracchus.

Pour fonder cette décision un grand nombre d'autorités sont citées par le jurisconsulte Javolenus: Javolenus, Labéon, Servius Sulpicius, Publius Mucius Scaevola. Javolenus était entre le premier et le deuxième siècle de l'ère chrétienne le chef de l'école des Sabiniens. Il était consul en 90. Il écrivit sur les posteriores, c'est-à-dire les œuvres posthumes de Labéon. Labéon, Marcus Antistius Labeo, est un jurisconsulte du début du 1er siècle sous Auguste. Il est mort avant 22 après J.C. Il cite l'opinion de Servius Sulpicius Rufus, contemporain de Cicéron, Consul en 703 et mort en 711. C'est celui qui est déjà cité par Carvilius Ruba et qui a publié un volume de dotibus. C'est déjà un des vétérans parmi les jurisconsultes. On cite encore un plus ancien, Publius Mucius Scaevola, qui fut consul en 627, et pontifex maximus. C'est le fondateur du jus civile, avec Brutus et Manilius, le père de Quintus Mucius Scaevola, qui était lui-même un peu plus âgé que Cicéron et que Servius Sulpicius. Chacun de ces auteurs est évidemment cité comme autorité par le précédent, et Javolenus a réuni toutes ces autorités.

Quelle est la difficulté sur laquelle ces autorités ont tranché ? La dot reçue par le mari peut être, soit de l'argent, soit une res certa. Cette res certa a péri. À la dissolution du mariage se pose l'obligation de restituer. L'objet de l'obligation ayant péri, l'obligation de restituer s'éteint-elle, faute d'objet ? Si la perte résulte d'un cas fortuit, l'obligation est éteinte. Mais si la perte résulte du dol du mari, les jurisconsultes déclarent qu'il en est responsable et qu'il doit toujours payer, qu'il doit toujours exécuter son obligation, c'est-à-dire fournir des dommages et intérêts. Labéon est de cet avis: do-

L'hypothèse
envisionnée est
celle de la
restitution de
dot qui a péri,
en cas de
faute du mari.

lum malum et culpam praestari oportere. Il s'agit donc ici de la théorie classique de la responsabilité des cas fortuits et de la faute. Labéon a cité comme jurisconsulte l'autorité de Publius Mucius Scaevola. Celui-ci a été consulté à propos de la dot de Licinia, femme de Caius Gracchus. Les res certae de la dot de Licinia avaient péri dans la sédition, dans laquelle Caius Gracchus a trouvé la mort. Ses héritiers ou la femme demandent aux jurisconsultes si la perte du corps certain éteint l'obligation. Le jurisconsulte répond qu'elle doit être exécutée, praestari oportere. Les héritiers doivent restituer, car la perte est advenue par la faute de Caius Gracchus. Il est responsable de la sédition. Il est donc responsable de la perte occasionnée par la sédition. C'est une application de la théorie de la faute. Voilà donc le cas. Comment peut-on l'interpréter ?

Il est incontestable qu'il s'agit de l'interprétation d'une obligation juridique, suivant des règles de droit, et faite par un jurisconsulte. On ne peut plus soutenir comme on l'a fait pour la dot de Paul-Emile, qu'on ne sait s'il s'agit de l'exécution d'un devoir moral ou d'une obligation juridique. Mais cette obligation résulte-t-elle d'une stipulation de restitution faite au début du mariage ou de l'obligation légale de l'action rei uxoriae ? Girard à plusieurs reprises soutient que cette obligation résulterait de la stipulation et qu'il ne peut s'agir ici que d'une action ex stipulatu. Il le dit dans son Manuel, livre 3, partie 6, chapitre 2, § 2, sur la dot. Il le répète dans ses Mélanges du droit romain, tome I. p. 84, note 2, p. 91, note I. p. 117, note 8.

Quelle est la raison qui le pousse à répéter si souvent cette affirmation ? Ce n'est pas que pour lui l'action rei uxoriae soit absolument impossible en 633 à la date de la mort de Caius Gracchus, elle est déjà possible, car la loi Aebutia est déjà portée entre 602 et 630, mais étant donné l'évolution qu'il attribue à l'action, action pénale d'abord et prétoriennne, créée seulement pour le cas de divorce injustifié, étendue ensuite à tous les cas de divorce, puis au cas de mort du mari, et devenue enfin action civile, il est invraisemblable qu'une évolution aussi importante et qui a dû passer par de si nombreuses étapes, ait dû se produire si vite, qu'elle ait pu être faite en 633, à la date de la mort de Caius Gracchus. Car à cette époque, d'après notre texte, c'est une action de restitution pour le cas de mort du mari, et non pas de divorce, et c'est une action civile. Les mots répétés à plusieurs reprises de "praestari oportere" sont

L'obligation de restituer résulterait de la stipulation de restitution selon Girard.

des termes classiques désignant l'action civile, des termes qui n'auraient jamais pu être appliqués à une dette résultant d'une action *in factum* du préteur. A la rigueur ceci serait possible pour 633, mais cela est invraisemblable, parce que c'est beaucoup trop tôt. Vous voyez le raisonnement à priori qui pousse Girard à répéter à plusieurs reprises qu'il ne s'agit pas de l'action *rei uxoriae*, mais de l'action *ex stipulatu*. Or, cette conclusion est impossible à maintenir, si l'on veut bien étudier le texte, et ceci pour deux raisons décisives:

1°) Il est impossible d'appliquer à l'action *ex stipulatu* qui est une action de droit strict, la théorie de la responsabilité du dol et de la faute, à une date si reculée, en 633,50 ans par conséquent avant la création de l'action de *dolo*, qui a permis de contaminer en quelque sorte les règles de responsabilité de l'action de droit strict, par les règles de l'action de bonne foi. La théorie du dol et de la faute est née dans le domaine des actions de bonne foi. Elle s'est développée dans ce domaine. Nous ne discuterons pas ce point, qui est important et difficile, mais trop long. Nous indiquerons seulement que cette théorie de responsabilité et de la faute n'a pu être appliquée au droit strict que par la création d'une action pénale, l'action de *dolo*, qui n'a été créée que 50 ans après 633.

2°) La deuxième raison serait elle-même suffisante pour que nous écartions d'une façon décisive l'idée que l'action ici envisagée est une action *ex stipulatu*, car lorsqu'un texte n'est pas suffisamment clair et est controversé, le procédé nécessaire d'explication est de rechercher si la suite du texte ne peut pas l'éclairer. Si nous continuons à lire le passage de Javolenus, dont j'ai cité le début, nous pouvons voir qu'il n'est question nulle part de l'action *ex stipulatu*. Par contre, le texte continue l'exposé de règles qui ne peuvent, celles-là de façon indubitable, que se rapporter à l'action *rei uxoriae*. Je n'en citerai que deux exemples, *Digeste* 24.3.66. § 2. "Filia familias, divortio facto, dotem patri reddi jusserat, deinde parte dotis persoluta, pater decesserat, reliquam partem mulieri solvi debere Labeo et Trebatius putant. Idque verum est. La fille de famille, le divorce ayant été fait, a ordonné que la dot soit rendue au père. La dot n'étant payée qu'en partie, le père est mort, le reste de la dot doit être payé à la femme. Labéon et Trebatius le pensent, et ceci est exact. Cette règle est une règle caractéristique de l'action *rei uxoriae*. Elle appartient en commun au père et à la femme, même par conséquent à la femme qui est sous

Réfutation
de l'opinion
de Girard.

On ne peut
appliquer à
l'action *ex
stipulatu*
la théorie du
dol et de la
faute.

Le texte de
Javolenus ex-
pose des rè-
gles qui ne
peuvent se
rapporter qu'à
l'action *rei
uxoriae*.

la potestas de son père. Cette règle est tout à fait anormale et elle montre l'opposition qui existe entre l'équité, d'après laquelle l'action rei uxoriae doit appartenir à la femme, et le droit d'après lequel seul le père est capable de l'exercer, la femme étant incapable.

Malgré cette incapacité, et spécialement pour le cas de l'action rei uxoriae, le père qui peut seul en fait exercer cette action, tant qu'il vit et que sa fille est sous sa potestas, ne peut le faire exceptionnellement que avec le consentement de sa fille, "jussu mulieris". C'est ce qui a été fait ici et le père en a déjà touché une partie. Mais le père meurt, avant que le paiement soit achevé. A qui la dot doit-elle être continuée à être payée ? A la femme ou aux héritiers du mari ? Le jurisconsulte décide qu'elle doit être payée à la femme. C'est encore la continuation du caractère anormal des règles de l'action rei uxoriae, tout à fait différentes des règles de l'action ex stipulatu, qui devrait être restituée, si la stipulation a été faite, au père et à ses héritiers. Et à la fin du texte Javolenus donne une solution de Labéon. Pour cette solution, il invoque formellement la formule même de l'action rei uxoriae: "ad mulierem pertinere, ait Labeo, quia nec melius aequius esset, quod exigere vir ad uxorem non potuisset, "Labéon dit que ceci doit revenir à la femme, parce qu'il n'aurait pas été le meilleur et le plus équitable que le mari n'eusse pas pu l'exiger de son épouse. La lecture de tout le texte nous indique donc d'une façon certaine qu'il s'agit de l'action rei uxoriae. Elle existe au début du VII^e siècle, et constatation importante, elle existe sous une forme civile, "praestari oportere".

La consultation de Quintus Mucius Scaevola semble indiquer que Licinia a reçu sa dot, puisque le jurisconsulte a déclaré qu'elle était due. Ce fait est contredit par Plutarque, Vie de Caius Gracchus, chapitre 17. Plutarque dit que les ennemis de Caius Gracchus non contents de sa mort privèrent alors Licinia de sa dot. Je signale seulement cette contradiction de fait, qui n'infirme en rien le témoignage de notre texte, car comme le fait remarquer Esmein, si les ennemis de Caius Gracchus ont privé sa femme de sa dot, cela suppose que le droit de la femme à avoir la dot était reconnu à cette date.

D'autre part, notre texte est identifié par la série des autorités qui à propos de cette consultation se sont citées les unes les autres. Il est difficile de trouver une transmission plus régulière et plus certaine et plus d'autorités éminentes.

Nous remarquerons ici que la citation de ce grand nombre d'autorités prouve qu'il s'agit d'une question qui n'était pas en soi évidente. Et pour qu'elle soit établie, il a fallu que l'autorité des jurisconsultes l'interprète dans ce sens.

Quelle est donc la difficulté qui ne permettait pas comme allant de soi d'appliquer à l'action *rei exuriae* la théorie du dol et de la faute ? A mon avis, il s'agit ici d'une constatation très intéressante. Car nous verrons plus loin que la formule *me lius aequius* avait à l'origine une signification très précise et que cette signification très précise s'écartait du sens général de la formule de l'action de bonne foi *ex fide bona*. Mais nous relèverons à l'époque de Cicéron tout un mouvement d'unification, dans lequel les jurisconsultes essaient de réunir l'action *rei uxoriae* aux actions plus générales de bonne foi. Cette décision des jurisconsultes nous paraît être l'un des cas où cette assimilation s'est produite, l'une de ces décisions qui ont fini par faire accorder à la formule de l'action *rei uxoriae*, qui ne pouvait plus garder son sens primitif, le sens général de la formule *ex fide bona*.

§ 2 - Différents cas de restitution.

Quels sont les événements qui donnent naissance à l'obligation de restituer ?

1°- Le divorce. L'action *rei uxoriae* a été créée à l'occasion du divorce. Ce sont les divorces qui l'ont rendue utile, c'est là son domaine origininaire. Ceci résulte de la tradition que nous avons rapportée. Le texte le plus ancien de cette tradition, nous l'avons vu, est celui de Plutarque sur Romulus, qui ordonne de remettre à la femme répudiée à tort la moitié de la fortune du mari. Le témoignage le plus précis est celui qui est rapporté par Aulu-Gelle qui cite Caton. Nous le trouvons encore dans Denys d'Halicarnasse, dans Valère-Maxime, dans Plutarque et dans Tertullien. La première fois qu'on a songé à assurer à la femme le recouvrement de sa dot, c'est lorsque Carvilius Ruga divorça d'avec sa femme.

Cette tradition que nous venons d'établir, l'état des sources nous en donne une confirmation assez sûre. A l'époque classique, la femme a droit à la restitution de sa dot en d'autres cas qu'au cas de divorce. Mais la trace subsiste que c'est toujours le cas de divorce qui est le plus important. C'est le cas qui est pris comme type et comme hypothèse. C'est le cas origininaire et le plus important. Ulpien, en

Le cas de divorce est le plus important.

Le cas du divorce est celui pris pour type de l'application de l'a.r.u. par les juris-consultes.

effet, dans ses *Régulae*, § 6, traite des dots. Il résume sommairement des notions générales sur la dot. Il parle de l'action rei uxoriae, et il n'en parle qu'au cas de divorce. Il n'en dit pas un mot au cas de mort du mari. Et cependant l'action rei uxoriae existait incontestablement à cette époque et depuis longtemps dans ce cas. Fragment 6, § 6, il introduit ainsi l'action rei uxoriae : "Divortio facto si quidem sui juris sit mulier ipsa habet rei uxoriae actionem, id est repetitionem dotis, quod si in potestate patris sit, pater adjuncta persona filia habet actionem rei uxoriae, nec interest adventicia sit dos". le divorce étant fait, si la femme est sui juris, c'est elle-même qui a l'action rei uxoriae, c'est-à-dire la réclamation de sa dot. Si elle est en puissance du père, le père a l'action rei uxoriae, la personne de sa fille lui étant adjointe, il importe peu que la dot soit adventice.

Le Digeste se présente de la même façon, dans le titre spécial consacré à la restitution de la dot, Livre 24, titre 3, soluto matrimonio dos quemadmodum petatur, les textes réunis sous ce titre, malgré son caractère très général n'envisagent exclusivement que le cas de divorce. C'est la seule hypothèse prévue par eux, bien que comme nous le verrons il y ait d'autres cas qui apparaissent ailleurs que dans ce titre. C'est donc le cas le plus important, le plus ancien, qui est pris comme type.

Par contre, nous ne trouvons nulle part aucune trace que originellement l'action rei uxoriae ait été créée pour le cas de divorce injustifié du mari. C'est l'hypothèse soutenue par Esmein, *Nouvelle Revue Historique*, 1893, p. 145 et s. qui est nécessaire à sa conjecture sur l'origine pénale de l'action rei uxoriae. Pour lui, l'action rei uxoriae dans ses débuts aurait été prétorienne et pénale. Elle a été créée par le préteur pour réprimer un délit, le délit commis par le mari, de répudier sa femme sans raison. Esmein est tombé ici dans une erreur fréquente de son temps. Il a essayé d'expliquer la naissance d'une obligation par l'idée de délit.

Un autre exemple aussi fameux et aussi erroné, c'est l'action *Auctoritatis*, l'action en garantie de la mancipation. Les auteurs expliquent en général qu'elle est née d'un délit, et le délit qui aurait été créé, c'est le délit pour le vendeur de vendre ce qui n'est pas à lui.

Ces explications sont liées à une autre idée fort répandue que les obligations nées de délits sont plus anciennes que les obligations nées de contrats, que l'idée d'obligation est née dans le domaine du

L'action rei uxoriae a-t-elle une origine préto-rienne et un caractère pénal (Théorie d'Esmein)?

délit, dans le domaine de la punition d'une infraction. C'est une idée qui, actuellement en général, est critiquée, Fernand de Visscher notamment dans ses beaux travaux, a montré que l'obligation contractuelle est aussi ancienne, sinon plus ancienne, que l'obligation délictuelle et est indépendante. L'inconvénient de ces notions fausses est la nécessité de créer artificiellement un délit et de donner ainsi à ce mot un sens général et incertain, qui ne correspond pas à la notion précise du droit romain. Le délit, pour les jurisconsultes romains, est une infraction à une règle positive du droit, à une défense formelle. C'est donc un acte qui est contraire au droit et qui est fait avec l'intention de nuire. Esmein, après avoir posé le principe, est obligé de dire immédiatement que cette notion s'est effacée aussitôt après cette création, puisqu'elle a été tout de suite étendue à tous les divorces.

Quant à nous, nos chapitres préliminaires nous dispensent de réfuter cette assertion plus longtemps. Par son origine dans la famille, le but primordial de l'action rei exuriae, l'essence même de cette action, est de permettre au juge, tout en faisant restituer la dot par le mari, de lui laisser une partie proportionnée à la faute de sa femme. C'est la retentio propter mores, qui explique la rédaction primitive de l'action rei uxoriae. Elle prévoit donc dès ses débuts et par sa nature même, qu'elle sera exercée dans le cas de faute de la femme. Il est donc impossible de dire qu'elle a été inventée tout d'abord pour punir le mari d'un divorce injustifié. L'aequius melius et son sens originaire empêchent de voir là une action pénale contre le mari. Il faut donc trouver une autre explication.

2°- Dissolution du mariage par la mort du mari.

L'action rei uxoriae a pour domaine originai-
re le cas de divorce. C'est l'hypothèse primitive, c'est le cas pour lequel elle a été créée. Elle fut ensuite étendue au cas de dissolution du mariage par la mort du mari. Cette extension s'est faite assez rapidement, puisque le premier exemple de ce fonctionnement que nous connaissons de l'action est pour ce cas, soit la mort de Paul-Emile en 584, soit la mort de Gaius Gracchus en 632.

La restitution de la dot à la mort du mari a subi un développement indépendant de celui du divorce, mais un développement analogue. L'action rei uxoriae fut aussi dans ce cas une consécration par le droit civil des usages familiaux. Dans le mariage primitif des Romains, qui est le mariage cum manu, la femme n'est pas dépouillée de tout droit à la mort de

La restitu-
tion imposée
par les mores
au cas de
dissolution
du mariage
par la mort
du mari.

son mari, car elle est héritière au même titre qu'un autre enfant, elle est loco filiae. Il ne s'agit donc pas pour la femme de retrouver sa dot, qui est confondue avec le reste de son patrimoine, mais en prenant sa part de l'héritage, elle trouve une compensation. Cette situation privilégiée disparaît avec le mariage sine manu. La femme dans ce mariage libre garde les biens qu'elle n'a pas constitués en dot, mais au point de vue du droit civil, elle perd définitivement tout droit à reprendre sa dot à la mort du mari. Car étant étrangère à la famille de celui-ci, elle n'a aucune part dans sa succession. Par conséquent, dans l'ancien droit, la dot, comme le reste du patrimoine, allait aux héritiers et aurait échappé définitivement à la femme. Le remède à ce danger, la femme le trouve dans les mores, dans les usages. C'est un usage pour le mari de faire son testament, et dans ce testament de laisser à la femme sa dot. On sait que l'obligation morale la plus stricte qui s'impose au père de famille romain, est de faire son testament ; même s'il a des héritiers naturels, il se considérerait comme déshonoré s'il mourait intestat. La succession testamentaire est la première à Rome. Le père fait donc son testament, non pas pour déshériter ses héritiers naturels, car le plus souvent ce sont ses héritiers eux-mêmes qu'il institue héritiers, mais dans son testament, le mari institue souvent sa femme héritière. C'est la règle pur la femme cum manu, car l'heres sua doit être ou instituée ou exhérédée. C'est un usage qui persiste, d'après un grand nombre de textes, pour la femme sine manu.

La femme héritière du mari.

Le "prelegatum dotis".

Mais à côté de cette institution, et quelquefois concurremment avec elle, le mari faisait à sa veuve un legs qui lui est imposé par l'usage. Il est une série de clauses, de style dans les testaments au sujet de ces legs. La plus importante de ces clauses de style était le legs de la dot, que l'on appelle "prelegatum dotis" ou "relegatum dotis". Tout un titre du Digeste lui est consacré et marque l'importance de cette coutume. Digeste, 33, 4, de dote prelegata. Pourquoi ce nom de prelegatum ou de relegatum dotis ? Le premier provient de ce que même quand le mari instituait sa femme héritière, il lui léguait d'habitude sa dot ; c'est un legs précipitaire, qui devait être pris en dehors de sa part d'héritier, et avant de compter avec les autres héritiers. Elle prélevait la dot, à titre de préciput, d'où le nom. Quant au terme de relegatum, il implique une idée de restitution de bien retournant au véritable ayant droit. Digeste 31, 77 § 12 "dos relegata reddi potius

videtur quam dari", la dot relegata paraît plutôt être rendue qu'être donnée.

Legatum do-
tis.

Legatum pro
dote.

L'obligation
légale de
restituer ;
application
de l'a.r.u.

Même après la reconnaissance de l'action rei uxoriae la persistance de l'usage continue. Paul, jurisconsulte du 3ème siècle, nous dit, Digeste 33, 4, 13 : "Paterfamilias dotem ut solet legavit". Ce legs de la dot se fait sous deux formes, legatum dotis ou legatum pro dote. Dans le premier cas, le mari léguait la dot elle-même. Il léguait donc une universalité, une entité juridique. "Dox ipsa, dox generaliter legata est". L'avantage de ce procédé est que le montant du legs était très exactement déterminé par le montant de l'action rei uxoriae elle-même. La même chose était due dans les deux cas. Le deuxième cas, très différent, est le legatum pro dote. Le mari léguait à sa femme un ou plusieurs objets déterminés pour lui tenir lieu de dot, la distinction avait une conséquence pratique très importante. L'objet du premier legs était l'objet même de l'action rei uxoriae. Quant au second objet, il était différent, il suivait les règles des legs, il remplaçait la dot, même si les objets légués ne font pas partie de la dot. C'est une distinction qui ne peut pas être primitive. Le legatum pro dote doit être considéré comme le plus ancien. L'autre, en effet, le legatum dotis, n'est concevable que quand l'obligation de restituer avait acquis une individualité distincte dans la fortune du mari, et il n'a pu exister qu'à partir du moment où l'action rei uxoriae existait elle-même.

Ainsi, comme nous l'avons vu, les moeurs avant la loi font au mari le devoir de songer à l'avenir de sa femme et de lui rendre sa dot. C'est une simple obligation morale qu'il peut ne pas respecter car il a le droit de l'exhéréder, et à plus forte raison, il peut omettre de lui léguer sa dot. Avec le flétrissement de la moralité au VIème siècle, avec le mariage sine manu, qui détruit la solidarité et l'unité matrimoniales, ce danger est plus pressant. C'est alors que l'autorité vient au secours de la femme qui ne doit pas être dépourvue, en créant l'obligation légale.

Cette introduction de l'obligation légale, de rendre la dot à la mort du mari a dû se faire de la façon la plus simple, par l'extension de l'action rei uxoriae déjà créée pour le cas de divorce. Il suffit pour le préteur de déclarer dans son Edit qu'il accordera l'action à la femme au cas de mort de son mari. Cette extension, avons-nous vu, a été faite assez tôt.

Ce qui montre que l'action rei uxoriae remplit ici le même rôle et répond au même besoin que le legatum dotis ou legatum pro dote, c'est l'existence dans

L'édit de
alterutro.

le droit romain de l'édit de alterutro. Cette obligation légale de restituer et sa sanction par l'action rei uxoriae se présentent à cause de cet édit comme une obligation subsidiaire, elle joue si le legs a été omis. L'action rei uxoriae en effet ne se cumule pas avec le legs, et la femme ne peut pas réclamer l'exécution de ces deux obligations. Elle a une alternative de par l'édit : ou bien choisir le legs, ou bien choisir l'action rei uxoriae. Sur cet édit de alterutro nous avons très peu de renseignements, car il a été supprimé par Justinien, et il n'a donc pas été recueilli dans le Digeste. Il nous est connu par une allusion dans une constitution du Code Théodosien. Théodore, 4, 4, 7. "Mulier in edicto quod de alterutro est", et par la Constitution de Justinien qui le supprime. Code 5, 13 § 3 : "Sciendum est edictum praetoris quod de alterutro introductum est". Justinien dans cette constitution supprime l'action rei uxoriae, bien plus, il fusionne l'action stipulatu et l'action rei uxoriae dans une action unique réunissant les avantages des deux. Il abroge en même temps l'action de alterutro.

Nous voyons donc par ces deux textes qu'un préteur de nom et de date inconnus, mais certainement d'une époque très ancienne, a créé une alternative. Lorsque l'action rei uxoriae rend légale la restitution de la dot à la mort du mari, cette restitution peut être assurée par deux moyens : d'une part, l'action civile en restitution, l'action rei uxoriae, d'autre part, la volonté du mari qui a mentionné sa femme dans son testament. Ces deux moyens historiquement ont été créés dans le même but d'assurer à la femme sa dot. Le préteur considère que ces deux procédés ne peuvent être exercés concurremment même si le mari faisant un legs n'a pas spécifié qu'il le faisait comme legatum dotis ou pro dote, la femme n'aura qu'une alternative. Si elle intente l'action rei uxoriae, elle est considérée comme ayant refusé le testament. Judicium mariti non agnovit. Elle n'a pas reconnu la décision du mari. En renonçant au testament, elle écarte tous les avantages qui lui étaient faits, l'institution d'héritier, le legs d'usage, la donation mortis causa, etc.

A l'époque de Justinien, la restitution de la dot était établie depuis longtemps dans l'usage. L'unité historique de ces deux moyens est perdue de vue. Justinien renverse la présomption. Il suppose que quand un mari fait un legs à sa femme, comme il ne pouvait pas ne pas savoir que la restitution de la dot est assurée dans tous les cas, c'est qu'il a voulu ajouter quelque chose à cette restitution. Si sa volonté

Le cumul du
legatum do-
tis et de l'a-
r.u. dans le
droit de Jus-
tinien.

té n'est pas expressément exprimée, s'il n'a pas dit que le legs est fait pro dote et que l'ancienne alternative jouera, la femme exercera concurremment ses deux droits, son droit au legs et son droit à l'action en restitution. Vous voyez comment des changements dans les conceptions peuvent aboutir à des changements importants du droit.

3°- Mort de la femme.

Dans ce cas, à l'époque classique, le mari garde purement et simplement la dot. Elle est acquise définitivement par lui. Les jurisconsultes parlent d'un lucrum dotis, c'est un langage un peu inexact d'un jurisconsulte habitué à la restitution et ayant perdu de vue l'histoire de cette restitution. Car le mari ne gagne pas la dot en la conservant, on ne lui fait aucun avantage nouveau, il ne reçoit aucune donation. Il garde ce qui lui appartient.

Il est une exception cependant très ancienne, c'est l'exception de la dot profectice. La dot profectice est celle qui est constituée par le père de famille. C'est la dot a patre profecta, qui vient du père. Toutes les autres dots sont des dots adventices. Si donc l'ascendant a constitué une dot et qu'il survit à sa fille, les jurisconsultes lui ont donné droit à la restitution de cette dot. S'il est mort auparavant, le mari la garde. Les jurisconsultes donnent une raison curieuse de cette restitution. Pomponius 24,3,6. "Jure succursum est patri, ut filia amissa solatii loco cederet si redderetur ei dos ab ipso profecta et filiae amissae et pecuniae damnum sentiret", le droit est venu au secours du père pour que, ayant perdu sa fille, il ait un équivalent à titre de consolation, si la dot, qu'il a lui-même donnée, lui est rendue, de façon qu'il ne sente pas à la fois le dommage de perdre sa fille et de perdre son argent.

(Vous pourrez remarquer que le jurisconsulte dit "jure succursum est". C'est le droit et non pas le préteur qui a porté secours au père.

A la fin du droit romain, c'est-à-dire à l'époque de Justinien, cette situation est encore changée. Justinien dans la loi I du Code, 5,13 en 513, fusionne les deux actions en restitution, l'action rei uxoriae et l'action ex stipulatu, et les remplace par une seule qu'il appelle l'action ex stipulatu, qu'il y ait ou non de stipulation. Mais cette action conserve tous les caractères utiles de l'une et de l'autre action. Mais l'action ex stipulatu à la dissolution du mariage permet de réclamer la restitution en toute hypothèse, soit à la femme soit à ses héritiers, plus exactement aux stipulants et aux héritiers. Justinien étend expressément cette règle de l'action rei

La dot profectice fait retour au père de la femme s'il est encore vivant à la mort de celle-ci.

L'action ex stipulatu du droit de Justinien.

uxoriae à sa nouvelle action. À partir de Justinien, l'obligation légale de restituer la dot existe donc dans tous les cas de dissolution du mariage.

1°- Au cas de divorce.

Cependant dans la législation impériale, le cas de divorce par la faute de la femme lui fait perdre pour d'autres raisons le bénéfice de sa dot.

2°- Au cas de mort du mari.

Et 3°- au cas de mort de la femme. La dot est restituable en toute hypothèse à la femme ou à ses héritiers. À partir de ce moment, l'ancienne condition de la dot "dotis causa perpetua est" est de toute façon modifiée. La dot est un bien qui n'est donné au mari que pour un certain temps, pour la durée du mariage. C'est de là que provient la conception moderne, mais vous pouvez voir que, avant Justinien, on ne peut savoir dès le début du mariage si la dot sera restituée ou non. C'est une incertitude qui dure jusqu'à la fin du mariage. Car non seulement pour le cas de divorce, mais même pour la dissolution dans les autres cas, la dissolution dépend du hasard, soit de la mort du mari, soit de la mort de la femme, soit de la mort du père et de la survivance de la femme. Par conséquent, jusqu'à la fin du droit romain, il n'y avait pas à proprement parler un droit à la restitution de la dot, il n'y avait pas de créance, même conditionnelle, il n'y avait pendant le mariage qu'une espérance de restitution.

Chapitre VII

ACTION REI UXORIAE - LA FORMULE ET SA SIGNIFICATION PRIMITIVE - LES RETENTIONES.

L'obligation légale de restituer la dot.

A la date à laquelle nous sommes parvenus, l'obligation de restituer la dot est entrée dans le droit. Elle est devenue une obligation légale. Ce fait s'est produit dans le courant du VI^e siècle et vers le début du VII^e siècle. Nous savons que cette obligation légale a été rendue nécessaire par la transformation des moeurs. Elle est une des nombreuses conséquences des grandes transformations sociales, qui se sont produites dans ce siècle sous la poussée des événements qui ont fait de Rome la capitale de l'Europe. Par suite de l'afflux des richesses, l'ancienne austérité des moeurs a cédé la place à des coutumes plus libres. Le mariage libre, le mariage sine manu est devenu le mariage le plus fréquent, et

avec lui le divorce s'est introduit dans les mœurs et se multiplie. En somme l'ancienne solidarité familiale est atteinte par une conception plus individualiste. La femme qui se marie n'est pas assurée, et elle ne le désire pas, de rester toute sa vie l'épouse d'un seul homme. Le divorce devient une éventualité normale et aussi le remariage.

La dot doit être rendue à la femme pour faciliter son remariage. C'est le but de cette restitution qui nous est indiqué expressément par les jurisconsultes. Digeste 21, 3, 1. Pomponius. *Nam et publice interest dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam, replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium*" il est d'un intérêt public que les dotes soient conservées aux femmes car il est très nécessaire qu'elles soient dotées pour pouvoir procréer et remplir la cité d'enfants. En somme, le sort de la femme devient un sort plus personnel et plus individualiste. La femme n'est pas indissolublement liée à la famille dont elle fait transitoirement partie.

Mais pour arriver à ce résultat, pour conserver à la femme en toute occurrence sa dot, la nouvelle action va se heurter à de grandes difficultés doctrinaires, car le but qu'elle doit atteindre est tout à fait contraire aux principes généraux du droit civil. Ces principes généraux découlent de l'ancienne organisation de la famille. Il résulte de cette organisation qu'aucun droit n'est accordé aux membres d'une famille autres que le paterfamilias. Quand la dot est versée au moment du mariage, elle est remise au père de famille, au père de famille dans laquelle entre la femme. Elle lui est remise à titre de propriété et de propriété définitive. C'est le principe de l'unité du patrimoine de la famille qui l'exige. Mais c'est un principe contraire aux faits. Le père de famille n'est pas toujours le mari. À la mort du père de famille, son patrimoine se partage également entre tous les héritiers, et dans ce patrimoine figure la dot, qui doit, elle aussi, être partagée. Elle ne peut donc pas revenir uniquement à la femme. Les jurisconsultes corrigent ce droit ancien pour arriver au résultat nouveau par toute une série de remèdes légaux, que l'on peut appeler même dans certains cas des subterfuges. Par une série de promesses de stipulations prétoriennes et de cautions, il s'efforce d'empêcher la dot de suivre la règle légale et il remplace ces règles par d'autres permettant à la femme de conserver la dot. Ces remèdes sont établis au nom de l'équité, et notamment de cette règle d'équité : les charges du

mariage. La dot doit être là où sont les charges du mariage. C'est cette série de remèdes de fortune, de règles d'exception et de précautions qui forment la condition juridique spéciale de la dot.

En ce qui concerne la restitution, la restitution de la dot se heurte aux mêmes difficultés de principe. La femme, à qui l'on doit conserver sa dot, n'a pas la plupart du temps la capacité nécessaire pour être titulaire d'une créance pour être créancière de l'obligation pécuniaire de restitution. Si elle est en effet mariée *cum manu*, c'est à son mari que reviendrait le droit dont elle reste titulaire légalement. Mariée *sine manu*, en général fille de famille, c'est à son père que doit revenir ce droit. Mais dans la formation nouvelle de l'action *rei uxoriae*, cette capacité de la fille n'est importante à apprécier qu'au moment où on va lui rendre sa dot. Il est inutile de la considérer au moment de la constitution de la dot ni pendant le mariage.

Cette sorte de difficulté va trouver un remède dans le caractère même de l'action qui vient d'être créée. En créant l'action *rei uxoriae*, nous l'avons vu, le préteur ne crée par une règle nouvelle, il transforme en règle légale des usages familiaux. C'est ici que se trouve la nouveauté de ce droit, car les usages familiaux ne sont tenus par aucun des principes du droit civil. Par conséquent pour les faire entrer dans le droit civil, il est nécessaire de briser le cadre traditionnel trop rigide et trop étroit, de créer des règles nouvelles. C'est un droit révolutionnaire fondé sur l'équité. La nécessité de cette transformation paraît suffire pour expliquer les caractères anormaux que présente l'action *rei uxoriae*. Pour justifier ses caractères on a voulu recourir à des explications compliquées, notamment lui donner un caractère pénal primitif. Non seulement ce détour est inutile, mais l'explication directe par l'origine de l'action paraît plus convaincante. Aussi avant d'expliquer la formule de l'action *rei uxoriae* et sa signification, il me paraît nécessaire de passer en revue quelques-uns des caractères particuliers relevés dans l'action. Nous étudierons successivement :

§ 1 - Les caractères particuliers de l'action *rei uxoriae*,

§ 2 - L'*aequius melius* et la formule de l'action.

§ 3 - La signification originale de l'*aequius melius* et les *retentiones*.

Par l'a. *rei uxoriae* le préteur est venu consacrer des usages familiaux.

§ I - Caractères particuliers de l'action rei
uxoriae.

L'origine de cette action dans les usages familiaux me paraît rendre compte d'une façon suffisante de ses traits caractéristiques et de ses caractères anormaux différents des caractères des autres actions civiles. L'action rei uxoriae de par son origine a à peine un caractère pécuniaire. Elle est personnelle à la femme. Basée sur raisons morales, elle est avant tout destinée par un motif d'équité à conserver sa dot à la femme dans la limite de l'équité.

1°) Quel est le fondement de l'action.

La restitution par cette action a pu être assurée sans qu'aucun principe ancien de la condition de la dot n'ait été théoriquement modifié. La dot reste toujours la propriété du mari. Elle lui est remise au moment du mariage à titre de propriété définitive et sans affectation spéciale. Digeste 23.3.I. Paulus, "dotis causa perpetua est, et cum voto ejus qui dat ita contrahitur ut semper apud maritum sit", la cause de la dot est perpétuelle et dans l'intention de celui qui donne elle est ainsi créée de façon à rester toujours au mari. Ce ne sera donc pas, au moment où la dot est donnée que naîtra l'obligation de restituer. Pour que cette obligation de restituer date de ce moment, il faudrait une stipulation spéciale et une obligation ex stipulatu. L'obligation de restituer ne résultera pas davantage de ce que la dot est un bien affecté à des charges spéciales. Si les Romains l'avaient considérée juridiquement de cette façon, la dot serait un bien qui serait sans cause entre les mains du mari, quand l'affectation spéciale aurait disparu. Par conséquent la demande en restitution pourrait être faite à l'aide d'une conductio sine causa, une action de droit strict. Il n'en est pas ainsi, et le droit civil ne nous donne aucune trace d'une action de cette sorte. Ce sera donc au moment où la femme aura besoin de cette restitution que la question se posera de savoir si la dot doit ou non lui être restituée. Ce sera donc au moment de la dissolution du mariage, à ce moment seulement, que les pouvoirs seront donnés au juge de déterminer en équité et suivant les circonstances si la dot doit être rendue et combien de cette dot doit être rendu.

Le mari reste propriétaire de la dot; c'est au moment de la dissolution du mariage que le juge intervient pour statuer sur la restitution.

2°) Détermination du bénéficiaire de la restitution.

Seule la femme peut bénéficier de la restitution.

Ce bénéficiaire, d'après l'origine de notre action, doit être la femme, et uniquement la femme. C'est pour elle que l'action a été créée, dans le but de lui conserver une dot pour qu'elle puisse se remettre. Etant donné que cette action ne s'embarrasse pas de principes juridiques, la possibilité de cette restitution sera strictement appréciée au moment même où la restitution devra être faite, et ce sera une grande supériorité de l'action rei uxoriae sur l'action ex stipulatu. Celle-ci, en effet, a été créée au moment de la constitution de dot; pour que la femme puisse en bénéficier, il faut qu'elle soit capable de faire une stipulation, capable par conséquent de recevoir la dot au moment même où elle l'abandonne, c'est-à-dire au début du mariage. Et il faut en outre qu'elle reste capable de la recevoir sans subir de capitio deminutio depuis la constitution de dot jusqu'à la fin du mariage. Or, cette situation, c'est le cas le moins fréquent, c'est un cas anormal; le plus souvent la femme est in potestate, c'est alors le père qui peut faire cette stipulation, mais s'il la fait, il en garde le bénéfice, lui et ses héritiers, et ce n'est pas à la femme qu'elle revient. Dans le mariage cum manu, nous avons vu que cette stipulation ne pouvait pas jouer, qu'aussitôt après le mariage, la femme subit une capitio deminutio.

C'est au moment de la restitution que la capacité de la femme est appréciée.

Le paterfamilias a besoin de l'autorisation de sa fille alieni juris pour intenter l'action.

Pour l'action rei uxoriae, aucune de ces règles n'est valable. C'est au moment de la restitution que la capacité de la femme à recevoir sa dot est appréciée. Peu importe la situation antérieure. Si donc à ce moment elle est sui juris, c'est elle qui a l'action, puisqu'elle a capacité pour l'exercer. Ulprien, Regulæ, 6.6. "Divortio facto, si quidem sui juris sit, mulier habet rei uxoriae actionem, id est repetitio- nem dotis", le divorce étant fait, si la femme est sui juris, elle a l'action rei uxoriae, c'est-à-dire la répétition de la dot. Si, au contraire, elle est filia familias, les principes du droit romain s'opposent absolument à ce qu'elle puisse exercer elle-même son action, car elle est incapable d'agir. L'action rei uxoriae est donnée au père de famille. C'est lui qui l'exerce, mais par une anomalie unique, il ne peut l'exercer seul. Malgré son incapacité, la fille doit intervenir. Ulprien, Regulæ, 6.6. "Quod si in potesta- te patris sit, pater adjuncta filiae persona habet ac- tionem rei uxoriae", si la fille est sous la puissance de son père, le père a l'action rei uxoriae, la per-

sonne de sa fille lui étant adjointe. Cette autorisation de la fille est une étrange anomalie pour le droit civil, puisqu'elle n'a aucune capacité pour la donner. Aussi les jurisconsultes essaient d'expliquer cette anomalie sans y parvenir. Ils nous disent que la dot est au père et à la fille. Digeste, 24.3. Loi 2, que la dot est commune au père et à la fille, Digeste 46.3.36 § 5, ou même que la fille est ainsi comme associée au père, "quia in causam dotis particeps et quasi socia obligationis patris filia esset", parce que en ce qui concerne la dot la fille partage avec le père et est comme associée au droit du père. Cette autorisation, cette participation de la fille n'est tenue à aucune forme légale, et elle est valable, quelle que soit la façon dont elle se produit, notamment le fait pour la fille de ne pas contredire le père exerçant l'action vaut l'autorisation.

Il n'empêche que c'est pour la fille que le père touche la dot, et parce qu'il n'est pas possible qu'il soit fait autrement. Aussi chaque fois que la restitution directe à la fille est possible, l'équité reprend sa force, et la dot doit être rendue à la fille, sans tenir compte des règles de droit ordinaires. D'après les règles de droit, en effet, la *litis contestatio* qui transforme l'obligation primitive au droit d'obtenir le jugement éteint la première obligation et la remplace par le droit pour la personne qui avait la *litis contestatio* d'obtenir un jugement sur cette formule. C'est donc dans la personne qui avait la *litis contestatio* que le droit est définitivement fixé par les règles ordinaires. Or, dans trois cas indiqués par les jurisconsultes, nous voyons la physionomie tout à fait spéciale de l'action *rei uxoriae*, qui ne suit pas cette règle.

1°) Digeste 24.3.31. § 2. Le procurator du père a obtenu la *litis contestatio* au nom du père, *volunta te filiae*, avec l'autorisation de la fille. Le procès a été jugé dans cet état. Après le jugement le père meurt. Le jurisconsulte décide que l'action *judicati* pour exécuter le jugement sera donnée au nom de la fille et non pas au nom des héritiers du père.

2°) Digeste 24.3.66. § 2. Un procès est jugé au nom du père avec l'autorisation de la fille. Une partie de la dot est payée. Le père meurt. Le reste de la dot sera payé, non pas aux héritiers, mais à la fille, pensent Labéon et Trébatius, et Javolénus dit "verum est", et cela est exact. A moins que le père par une délégation ou par une promesse n'ait fait une novation et n'ait remplacé la cause du droit venant de l'action *judicati* en une autre cause venant de la délégation

C'est pour sa fille que le paterfamilias touche la dot.

ou de la promesse, dans ce cas le régime spécial de l'action rei uxoriae doit cesser et nous rentrons alors dans les règles habituelles du droit qui a fixé d'une façon définitive dans la personne de celui qui a ce droit la possibilité de l'exercer.

3°) Digeste 48.20.I0.I. Une solution du même genre intervient ici, elle est cependant moins rigoureuse, parce que celui qui s'oppose à la fille est le fisc.

Pour expliquer ce caractère anormal, les auteurs et en particulier Esmein rapprochent les caractères de l'action rei uxoriae de ceux de l'action d'injures, lorsque l'injure a été faite à un fils, la loi veut autant que possible que le fils profite de la condamnation. Mais ces rapprochements sont tous extérieurs, car ce ne sont pas les mêmes règles qui figurent dans ces deux actions. Esmein le reconnaît lui-même. Ce sont des règles de même nature, et qui viennent du même principe d'équité, mais qui n'ont pas été empruntées les unes aux autres. Il n'est donc pas nécessaire d'invoquer un autre caractère que le caractère propre de l'action rei uxoriae pour les expliquer.

4°) Caractère personnel de l'action rei uxoriae.

L'action rei uxoriae est accordée à la femme seule, dans son intérêt. Elle lui reste étroitement personnelle. Elle ne passe pas à l'héritier de la femme. C'est une action qui est intransmissible activement, c'est-à-dire que le mariage étant dissous par le divorce, la femme meurt avant d'avoir exercé son action, plus exactement avant d'avoir fixé le droit en mettant le mari en demeure de restituer, l'action s'éteint, elle ne passe pas à l'héritier. Ulpien, Regulae, 6.7.

Il y a même des traces que cette action était intransmissible passivement. Seul primitivement le mari devait être obligé de restituer; s'il meurt avant cette restitution, la femme ne peut exercer son droit contre les héritiers du mari, ou plus exactement ici encore avant qu'elle ait fixé le droit par la mise en demeure qu'elle fait à son mari indiquant l'intention de l'exercer. C'était le cas du judicium de moribus, qui est intransmissible passivement et activement. Peut-être est-ce même le cas pour le droit classique de l'action rei uxoriae au cas de divorce. Il se peut que l'ancienne règle ait subsisté, même dans le droit classique, pour le cas originaire de l'action. Cette interprétation résulterait d'un texte un peu douteux, qui se trouve dans les Fragmenta Vaticana, § 98, Paulus, respondit: "id quod dotis nomine marito datum est post mortem mariti si nulla mora intercessit apud heredem mariti remanere oportere", Paul ré-

L'action rei uxoriae est intransmissible, activement.

A l'origine, elle était aussi intransmissible passivement.

pondit que ce qui a été donné en qualité de dot au mari, après la mort de celui-ci, s'il n'y a aucune mise en demeure, doit rester à l'héritier du mari. Le cas de ce texte paraît être le cas de divorce: avant la mise en demeure, le mari meurt, l'action rei uxoriae s'éteint.

Caractère moral de l'a. rei uxoriae.

Sans discuter davantage ce dernier cas, ces règles suffisent pour montrer que l'action rei uxoriae a à peine un caractère pécuniaire, un caractère patrimonial. Avant tout, c'est un caractère moral. L'action rei uxoriae ne s'embarrasse pas des règles ordinaires du droit, parce qu'elle suit des règles qui sont nées hors du droit, qui sont toutes du domaine de l'équité. Le juge est ici un juge en équité avec des pouvoirs exorbitants, il est pro censure. Du premier coup en créant cette action nouvelle, le préteur a créé un droit révolutionnaire, et il a été jusqu'au bout de la libération du droit strict par les règles de l'équité et de la bonne foi. Voyons maintenant à l'aide de quelle formule il a atteint ce résultat.

§ 2 - L'aequius melius et la formule de l'action rei uxoriae.

Nous chercherons ici à déterminer ce que nous pouvons connaître de la formule de l'action rei uxoriae, sous la procédure formulaire.

- 1° - Les mots *quod aequius melius erit*.
- 2° - La présence du mot *oportere* dans la formule.
- 3° - Nous essaierons de reconstituer cette formule.

Place de la formule dans l'édit.

Pendant toute la durée de la procédure formulaire l'action rei uxoriae, comme toutes les actions, avait sa formule proposée par le préteur dans son édit. Nous savons même à quelle place se trouvait l'action. Lenel dans son édit perpétuel, titre 20, § 16, nous dit qu'elle se trouvait au titre, *Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*, le mariage étant dissous, comment la dot est-elle réclamée ? Dans cet édit se trouvait la formule de l'action rei uxoriae, en même temps que l'édit de alterutro, l'action de rebus amotis et le judicium de moribus, peut-être même y avait-il encore d'autres actions. Ce titre se trouvait après les judicia de bonne foi, avec lesquels notre action s'apparente étroitement, comme nous allons le voir. Le modèle de la formule, nous ne le connaissons plus. Il est disparu de nos textes juridiques, et cela pour deux raisons: pour une raison générale d'abord: l'immense

Disparition de la formule dans nos textes.

majorité des formules qui figuraient dans l'édit du préteur ont disparu. Nous n'en conservons qu'un tout petit nombre, celles qui figurent dans le manuel de Gaius, dans les Institutes, à titre d'exemples. Car dans le Digeste de Justinien les formules ont été systématiquement écartées des extraits, des commentaires de l'édit, qui y sont recueillis. La procédure formulaire est abolie, elle est remplacée depuis longtemps par la procédure extraordinaire, et les formules n'ont plus d'intérêt. Il y a en outre une deuxième raison: c'est que l'action rei uxoriae a été spécialement abrogée par Justinien. Code 5.13.1. Elle a été remplacée par une action nouvelle, qu'il appelle action ex stipulatu.

1°) Quod melius aequius erit.

Si nous ne connaissons plus l'ensemble de la formule, nous savons de façon sûre qu'elle comportait principalement ces mots: quod aequius melius erit et que ces mots étaient la partie principale de la formule. Ces mots lui donnaient tout son sens. Une série de textes nous apportent ce témoignage, soit dans le Digeste, soit hors du Digeste. Les plus nets et les plus décisifs, sont les textes de Cicéron, ce sont des passages bien connus, souvent cités, qui sont essentiels pour l'histoire du droit de bonne foi, et dont on n'a pas suffisamment tiré tout ce que l'on pouvait en tirer au point de vue de l'histoire de ces actions. Pour le moment nous nous contenterons de les rappeler seulement en ce qui concerne les mots essentiels de la formule rei uxoriae. Cicéron, Topiques, 17.66. "Imprimisque in arbitrio rei uxoriae in quo est quod aequius melius" avant tout dans l'arbitrium rei uxoriae dans lequel se trouve ce qui est le plus équitable et le meilleur. Cicéron, de Officiis, 3.15.61. "Reliquorum autem judiciorum et verba maxime excellunt..... in arbitrio rei uxoriae, melius aequius, dans les autres judicia ces paroles sont tout à fait excellentes dans l'arbitrium rei uxoriae melius aequius.

Que cette formule caractéristique se soit maintenue chez les jurisconsultes classiques, c'est ce que nous apprennent deux textes du Digeste: un texte de Proculus au début du premier siècle, un autre de Javolénus à la fin citant Labéon, Digeste, 46.3. de solutionibus, 82, Proculus, libro quinto epistularum, "nec melius nec aequius esse existimarem eum fundum reddi Seiae", j'estimerai qu'il ne serait pas le meilleur et le plus équitable que ce fonds soit rendu à Seia. Digeste, 24.3.66. Javolénus, libro sexto, ex posterioribus Labeonis, § 7. "Ad mulierem pertinere, ait Labeo, quia nec melius aequius esset quod exigerit vir

La partie principale de la formule:
quod aequius melius erit.
Les preuves.

ab uxore non potuisset", Labéon dit que ceci doit revenir à la femme, parce qu'il n'aurait pas été le plus équitable et le meilleur que le mari ne puisse l'exiger de l'épouse. Et enfin nous le voyons dans les abréviations de Valérius Probus. Girard, Textes de Droit Romain, p. 218, 29. "M.A.E.", melius aequius erit. Valérius Probus donne toute une liste d'abréviations de formules. Ces mots ici sont incontestablement l'abréviation de la formule de l'action rei uxoriae, et l'explication de cette abréviation. Il résulte donc de ces témoignages que la formule de l'action rei uxoriae contenait ces mots: "quod aequius melius erit".

2°) Oportere.

La formule contenait-elle aussi un oportere, ou un praestare, ou même reddi oportere ? Il me semble que le témoignage des textes apporte une preuve formelle de la présence de cet oportere dans la formule. Evidemment cette présence a été niée. Pour quelle raison ? La présence d'oportere dans la formule en effet est une preuve certaine qu'il s'agit d'une action civile *in jus concepta*, et non pas d'une action *in factum*. Gaius, Institutes 4, 45. "Sed eas formulas in quibus de jure quaeritur conceptas vocamus; quales sunt quibus intendimus nostrum esse aliquid ex jure quiritium, aut nobis dari oportere, in quibus juris civilis intentio est. 46. Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta est". Mais ces formules dans lesquelles on s'inquiète du droit, nous les appelons formules concues en droit, telles sont celles par lesquelles nous prétendons que quelque chose nous appartient, d'après le droit des quirites, ou que quelque chose doit nous être donné. Dans ces formules l'intentio est de droit civil. 46. Les autres formules, nous les appelons concues *in factum*, ce sont celles dans lesquelles il n'y a pas cette sorte d'intentio. D'après ce passage, si nous trouvons dans une formule les mots techniques ex jure quiritium, nous savons qu'il s'agit d'une action réelle et d'une réclamation d'un droit de propriété, d'après le droit civil. Si au contraire, nous trouvons le mot oportere, nous savons qu'il s'agit d'une action personnelle, et de la réclamation d'une obligation qui est valable, d'après le droit civil. Il s'agit d'une action civile *in jus*.

La présence d'oportere dans notre formule se heurte donc à la doctrine de Girard et des autres, d'après laquelle dans les actions de bonne foi une action *in factum* a précédé l'action *in jus* et dans laquelle la formule primitive aequius melius repré-

La preuve de la présence dans la formule du mot "oportere".

"oportere"
la formule
la doctrine
Girard sur
origine des

actions de
bonne foi.

senterait l'action in factum avant qu'elle ne soit devenue en droit classique une action de bonne foi. Parmi les autres actions de bonne foi, avant qu'elle soit devenue une action civile. Cette présence se heurte encore à la thèse voisine d'Esmein, qui assigne à notre action une origine pénale et prétorienne. Ici encore, il me semble que les textes examinés sans parti pris donnent tort à la théorie. C'est d'ailleurs ce qui est de plus en plus reconnu, parmi les derniers auteurs, en particulier par Grosso, dont nous allons parler. On n'accepte plus cette conclusion et on admet de plus en plus que l'action rei uxoriae est une action civile.

L'emploi
d'"oportere"
par les vete-
res et par
les juriscon-
sultes classi-
ques.

Jurisconsultes vétérans et jurisconsultes classiques se réunissent pour employer ce terme technique oportere à propos de la restitution qui est due, et on peut dire qu'il est certain que c'est en se référant aux paroles mêmes de la formule qu'ils emploient le mot. Le témoignage le plus ancien est, rappelons-le, le premier témoignage de l'existence de l'action et c'est un témoignage du jurisconsulte Mucius Scaevola, donné en 633 à la mort de Caius Gracchus. Digeste 24.3.66. "Nam Publius Mucius statuit res dotales Licinia praestari oportere". Publius Mucius décida que les choses dotales devaient être données à Licinia. Ce témoignage est confirmé par un témoignage de Cicéron, Topiques 17.66. "Imprimisque in arbitrio rei uxoriae in quo est quod aequius melius... quid virum uxori quid uxorem viro praestare oporteret", avant tout dans l'arbitrium rei uxoriae, dans lequel se trouve ce qui est le plus équitable et le meilleur..., ce qui devra être fourni par le mari à l'épouse, par l'épouse au mari. Nous trouvons le même langage dans les jurisconsultes classiques. Gaius 17.2.66. "Quod si eo tempore quo dividitur societas in ea causa dos sit ut certum sit eam vel partem ejus reddi non oportere", parce que à l'époque où la société est dissoute la dot est dans cette condition qu'il est certain qu'on n'est pas obligé à la rendre en tout ou en partie. Le jurisconsulte ici examine quels sont les biens qui doivent être partagés au moment de la liquidation d'une société. L'un des deux sociétaires est un homme marié. La question se pose de savoir si la dot doit ou non figurer dans la société. Le jurisconsulte répond que si le partage de la société se fait à une époque où il est certain que la dot ne sera pas remise à la femme, elle sera comprise dans le partage de société. Ce qui nous importe, c'est la façon dont il dit: *dotem reddi non oportere*. Paul, 12.2.30. § 2. Si juravit decem dedisse in dotem hoc solum non erit quaerendum an data sint sed quasi

data sint quod in eo reddi oportet praestandum erit", si la femme a juré qu'elle a donné 10 en dot, il résultera de son serment cela seulement qu'on ne recherchera pas si elle a donné véritablement 10, mais on lui rendra ce qui doit être rendu de ses 10, comme si elle les avait donnés. Ici le jurisconsulte indique un certain nombre de cas dans lesquels la preuve de ce qui a été donné en dot peut être faite par un serment de la femme. Le jurisconsulte distingue suivant la nature des serments. Si la femme jure qu'on doit lui rendre 10, ce sera cette somme qui devra figurer dans l'action rei uxoriae, mais si elle a juré qu'elle a donné 10 en dot, elle n'est dispensée seulement que de la preuve à apporter que ces 10 ont bien été réellement donnés en dot, et comme l'indique le reste du texte, l'action rei uxoriae suivra les règles ordinaires, étant posé en principe que 10 ont été données en dot, et l'on appliquera les règles pour savoir ce qui doit être restitué, quod aequius melius erit. Ici encore j'ai cité ce texte pour vous montrer la façon particulière dans laquelle le jurisconsulte s'exprime pour montrer l'obligation: in eo reddi oportet.

3°) Essai de reconstitution de la formule.

Nous conclurons donc que la formule de l'action rei uxoriae comportait un oportere. Il est bien entendu que cet oportere lui donnait le caractère d'une action civile.

Sur ces données assez incertaines, les auteurs ont essayé de reconstituer la formule probable de l'action rei uxoriae. Ces reconstitutions se trouvent notamment dans Dernburg, Geschichte und theorie des Compensation, 1818, p. 102, Rudorff, Edit perpétuel, § 120, p. 124, Czylharz, Dotalrecht, p. 364, Bechmann, Dotalrecht, 2. p. 324., Lenel, Edit perpétuel, 2. p. 21, Karlowa Römische Rechtsgeschichte, 2. p. 221. Arangio Ruiz, Formule con demonstrazione, p. 110, Grossi, judicium rei uxoriae, p. 13. Toutes ces reconstitutions sont arbitraires et contestables en quelque partie, car nous manquons de données précises et en outre ces reconstitutions sont toutes faites sur le modèle des actions du droit classique. Elles sont régulièrement formées avec toutes les parties bien distinctes de la formule: demonstratio, intentio et condemnatio. La formule de l'action rei uxoriae est une formule plus archaïque que les formules des actions ex fide bona. Elles sont d'une autre source. Il se peut que le modèle archaïque ne respectait pas d'une façon aussi tranchée les catégories qui n'ont d'ailleurs été distinguées que par le droit classique.

Les essais de reconstitution. Leur caractère arbitraire.

La place de l'aequius melius.
Intérêt qu'il y a à la préciser.

Lenel place l'aequius melius dans la condamnation.

Critique de la formule de l'a. rei uxoriae telle qu'elle est reconstituée par Lenel.
L'aequius melius a sa place dans l'intentio.

Plus intéressants que le détail de ces formules sont les problèmes de fond que pose leur rédaction. Le problème le plus important, c'est la question de savoir où se trouvait l'aequius melius, dans l'intentio ou dans la condamnatio. L'intentio est cette partie de la formule où est déterminé ce qui est du droit. "Quid debitum est". Si l'aequius melius se trouve dans l'intentio, c'est l'obligation elle-même de restituer, qui est diminuée par le droit, qui est diminuée de tout ce qui peut être réduit de la formule par l'aequius melius, et notamment ce sont les retentiones, qui diminuent la dot ipso jure. Si, au contraire, l'aequius melius se trouve dans la condamnatio, en droit toute la dot est due, mais le juge tire de l'aequius melius la possibilité de modérer la condamnation, de la réduire.

Les auteurs pour la plupart, et avec raison, placent l'aequius melius dans l'intentio sauf Lenel, Edit perpétuel, 10.2.20. Lenel entraîné par l'exemple des actions in bonum et aequum conceptae place l'aequius melius dans la condamnatio sans pourtant en faire une action prétorienne in factum comme ces sortes d'actions, car il y met un oportere qui en fait une action in jus. En réalité, c'est en s'abusant par une ressemblance extérieure, qu'on veut ranger l'action rei uxoriae parmi les actions in bonum et aequum conceptae. Dans ces actions in bonum et aequum conceptae, la caractéristique en effet du pouvoir du juge est de modérer la condamnation par l'aequum et bonum. La formule de Lenel basée sur ces principes a une intentio in jus et une condamnatio incerta. "Si paret Numerium Negidium Aula Ageria dotem partemve ejus reddere oportere". Puis la condamnatio: "Quod aequius melius erit ejus judex Numerium Negidium Aula Ageria condemna, si non paret absolve". Cette formule n'a pas de démonstration. Elle a le mérite de la simplicité, mais elle part d'un faux point de départ. L'aequius melius se trouve dans l'obligation et non pas dans la condamnation. Cela résulterait à priori assez bien de l'origine assignée par nous à cette action. L'obligation de restituer la dot en soi n'est pas une obligation légale. C'est un devoir moral pour le mari de ne pas renvoyer sa femme sans ressource. C'est un devoir moral pour lui de lui donner ce qu'il estime juste, étant donné les conditions du divorce. C'est cette obligation morale qui a été traduite en obligation juridique, mais elle a été traduite telle qu'elle était: c'est l'obligation de rendre la partie de la dot qu'il est juste de rendre. Ceci n'est qu'un raisonnement à priori, et par conséquent une preuve

insuffisante. Mais elle se trouve confirmée par les textes. Nous trouvons d'abord dans Cicéron, dans des textes que nous étudierons, *De Officiis*, 3.15. § 61. Topiques, 17.66, que Cicéron rapproche le *quod aequius melius* de l'*ex fide bona*, de la formule de l'action de bonne foi. Or l'*ex fide bona* se trouve dans l'*intentio*, et même dans le second cas il dit expressément que le *quod aequius melius* erit détermine le *praestare oporteret*. C'est ce que nous venons de voir dans le texte que nous venons de citer. Donc c'est ce qui est in *obligatione*. Les jurisconsultes classiques tiennent le même langage. C'est au *reddi oportere* qu'ils rapportent l'*aequius melius*, donc c'est à ce qui est dans l'*obligation*. Eux aussi, et avec une assurance de technicité beaucoup plus grande que celle de Cicéron, nous disent la même chose. *Proculus Digeste* 46.3.82. "Nec aequius nec melius existimarem, eum fundum Seiae reddi". Je ne penserai pas que ce soit le meilleur et le plus équitable que ce fond soit rendu à Seia. Javolénus livre VI *ex posterioribus Labeonis*, 24.3.66. § 7. "Quia nec aequius melius esset, quod exigere vir ab uxore non potuisset et ob id ex detimento viri mulierem locupletari", parce qu'il ne serait pas le meilleur et le plus équitable que le mari ne puisse pas exiger cela de son épouse, et à cause de cela que l'épouse soit enrichie au détriment du mari. Cette façon de parler doit être opposée au langage des jurisconsultes dans l'action *injuriarum*, dans cette action *in bonum et aequum concepta*, par exemple, *Digeste*, 47.10.18. *Principium et 44.7.34*. "Bonum et aequum non esse condemnari", il n'est pas bon et équitable qu'il soit condamné.

La formule de l'a. rei uxoriae selon Karlowa.

C'est donc avec raison que les autres auteurs mettent l'*aequius melius* dans l'*intentio*, et en font une détermination de ce qui est dû. La formule la plus simple est celle de Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, p. 222, approuvée par Arangio Ruiz et Grossi. La *demonstratio* et l'*intentio* de cette formule sont incertaines, comme dans les actions de bonne foi. La *demonstratio*, "quod Aula Ageria Numerio Negidio marito dotem dedit"; l'*intentio*: "Quod ejus melius aequius erit Aulae Ageriae reddi"; et la *condemnatio*: "Ejus judex Numerium Negidium Aulae Agerias condemna si non paret absolve", parce que Aula Ageria a donné une dot à son mari, juge de celle-ci, condamne Numerius Negidius à ce qui sera le meilleur et le plus équitable de ce qui doit être rendu à Aula Ageria.

Cette formule assez simple n'est pas sans objection. Nous pourrons d'abord faire une objection grammaticale. Cette suite de deux "quod" à sens diffé-

Critique.

rènt n'est pas très correcte, et au point de vue du fond, cette formule est trop influencée par la formule des actions de bonne foi. Elle devait être plus archaïque que cela. En outre, il est probable que la formule prévoyait la dissolution du mariage, plutôt que le fait que la dot a été donnée. Nous avons vu en effet que c'est l'éventualité de la dissolution du mariage qui fait naître l'obligation, ce n'est pas la constitution de dot. D'ailleurs, cette constitution de dot a pu être faite par d'autres personnes que la femme. Ce qui semble prouver cette manière de penser, c'est que dans les cas exceptionnels où l'action rei uxoriae peut être exercée pendant le mariage, les jurisconsultes nous disent qu'elle ne peut être exercée qu'avec fiction de divorce. Code, 5.12.30 in fine.

"*Ficti divortii falsa simulatio stirpitus cruenta*", que cette fausse simulation d'un divorce fictif soit écartée complètement. Et enfin d'après ce que nous avons dit, la formule devrait comporter un oportere.

Nous trouvons dans le code 13.5.13.I. donnée par une scolie d'un jurisconsulte byzantin une stipulation qui est modelée sur l'action rei uxoriae. Elle s'exprime ainsi: "promittisne si solutum fuerit matrimonium dotem mei reddere, ac si eam dedisses patri rei uxoriae actionem instituenti", Me promets-tu si le mariage est dissous, de me rendre la dot, comme si tu la rendais au père intentant l'action rei uxoriae ? Cette stipulation nous dit le jurisconsulte est modelée sur l'action rei uxoriae. Elle nous permettra donc de reconnaître ce qui vraisemblablement figurait dans l'action, notamment la condition, "si solutum fuerit ou fuit, matrimonium". C'est donc une démonstration de cette espèce, par laquelle nous pensons que doit commencer cette formule, et nous proposons la formule suivante: "Si solutum fuit matrimonium (divortio aut morte mariti), quod ex dote melius aequius erit reddi oportere ejus judex Numerium Negidium Aula Ageria condamna. Si non paret absolve", si le mariage a été dissous, soit par le divorce, soit par la mort du mari, ce qui sera le meilleur et le plus équitable de devoir rendre de la dot, juge, condamne Numérius Négidius envers Aula Ageria, si non paret, absolve.

§ 3 - Signification originale de l'aequius

melius. Les retentiones.

Les résultats auxquels nous sommes parvenus vont nous permettre de déterminer avec une suffisante certitude le sens primitif des mots dans la formule. Je

Larges pouvoirs conférés au juge, en vertu de l'aequius melius.

veux dire le sens primitif des instructions que le préteur qui a admis cette formule dans le droit civil a voulu donner au premier juge qui l'a appliquée. C'est un sens précis et limité. Il s'agit de permettre au juge d'appliquer les usages familiaux. Si, comme nous le pensons, elle apparaît pour la première fois dans le judicium de moribus, elle a été tout d'abord restreinte à l'appréciation de la gravité de la faute commise par la femme et en proportion de cette gravité à l'appréciation de la part de la dot qui doit lui être enlevée et qui doit rester au mari. Le domaine origininaire de l'aequius melius est un domaine étroit. C'est l'appréciation des mores.

Si ces pouvoirs ont un objet limité et précis, ils sont considérables et tout à fait nouveaux. Nous avons vu en effet dans le droit strict que le juge est plutôt un liquidateur qu'un véritable juge. Il est tenu par des règles étroites d'appréciation, il n'a pas de liberté. Si la parole a fixé à l'avance la somme qui est due, c'est cette somme à laquelle il devra condamner sans pouvoir y ajouter un sesterce. Si c'est une res certa qui est due, il doit évaluer exactement la valeur de cette chose, "quanti ea res erit", au combien cette chose sera. Si c'est une res incerta, ici même encore l'obligation doit être étroitement déterminée. Le juge est, il est vrai, un peu libéré par l'incertitude même de ce qui est à déterminer, mais il n'est pas libéré par des règles d'évaluation plus larges. Ici au contraire il s'agit d'une appréciation morale. On doit apprécier la gravité des fautes contre les mores, les déterminer en valeur pécuniaire. Pour déterminer ce que peut valoir cette appréciation, aucune règle d'estimation pécuniaire n'est possible. Le préteur donne au juge le pouvoir d'apprécier en équité, d'apprécier pro censure quod aequius melius erit, au meilleur et au plus équitable.

Deux applications topiques de ce pouvoir d'équité sont données dans les deux exemples les plus anciens de jugements rendus. Cnéius Domitius, juge une femme que le mari a répudiée parce qu'elle a bu du vin. C'est un cas précis de mores graviores, d'après les anciens usages, et d'après ces anciens usages, cette faute devrait aboutir à la confiscation de la dot. Cnéius Domitius jugea la femme coupable d'avoir bu plus qu'elle n'aurait dû, et cependant il se contente d'une simple amende, multatavit de dote, il la frappe d'une amende sur sa dot. C'est que d'après les moeurs nouvelles et plus rationnelles on n'apprécie plus de même façon la gravité de la faute et cette faute glisse des mores graviores dans les mores leviores, avant

Différences entre action de droit strict et a. rei uxoriae.

A côté des mores des causes péouniaires vont intervenir qui serviront à fixer le montant de la restitution.

de disparaître totalement. De même Marius juge une accusation d'adultère, mores graviores s'il en fut. Pourtant il se contente d'une condamnation théorique, à un sesterce. C'est qu'il trouve dans les circonstances de la cause des motifs d'équité suffisants pour modérer la sentence, jusqu'à la faire disparaître. Ce grand pouvoir résulte des termes très généraux et très vagues des instructions qui sont données au juge. Combien ces paroles sont différentes des formules jusqu'ici en usage dans le droit strict. Gaius 4.38. "Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere judex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia condemna si non paret absolve", si il apparaît que Numerius Negidius doit donner à Aulus Agerius 10.000 sesterces, juge, condamne Numérius Negidius envers Aula Ageria à 10.000 sesterces. La formule que nous venons de donner est la formule de la *condictio certae pecuniae*.

La généralité de la formule de l'action rei uxoriae est donc susceptible d'un développement indéfini. Tout un droit nouveau, très probablement tout à fait inconnu du premier préteur, est en puissance dans cette formule. Mais auparavant, et même dans son domaine limité, une première extension pourra être donnée au sens, quand l'aequius melius passe dans l'action rei uxoriae. Ici ce ne seront pas seulement les mores qui serviront de mesure à ce qui sera remis à la femme de la dot, à ce qui sera laissé au mari. Dans cette liquidation d'autres causes que les mores vont intervenir, même des causes péouniaires.

Que ce soit le sens premier de la formule, c'est ce que nous apprend le texte de Boèce, que nous avons déjà cité, sur les Topiques, 17.66. Boèce se trompe, avons-nous dit, en attribuant ces paroles données par Cicéron comme figurant dans l'action rei uxoriae, à une convention spéciale des parties. Mais il les paraphrase en suivant probablement le jurisconsulte Paul dans ses Institutes, et il leur donne leur vrai sens. "Le judicium rei uxoriae a lieu toutes les fois qu'après le divorce il y a une discussion sur la dot. La coutume était quelquefois de donner la dot sous les conditions suivantes: dans le cas où le divorce aurait lieu entre le mari et la femme, que ce qu'il y a de plus équitable et de meilleur reste au mari, que le surplus de la dot soit restitué à l'épouse, c'est-à-dire que ce qui de la dot serait jugé le plus équitable et le meilleur de le laisser au mari, que celui-ci le retienne, mais que ce qui ne serait pas le plus équitable et le meilleur de le laisser au mari, que la femme après le divorce le reprenne. Dans ce judicium

on a coutume, non seulement de tenir compte de ce qui est naturellement bien, mais même l'appréciation du bien est faite de telle sorte que l'on doit voir, non seulement ce qui est bien, mais ce qu'il y a de plus équitable et de meilleur. Tout cela, d'après les raisons précédentes, doit être examiné, car si le divorce a lieu par la faute du mari, il est le plus équitable et le meilleur que rien ne lui reste; s'il a lieu par la faute de la femme, il est le meilleur et le plus équitable que 1/6 soit retenu. Boèce suit l'exemple de tous les jurisconsultes. Parlant de l'action *rei uxoriae*, il n'envisage que l'hypothèse du divorce, et dans ce divorce il n'envisage que l'application aux mores de l'*aequius melius*. Et ceci, comme pour les autres jurisconsultes, parce que les divorces et les mores sont les cas types, historiquement les premiers et les plus anciens.

Mais l'*aequius melius*, même dans son sens étroit et primitif, a d'autres applications. Ce sont les *retentiones*. Il ne nous est pas possible d'étudier en détail ces *retentiones*, comme elles le mériteraient. Nous devons nous borner à déterminer les catégories et les règles générales.

Ainsi, à notre point de vue les *retentiones* sont primitivement la mise en œuvre de l'*aequius melius*, elles en sont la résultante. C'est une institution spéciale à l'action *rei uxoriae*. Nulle part ailleurs dans le droit romain nous ne trouvons d'institution analogue. Ulprien, *Regulæ*, 6,9. "Rétentiones ex dote sunt aut propter liberos aut propter mores, aut propter impensas, aut propter res donatas, aut propter res cœtas", les *retentiones* sont faites sur la dot, ou à cause des enfants, ou à cause des moeurs, ou à cause des impenses, ou à cause des choses données ou à cause des choses enlevées.

Ces 5 *retentiones* peuvent être divisées en deux groupes. Le premier et le plus ancien contient les *retentiones propter mores* et *propter liberos*. Ce premier groupe représente l'état le plus primitif. Ce sont des *retentiones* qui ne sont pas de nature pécuniaire et qui sont toutes les deux sorties de la *coercitio morum*.

I) - Retentio propter liberos.

Même la *retentio propter liberos* est *coercitio morum*. Elle aurait pu en effet avoir un autre fondement. Mais le jurisconsulte nous dit expressément 5,9. "Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris aut patris cuius in potestate est, divortium factum est. Tunc enim singulorum liberorum nomine sexta retinetur ex dote, non plures tamen quam tres".

La retentio à cause des enfants est faite, si le divorce a lieu par la faute de la femme ou par la faute du père, sous la puissance de qui elle se trouve, et alors il sera retenu 1/6 pour chaque enfant sur la dot, sans que l'on puisse dépasser 3/6. Ainsi cette retentio est restreinte au cas de divorce et au cas de divorce par la faute de la femme ou par la faute de son père. Elle a donc le même domaine que la retentio propter mores. Ce n'est pas un bénéfice pour les enfants, pour leur conserver une partie de la fortune de leur mère. C'est un bénéfice pour le mari, c'est une contre partie de la faute. Je crois par conséquent que cette retentio est dans l'action rei uxoriae sensiblement aussi ancienne que la retentio propter mores. Elle est née avec elle. C'est comme elle une coercitio morum faisant partie de l'état primitif. Quelques auteurs pensent que c'est une prime donnée au mari pour l'éducation des enfants, et ils la rattachent à la loi Julia. C'est notamment l'opinion de Dernburg. Compensation, p. 50. Ceci est une erreur. Car dans ce cas elle existerait toutes les fois qu'il y a un enfant, et non pas dans le cas seul de faute de la femme. D'ailleurs elle est certainement plus ancienne que la loi Julia, puisqu'elle est connue de Cicéron Topiques, "Si viri culpa factum est divortium et si mulier nuncium remisit, tamen pro libero manere nihil oportet", si le divorce est fait par la faute du mari, même si c'est la femme qui a envoyé l'avis de divorce, cependant rien ne lui reste à cause des enfants.

2°- Retentio propter mores.

Celle-ci nous la connaissons. C'est bien assurément elle qui est le centre et l'origine de l'action rei uxoriae. Ulprien 6, I2 " Morum nomine graviorum quidem sexta retinetur, leviorum autem octava. Graviores mores sunt adulteria tantum, leviores omnes reliqui", à cause des moeurs les plus graves, 1/6 est retenu, pour les moeurs les plus légères, 1/8. Les moeurs les plus graves sont seulement les adultères, les moeurs les plus légères sont tout le reste. Nous nous sommes suffisamment expliqués sur la portée de ce texte pour n'avoir pas à y revenir longuement. Nous y avons vu un écho affaibli certainement mais bien reconnaissable qui prolonge jusque dans le droit classique l'histoire que nous nous sommes efforcés de retracer. C'est parce que Ulprien parle de cette façon si singulière, posant deux catégories de mores dont l'une n'a plus qu'un seul cas, l'adultère, que nous retrouvons ici la filiation de ces retentions propter mores jusque dans les tabous du mariage.

Cette retentio bénéficiait au mari et non aux enfants.

Cette retentio est l'origine de l'a. rei uxoriae.

Grâce à elles nous pouvons remonter à travers le traité de Caton de dote, Aulu-Gelle, 10, 25, à travers le témoignage de Denys d'Halicarnasse, 2,25. jusqu'au droit primitif, Romulus, 22.

Comme les retentiones propter liberos celles-ci sont restreintes au cas primitif, au cas de divorce et de faute de la femme, et elles restent exclusivement personnelles au mari. Seul le mari a le droit de les exercer. Digeste, 24,3,15. Elles ne profitent pas à son héritier.

Avec les trois autres retentiones au contraire l'action rei uxoriae change de caractère. Ce sont elles qui lui donnent un caractère pécuniaire. Digeste, 24, 3,15. Ad pecuniariam causam respiciunt, elles se rapportent à une cause pécuniaire.

3°-Retentio propter res amotas.

Ce sont les choses qui appartiennent au mari et qui auraient pu être emportées par la femme. Dans le droit classique elles ont le sens très net d'un détournement, par conséquent de choses emportées par dol par la femme, de choses volées. On explique cette retentio en disant que la femme ne peut pas au sens technique du mot voler son mari, ou plutôt les juris-consultes classiques disent qu'entre le mari et la femme on ne peut pas exercer les actions infamantes de vol. Gaius, 25,2,2. "Nam in honorem matrimonii turpis actio non datur," car en faveur du mariage les actions infamantes ne sont pas données. Mais la vraie raison paraît être comme pour le fils dans la situation de la femme in manu : entre la femme in manu et son mari, pas plus qu'entre le fils et le père, il ne peut y avoir d'action civile. A la vérité je penserai qu'il ne s'agit pas ici précisément d'un détournement véritable. La retentio provient du judicium domesticum et de la liquidation que fait le mari : res tuas habes, reddas meas, prends tes biens et rends-moi les miens. C'est cette liquidation qui se transformant en liquidation judiciaire a donné naissance aux retentiones propter res amotas, de même que la liquidation appréciant les fautes de la femme a donné lieu à la retentio propter mores et à la retentio propter liberos. Je serais donc disposé à considérer la retentio propter res amotas comme aussi ancienne que l'action rei uxoriae elle-même. Par la suite, et pour réprimer des détournements, on a créé une action particulière du mari contre la femme : l'action rerum amotarum, qui est pénale et prétroriennne. Digeste, 25, 2 de actione rerum amotarum, qui peut être exercée par le mari sans attendre le jeu normal du délai de l'action rei uxoriae.

Cette retentio provient du judicium domesticum et de la liquidation opérée par le mari.

Date d'apparition

4°- Retentio propter res donatas.

Celle-ci au contraire est probablement une addition à la création de l'action *rei uxoriae*, mais une addition très ancienne, et à une époque où l'action *rei uxoriae* n'avait pas encore beaucoup de temps d'existence. Elle fut créée quand les donations entre époux furent interdites. Or ces donations ne peuvent avoir été interdites qu'après la loi *Cincia* en 550 de R.F. car cette loi compte encore les époux parmi les personae exceptae qui peuvent se faire des donations. C'est donc quand les donations furent interdites entre époux. Mais ici encore la restitution des objets donnés peut être réclamée directement et d'une autre façon. Elle peut être réclamée par une action réelle en restitution ou par une *condictio*, une action de droit strict, car ces choses données sont si ne causa entre les mains du mari sans attendre la liquidation de l'action *rei uxoriae*.

5°- Retentio propter res impensas.

Il s'agit des dépenses qui sont faites par le mari pour l'utilité de la dot. Nous devons les distinguer en dépenses nécessaires, en dépenses utiles et dépenses voluptuaires. Les dépenses voluptuaires, qui sont faites pour le seul agrément, donnent seulement au mari le droit d'enlever ce qu'il a ajouté au bien dotal, s'il peut l'enlever sans détériorer le bien de la femme, il y reste définitivement intégré et il n'a droit à aucune indemnité. Pour les dépenses utiles, celles qui améliorent le bien, mais qui n'ont pas un caractère de nécessité, il a le droit de ne pas effectuer la restitution de la dot, tant que la femme ne lui aura pas remboursé ses dépenses, et encore le jurisconsulte dit que pour lui permettre de différer la restitution jusqu'au remboursement il faut que ces dépenses aient été faites avec l'assentiment de la femme. Enfin les dépenses nécessaires celles-ci diminuent ipso jure la dot. Digeste, 23, 3, 56, § 3. Cette règle a étonné les jurisconsultes qui à plusieurs reprises ont essayé de l'expliquer.

Cette théorie des impenses a été créée à propos de la restitution de la dot d'abord. C'est dans le cadre de l'action *rei uxoriae* qu'elle a trouvé son développement origininaire. Mais elle a été étendue ensuite à tous les cas de possesseur le bonne foi. Mais c'est tout à fait une théorie jurisprudentielle, par conséquent une de ces théories qui se sont développées peu à peu, et sous l'empire de nécessités de la pratique.

Le cas le plus ancien parce qu'il est le plus pressant, c'est le cas des dépenses nécessaires. Ce cas seul me paraît faire partie réellement des reten-

C'est une addition à l'a. *rei uxoriae*. Elle date de l'interdiction des donations entre époux.

Dépenses voluptuaires jus tollendi.

Dépenses utiles: droit au remboursement.

Dépenses nécessaires: ipso jure minuunt dotem.

Origine et extension de la théorie des impenses.

Seules les dépenses nécessaires font véritablement partie des retentiones.

Les retentiones première expression de l'aequius melius. Explication de D.24,3,I5.

tiones. En effet, quel est le caractère général des retentiones ? C'est de diminuer l'obligation dotale, de diminuer ipso jure ce qui est dû. Nous arrivons à cette conception de deux manières : nous avons dit d'abord que l'aequius melius figure dans l'intentio, par conséquent l'aequius melius sert à déterminer le montant de l'obligation de restituer, sert à déterminer le quid debitum, ou plus exactement le quod ex dote aequius melius erit reddi oportere, ce que de la dot il sera équitable et le meilleur de devoir rendre. Si, comme je le pense, les retentiones sont la première expression de l'aequius melius, nous devons retrouver cette règle énoncée dans les retentiones. C'est bien ce que nous voyons, d'après le langage des jurisconsultes. Digeste 24,3,I5. Paul. "Rei judicatae tempus spectatur quatenus maritus facere potest. Herediti mariti licet in solidum condemnetur, retentiones tamquam quae ad pecuniariam causam respiciunt, prorurunt ut hoc minus sit obligatus, veluti ob res donatas et amotas et impensas. Morum vero coercitionem non habet", le temps de la chose jugée est envisagé pour connaître ce que le mari peut donner. Quant à l'héritier du mari, quoiqu'il soit condamné pour le tout, il profite cependant des retentiones qui ont une cause pécuniaire de façon que grâce à elles il est d'autant moins obligé, par exemple, à cause des choses données, des choses enlevées et des impenses. Mais il n'a pas la coercitio morum.

Quel est le cas qui est ainsi indiqué par le jurisconsulte ? Tout d'abord nous noterons qu'il s'agit de l'action rei uxoriae née au cas de divorce et non pas au cas de mort du mari, car la question se pose de savoir si on appliquera les retentiones propter mores, les retentiones propter liberos, si on appliquera la coercitio morum. Le jurisconsulte nous dit que le mari est condamné dans les limites de ses facultés. Sa solvabilité sera appréciée pour le montant de cette condamnation au moment même où le jugement sera rendu. On nous dit au contraire que l'héritier du mari n'a pas la même faculté. Il est condamné pour le tout, in solidum, dût-il même en être rendu insolvable. Il faut donc supposer que le mari est mort depuis le divorce. Mais nous devons supposer encore quelque chose de plus, c'est-à-dire que le mari a été mis avant de mourir en demeure de restituer la dot, si nous voulons en effet concilier ce texte avec ce que nous dit Ulprien dans les Fragmenta Vaticana, § 98; qui nous dit que ce qui a été donné en dot au mari doit rester après la mort du mari à son héritier, si aucune mise en demeure n'est survenue.

Ceci posé, la question résolue par le juriscon-

sulte est de savoir quelles sont les retentiones qui seront appliquées, quelles sont les retentio-nes que l'héritier pourra invoquer ? Il est répondu que les retentiones propter liberos, et à mon avis propter mores, ne profiteront pas à l'héritier, car l'héritier n'a pas la coercitio morum. Mais les trois autres, qui ont une cause pécuniaire, ob res donatas, et amotas, et impensas, profiteront à l'héritier.

Quel sera le résultat de cette application ? Le texte nous le dit : "ut hoc minus sit obligatus", le résultat sera donc de diminuer son obligation. Par ce langage nous voyons que l'application des retentiones n'est pas une modération dans la condamnation, mais que c'est une résultante directe de l'intentio et de l'aequius melius, puisque les retentiones diminuent l'obligation. Nous trouvons le même langage pour les retentiones propter impensas necessarias. Les juris-consultes nous disent : ipso jure minuunt dotem", elles diminuent la dot de plein droit. Je pense que c'est là le sens le plus simple que l'on doit donner à cette règle discutée. Car bien entendu ce qui n'est plus soumis à l'obligation de restituer cesse d'être une res dotalis. La preuve est donc faite par recoupe-ment que la détermination des retentiones fait bien partie de l'intentio et du quod aequius melius erit.

Mais notre formule porte en elle-même des possi-bilités beaucoup plus étendues, qui lui font déborder le domaine étroit et limité dans lequel elle a été créée. Cela par suite d'un double mouvement : d'abord l'aequius melius perd toute signification dans son domaine origininaire. Vous avez remarqué le langage du droit classique. La retentio propter mores est de 1/6 avec pour maximum 3/6 de la dot. La retentio propter mores est de 1/6 ou de 1/8, suivant qu'elle est dans l'une ou dans l'autre des catégories. La première ca-tégorie n'ayant qu'un cas, l'adultère, il ne sera pas difficile de déterminer les autres cas qui doi-vent figurer dans la seconde catégorie : ce sont tou-tes les fautes de la femme. Cette fixation de l'équi-té à un taux fixe est une tendance naturelle de la jurisprudence. Dans ces cas en somme très simples la tendance invincible du juge est de remplacer l'arbi-traire d'une équité variable suivant les cas par un barème. Les auteurs supposent en général que cette fixation est l'œuvre de la loi, peut-être de la loi Julia. Il ne me paraît pas nécessaire à mon avis de faire intervenir une loi. Quant aux autres retentiones elles tirent des règles ordinaires du droit la pos-sibilité d'être réglées sans faire intervenir l'équi-té. La notion d'équité se retire en quelque sorte de son domaine primitif et lui devient étrangère.

Les retentio-
nes ne sont
pas une modéra-
tion dans la
condamnation
mais une ré-
sultante
directe de
l'intentio.

Extension de
la formule
de l'a. rei
uxoriae.
Ses causes.
La notion d'é-
quité dispa-
raît de son
domaine
primitif.

Application de la notion de dol et de faute.

Mais la restitution de la dot, une fois établie par une action, pose au juge des problèmes de plus en plus complexes et délicats. La dot est une universalité juridique. Quels seront les principes qui devront être appliqués à sa liquidation ? Un premier exemple de ces difficultés de liquidation nous est fourni par le cas le plus ancien de restitution que nous connaissons, par la dot de Gaius Gracchus. Une res dotalis, une maison a péri dans la sédition. Appliquera-t-on brutallement les règles du droit civil ordinaires ? L'obligation d'un corps certain, qui s'éteint avec la perte de ce corps certain ? Ou bien appliquera-t-on une théorie nouvelle plus délicate et plus équitable, la théorie du dol et de la faute ? Dolum et culpam praestari oportet ? Faut-il appliquer le dol et la faute ? Cette règle vient de naître. Elle est née dans un domaine plus important que celui de l'action rei uxoriae. Elle est née dans le domaine des actions de bonne foi. Quintus Mucius Scaevola est d'avis qu'on doit l'appliquer. Il juge sans doute que l'aequius melius le permet. Que cela n'aille pas de soi, je veux dire qu'il s'agisse d'étendre à cette action une théorie née dans un autre domaine, c'est ce que nous prouve la série d'autorités, dont Javolenus prend soin d'entourer cette décision. Quintus Mucius Scaevola a statué, Servius Sulpicius a approuvé, et Labéon a recueilli leur opinion. C'est le premier exemple d'un rapprochement entre notre action et les actions de bonne foi. Ce n'est pas le dernier. Ce rapprochement est fait, non plus pour une application particulière, mais il est posé comme une règle générale par Cicéron. Le droit classique tire les conséquences de ce rapprochement. Gaius et Justinien le consacrent en rangeant l'action rei uxoriae parmi les actions de bonne foi. A ce moment les retentiones deviennent inutiles. Les retentiones propter mores et propter liberos ne servent plus. Elles sont trop anciennes. Les divorces injustifiés et l'adultère sont punis par une législation plus efficace. Les autres retentiones ont chacune leur action, ou bien même dans l'action rei uxoriae peuvent être invoquées à l'aide d'une règle des actions de bonne foi : la compensatio. La compensatio est une théorie moins ancienne que les retentiones, mais plus générale et plus parfaite. Elle est née dans les actions de bonne foi. Aussi les quelques textes des jurisconsultes classiques, que Justinien a conservés parlant des retentiones, il les interpole pour remplacer retentio par compensatio. Quant aux retentiones : Code 5, I, 3, I, 5, "Taceat in ea actione retentionum verbositas", que la verbosité des retentiones se taise dans notre nou-

L'a. rei uxoriae action de bonne foi.

Conséquences.

La retentio fait place à la compensatio.

velle action. Il supprime donc cette forme ancienne de l'aequius melius.

Il nous restera pour en terminer avec notre recherche de cette année à déterminer dans un dernier chapitre ce que nous pouvons savoir de cette évolution qui fit passer l'action rei uxoriae dans le cadre des actions de bonne foi. Les textes, en particulier les textes de Cicéron, nous permettront de voir comment elle s'est produite, et nous terminerons par un chapitre important et nouveau cette histoire si obscure de l'origine des actions de bonne foi.

Chapitre VIII

L'ACTION REI UXORIAE ET LES ACTIONS IN BONUM ET AEQUUM CONCEPTAE.

La théorie
d'Esmein sur
les actions
rei uxoriae.

Le chapitre précédent nous a permis d'établir que la formule de l'action rei uxoriae contenait à côté d'un "quod aequius melius erit", un *reddi opertere*. Ces termes impliquent, nous l'avons vu, que l'action rei uxoriae a été une action civile dès le début. Ce caractère paraît être de plus en plus accepté par les derniers auteurs. Mais il contredit une théorie émise par Esmein dans la Nouvelle Revue historique, 1893, p. 13 et s., qui a été très en faveur et acceptée en général par la littérature de son temps. D'après Esmein, l'action rei uxoriae a une origine pénale et prétorienne. Cette action aurait été créée d'abord comme action *in factum* avant de devenir action *in jus* et de bonne foi, quand elle aurait été consacrée par le droit. On a essayé de faire cette démonstration en rapprochant notre action de quelques autres qui, pour la plupart sont d'une façon sûre des actions pénales et prétoriennes. Ce sont les actions *in bonum* et *aequum conceptae*, que l'on appelle ainsi à cause de la rédaction de leur formule. Nous avons dit que, faute de temps, il nous est impossible d'exposer entièrement ce système et de le réfuter. Nous pouvons simplement résumer les arguments principaux de ce chapitre.

Le système repose sur une énonciation de Gaius Digeste, 4.5.8., que l'on veut prendre au pied de la lettre. Gaius nous dit que l'action rei uxoriae est *in bonum* et *aequum concepta*, pour expliquer que la *capitis deminutio* ne l'éteint pas, comme elle éteindrait les actions civiles ordinaires, "qui ci-

vilis ratio naturalia jura corrumpere non potest. Itaque de dote actio quia in bonum et aequum concepta est nihilominus durat etiam post capitum deminutio-nem", parce que la règle civile ne peut pas détruire des droits naturels. C'est pourquoi l'action de dot, parce qu'elle est conçue in bonum et aequum ne dure pas moins, même après la capitum deminutio. Ce caractère l'a rapprochée de tout un groupe présumé d'actions, du groupe de ces actions, dont on dit à cause de leur formule qu'elles sont in bonum et aequum conceptae. Voir par exemple les études de Thomas, Observations sur les actions in bonum et aequum conceptae, Nouvelle Revue historique 1901, p. 541-584. La principale action de cette espèce est l'action d'injure, 1°) l'action estimatoire d'injures. Puis des actions à objectifs plus limités. 2°) L'action sepulchri violati. 3°) L'action de effusis et ejectis, au sujet des blessures portées à un homme libre par un objet jeté ou par un liquide versé. 4°) L'action des édiles à propos de blessures causées à un homme libre par des bêtes féroces gardées dans le voisinage d'une voie publique. 5°) L'action contre le juge qui fait le procès sien. 6°) L'action funéraire en remboursement des frais de sépulture. On peut ajouter 7°) l'action rei uxoriae et 8°) le judicium de moribus.

Dans toutes ces actions, sauf pour l'action funéraire, pour laquelle on peut discuter, et bien entendu, sauf aussi pour l'action rei uxoriae et le judicium de moribus, la formule est prétorienne et est rédigée in factum. Pour des raisons d'opportunité que nous ne pouvons développer ici, le préteur donne au juge dans la formule de la condamnation le pouvoir de modérer la condamnation in aequum et bonum ou ex aequo et bono.

Contre cette assimilation on peut faire les observations suivantes:

1°) Il n'y a pas de véritable catégorie d'actions in bonum et aequum conceptae comme il y a une catégorie d'action de bonne foi. Cette catégorie, ni les jurisconsultes classiques ne la connaissent, ni nous-mêmes nous ne sommes autorisés à la créer, car ces actions n'ont aucune histoire commune, elles n'ont même pas un caractère commun. Les unes, comme l'action injuriarum n'ont aucune causa pecuniaria, les autres au contraire, comme l'action sepulchri violati, le juge qui fait le procès sien, l'action funéraire peuvent être appréciées d'après les règles ordinaires de l'estimation pecuniaire.

2°) Elles n'ont pas, comme les actions de bonne foi, une formule commune, bien que la façon de ré-

Il n'y a aucune formule commune à ces actions.

diger leur formule soit assez rapprochée. D'autre part, cette formule s'éloigne davantage encore de la formule de l'action rei uxoriae. Elle comporte en général un "quanti ob eam ram aequum videbitur, condamnetur", qu'il soit condamné à ce qui paraîtra équitable, à cause de cette chose, tandis qu'au contraire l'action rei uxoriae, comporte, nous l'avons vu, un "quod aequius melius erit". Dans ces questions d'origine, on ne saurait attacher trop d'importance à la diversité de la formule. La diversité de la formule est la preuve la plus convaincante de la diversité d'origine.

3°) Comme on l'a vu, ces mots sont dans la condamatio pour les actions in bonum et aequum conceptae, tandis qu'au contraire ils figurent dans l'intentio pour l'action rei uxoriae.

4°) Que faut-il penser enfin de la façon de parler du jurisconsulte Gaius disant que l'action rei uxoriae est une action in bonum et aequum concepta ? Cette façon de parler ne peut faire allusion à une catégorie d'actions, puisque cette catégorie d'actions n'existe pas. Elle ne fait pas appel à la formule précise, puisque ces mots ne figuraient pas dans la formule de l'action. C'est une façon générale de parler à un moment où l'aequum et bonum, le melius aequius et la bona fides recouvreraient sensiblement la même notion d'équité. Cette façon de parler n'implique pas plus une conclusion trop précise que la même façon de parler pour les actions de bonne foi n'implique qu'il faille faire de celles-ci des actions in bonum et aequum conceptae. Nous trouvons cependant, *Institutes* 4,6,30. "In bona autem fidei judicii liberae portestas permitti videtur ex aequo et bono aestimandi quantum actori restitui debeat", dans les actions de bonne foi, il semble être accordé au juge le pouvoir complet d'estimer, d'après l'équité et le bien, ce qui doit être restitué au demandeur. Gaius 3,137. et *Institutes* 3,22,3 "Item in his contractibus alter alteri obligatur in id quod alteri ex bono et aequo praestari oportet", de même dans ces contrats, l'un est obligé vis-à-vis de l'autre, à ce qu'il doit donner à l'autre, d'après l'équité et le bien. Nous conclurons donc que cette assimilation, faite pour des raisons extérieures, n'est pas suffisamment démontrée et par conséquent elle n'infirme pas la conclusion directe du chapitre précédent d'après laquelle l'action rei uxoriae a toujours été dès le début une action civile.

Pourquoi le préteur l'a-t-il ainsi créée ? Parce qu'il n'a pas pensé faire du droit nouveau, mais il a transformé en droit civil un droit déjà consacré

Aucun argument précis ne peut être tiré des textes de Gaius.

L'a. rei uxoriae est une action civile.

par la tradition dans les usages familiaux, et en les transposant dans le droit civil, il n'a fait que sanctionner la coutume, le mos majorum, qui pour lui était essentiellement une source de droit, et d'ailleurs cette sanction est plus ancienne que la distinction entre actions civiles et actions in factum, car c'est une distinction qui n'a pu s'établir que quand la procédure formulaire a été déjà consacrée par un usage assez long, tandis que l'action rei uxoriae date d'une époque où la procédure formulaire était à ses débuts, si même elle n'était pas antérieure.

Chapitre IX.

L'ACTION REI UXORIAE ET LES ACTIONS DE BONNE FOI.

Le problème que nous venons d'indiquer dans le chapitre précédent n'est qu'une partie d'un problème plus important et plus vaste; c'est le problème de l'origine des actions de bonne foi. Vous voyez quelle est l'importance de ce problème, car il s'agit de la naissance du droit nouveau, non formaliste et de bonne foi, opposé au droit ancien, au droit strict, au droit formaliste. Nous rencontrons ici le système de Girard. Girard prend le problème par son côté technique et ne le voit que d'une façon un peu étroite. Ce qu'il cherche surtout à déterminer, c'est le procédé technique de la création de ces actions. Pour lui, comme cela est exact d'ailleurs, la création de l'acte juridique de bonne foi provient de la création de l'action. C'est la création de l'action ex fide bona qui, par le préteur en vertu de son droit de rédiger les formules a créé le droit de bonne foi. Or c'est un droit nouveau. Il n'y a donc pas dès le début une action civile, qui ne peut que sanctionner le droit civil, car le préteur ne peut pas créer du droit civil. Seules peuvent le créer et la loi et la coutume. Il a donc créé au début une action prétrienne, une action in factum. Puis quand le droit nouveau a été consacré par la loi, l'action civile, l'action in jus viendra remplacer l'action in factum.

Ce système repose essentiellement: 1°) sur la constatation pour certains contrats de bonne foi d'une dualité d'actions. On trouve pour ces contrats parallèlement l'action in factum et l'action in jus. C'est ce qui arrive d'une façon certaine pour le dé-

Théorie de
Girard sur
le procédé
technique de
la création
des actions
de bonne foi.

pôt et pour le commodat. Gaius 4.47, nous donne les deux actions. Voilà le point de départ de la théorie.

2°) Elle est basée encore sur la présence d'un édit promettant une action de gestion d'affaires, par conséquent d'un édit qui prouve l'existence d'une action in factum, car l'édit du préteur donnait la formule de l'action civile, mais ce n'est que les actions in factum qui étaient précédées d'un petit édit promettant le judicium, "judicium dabo". Digeste 3.5.I.2.3.

3°) Elle s'appuie encore sur une démonstration faite par Lenel, Edit perpétuel, § 99, d'après laquelle probablement pour le gage il y avait une action in factum à côté de l'action in jus.

4°) Elle s'appuie enfin sur une supposition, d'après laquelle pour la fiducie et l'action rei uxoriae les formes particulières d'actions, que nous connaissons, et qui ne coïncident pas avec la formule ex fide bona, étaient des actions prétoriennes et in factum. C'était une première formule avant que ces actes juridiques ne soient devenus des actes civils et de bonne foi.

Sur ces données qui mélangent, comme vous le voyez, les données certaines avec des hypothèses, Girard construit tout un système, en supposant que ce processus a dû se produire pour toutes les actions de bonne foi, même là où nous n'en possédons plus aucune trace. Voir notamment les notes de son Manuel, à propos de la fiducie, du gage et de la gestion d'affaires. La seule chose sûre dans toutes ces données, c'est la présence de deux actions in jus et in factum pour le dépôt et pour le commodat. Tout le reste est contestable, et même faux, notamment en ce qui concerne la gestion d'affaires, la fiducie et l'action rei uxoriae.

Mais à mon avis réduire ce problème à une question de procédure, c'est le rétrécir singulièrement. Il est certes très important de déterminer le procédé technique par lequel le préteur aurait mis en œuvre le droit nouveau. Mais la détermination de ce procédé à supposer qu'elle soit exacte, n'expliquerait pas le droit nouveau lui-même. Il serait beaucoup plus important de déterminer les raisons historiques, qui ont poussé le préteur à créer le droit nouveau, les précédents qui lui ont fourni un modèle. Voilà le véritable problème et il est loin d'être élucidé. Nous ne prétendons pas l'étudier complètement dans ces deux dernières leçons. Nous voudrions y apporter une contribution, et sur quelques points essayer d'éclaircir

Critique de la théorie de Girard.

Toutes les actions de bonne foi n'ont pas la même origine. L'origine des actions de bonne foi. Ce sera une conclusion des recherches que nous avons faites cette année et qui se rattachent directement à ce problème.

Je voudrais montrer comment ce groupe des actions de bonne foi s'est augmenté pendant toute la durée du droit classique d'apports nouveaux par un développement continu. L'origine de toutes les actions de bonne foi n'est pas toujours la même. Tandis que le groupe principal et primitif vient du jus gentium, il en est quelques-unes, et parmi elles l'action rei uxoriae, qui viennent du droit civil. Il est probable que ces actions du vieux droit civil, comme l'action rei uxoriae, sont des coutumes gentilices ou familiales, que le préteur a transformées en droit civil. Ceci doit se produire notamment à côté de l'action rei uxoriae pour l'action de tutelle, pour l'action de gestion d'affaires et pour l'action de fiducie. La détermination de ce groupe de formules archaïques parmi les actions de bonne foi sera la contribution de notre étude à l'histoire de l'origine des actions de la bonne foi. Nous pourrons faire cette démonstration à l'aide de textes de Cicéron, et il serait désirable que pour chacune de ces actions on fasse les mêmes recherches d'origine que nous avons faites cette année pour l'action rei uxoriae. Nous étudierons donc :

§ 1 - Liste des actions de bonne foi.

§ 2 - Les textes de Cicéron.

§ 3 - Les formules archaïques de la fiducie et de la gestion d'affaires.

§ 4 - Conclusion.

§ I - Liste des actions de bonne foi.

Les actions de bonne foi sont ces actions qui sanctionnent les contrats du droit nouveau: les contrats consensuels, les contrats réels et quelques obligations nées ex variis causarum figuris. Ces contrats sont appelés contrats de bonne foi à cause de la formule de l'action. Dans cette formule le préteur dit au juge de déterminer l'obligation, non pas en s'inspirant de la lettre des contrats, mais en s'inspirant de la bonne foi. Cette formule est caractérisée par l'intentio, qui détermine le "quid debitum" ce qui est dû, de la façon suivante, "quidquid dare aut facere oportet ex fide bona", tout ce qu'il faut donner ou faire d'après la bonne foi. C'est le caractère si général de ces instructions, analogues vous le voyez dans leur forme aux instructions générales de l'action rei uxoriae, qui va permettre la création

La formule des actions de bonne foi: éléments caractéristiques.

du droit nouveau, si différent du droit ancien. Toutes les actions où se trouve cette formule *ex fide bona* sont dites actions de bonne foi. C'est elle qui donne au juge ses grands pouvoirs. C'est au juge, plus encore qu'aux parties dans ce contrat, qu'appartient de déterminer le montant de l'obligation. Les jurisconsultes classiques nous le disent d'une façon topique. Paul. Digeste 3.6.7. "Tantum in bonae fidei judiciis officium judicis valet quantum in stipulatio-ne nominativam ejus rei facta interrogatio", dans les actions de bonne foi l'office du juge vaut autant que dans la stipulation l'interrogation nommément faite sur la chose.

Quelles sont ces actions ? Nous en avons trois listes de trois époques différentes: une liste de Cicéron, une autre de l'époque de Gaius et une troisième de Justinien. Ces trois listes marquent l'extension de plus en plus grande de cette catégorie d'actions et la multiplication des actes juridiques qui suivent les règles de la bonne foi.

I. Liste de Quintus Mucius Scaevola. Cicéron.
De Officiis, 3.17.70.

"Quintus quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona: fidei bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelle, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur", Quintus Scaevola, grand pontife, disait que la plus grande force étant dans ces actions où il était ajouté, d'après la bonne foi, et il pensait que ce nom de bonne foi avait l'acception la plus étendue, et qu'il se trouvait dans les actions de tutelle, de société, de fiducie, de vente, de louage, qui embrassent les actes principaux de la vie. Il n'est pas douteux que Cicéron, ou plutôt Scaevola, son contemporain, se base sur les mots mêmes de la formule pour énumérer ces actions. Il énumérait celles dont la formule contenait *ex fide bona*, ou tout au moins le mot *fides*.

Que trouvons-nous dans cette liste ? Nous trouvons:

1°) Les quatre contrats consensuels: la vente, le louage, la société et le mandat. Tous ces quatre contrats sont formés.

2°) Parmi les contrats réels, nous n'en trouvons qu'un seul: la fiducie. Les trois autres: commodat, dépôt et gage, ne sont pas encore créés.

3°) Parmi les actions nées *ex variis causarum*

Les actions
de bonne foi
à l'époque
de Cicéron.

Vente, socié-
té, louage,
mandat.

Fiducie.

Tutelle.

figuris, nous ne trouvons que l'action de tutelle. Ne figurent pas encore l'action de gestion d'affaires et l'action rei uxoriae parmi les actions de bonne foi, bien que Cicéron connaisse ces deux actions.

Les contrats consensuels siège de la bonne foi.

Les contrats consensuels, tout au moins la vente, le louage et la société, sont le siège même de la bonne foi. Ce sont des contrats qui ont dans le droit ancien le caractère le plus nouveau, car ce sont des contrats purement consensuels. Aucune res, aucun fait antérieur ne viennent justifier, en causer la naissance. Aucune cérémonie, aucune forme ne les font naître. C'est l'accord pur et simple, c'est la convention qui les crée, "ex nihilo et de futuro", de rien et pour le futur. D'autre part, ce sont les seuls qui font naître de véritables obligations réciproques. Ce sont ces contrats consensuels qui créent entre les parties des liens synallagmatiques. On sait que le droit primitif a un caractère unilatéral. Les liens d'obligation supposent quelqu'un qui est engagé, un débiteur, et quelqu'un qui a un droit, le créancier. Dans ces contrats nouveaux, au contraire, l'accord a engagé les parties dans des liens réciproques d'obligations. Tous les deux sont à la fois créancier et débiteur. Ce sont les seuls parmi les contrats de bonne foi qui sont les contrats synallagmatiques parfaits. C'est donc pour eux et par eux que s'est créée cette notion de *judicia contraria*, dont parle Cicéron à la fin de notre texte, "praesertim cum in plesisque essent judicia contraria", soit que l'action porte deux noms, *action locati conducti*, ou que le même nom soit pour tous les obligataires comme dans l'action *pro socio*.

L'origine des contrats consensuels: théorie de M. Collinet.

D'après une opinion qui a aujourd'hui quelque faveur, (elle a été en effet étudiée et soutenue notamment par M. Collinet dans ses cours de Pandectes sur la bonne foi en 1926 et 1927 et dans son cours de licence, elle a été adoptée par les Italiens par Biondo-Biondi, Arangio Ruiz dans son Manuel), ces contrats seraient nés dans la jurisprudence du prêteur pérégrin. Ils seraient nés dans les rapports entre pérégrins ou entre Romains et pérégrins. Ces rapports ne peuvent pas être des rapports de *jus civile*. Ce sont des rapports principalement commerciaux. C'est à partir de ce moment-là qu'on a dit que la bonne foi était l'âme du commerce, en ce sens qu'un droit formaliste et strict ne peut pas servir dans les rapports commerciaux qui demandent nécessairement beaucoup plus de souplesse. Le prêteur pérégrin a été créé en 512. Nous retrouvons toujours cette date du début du VI^e siècle, qui est l'époque de grandes transformations économiques, l'époque à laquelle l'affluen-

des étrangers et des richesses multiplie le droit nouveau. La trace a toujours été conservée très nettement que ces contrats sont des contrats du jus gentium. Digeste 2,47. "Juris gentium conventiones quae-dam actiones pariunt et transeunt in proprium nomen contractus, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et alii similes contractus", quelques conventions du droit des gens font naître des actions et prennent le nom spécifique de contrats, tels que la vente, le louage, la société, le commodat et le dépôt et d'autres contrats semblables. C'est une liste intéressante et pour les contrats qui sont énumérés et pour ceux qui sont omis.

Importance et extension de la notion de bona fides.

Ce droit a été créé certainement avant la loi Aebutia pour les actions que le prêteur vient de créer, et il ne peut invoquer comme fondement de l'obligation un oportere ex jure quiritium. Il fonde alors son droit sur la bona fides et il dit : "dare facere oportere ex fide bona". Cette notion fondamentale est une notion morale qui envahit tout le droit romain, car il est impossible de concevoir que la pratique du prêteur pérégrin une fois créée n'est pas passée, sinon immédiatement, du moins très vite dans la pratique du prêteur urbain. Créée pour régler des rapports entre pérégrins et Romains, on ne conçoit pas que cette pratique n'ait pas pu rapidement être invoquée par les Romains entre eux. Ont-ils pu le faire avant la création de la procédure formulaire ? C'est ce que actuellement on ne saurait affirmer. En tout cas quand la procédure formulaire est organisée, et qu'elle est consacrée par l'usage, ces rapports ont donné lieu d'emblée à une action civile. Il n'y a pas de trace pour les contrats consensuels d'une action in factum précédant le droit civil. Il n'y a pas de trace non plus de loi autorisant le prêteur à créer ces rapports d'obligation. Le supposer, c'est faire une hypothèse gratuite; c'est une supposition pure en effet dans le système de Girard, qui ne tient pas compte de la force de la coutume pour créer du droit civil. Une fois créée, cette action étend son domaine, soit en absorbant des rapports juridiques plus anciens qu'elle, comme par exemple la tutelle et la fiducie, puis l'action rei uxoriae, soit en créant de nouveaux contrats, comme seront les contrats réels du droit nouveau.

III- Liste de Gaius.

Avec Gaius notre liste s'augmente. Institutes 4,6,2 "Sunt autem bona fidei haec ex empto vendito locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depo-

Gaius cite
outre les ac-
tions déjà con-
nues à l'épo-
que de Cicéron,
celle du dépôt
et de la ges-
tion d'affai-
res et l'a.
rei uxoriae.

siti, fiduciae, pro socio tutelae, rei uxoriae". Nous trouvons dans cette liste :

1^o - Les quatre contrats consensuels déjà nommés par Scaevola : la vente, le louage, la société et le mandat, puis deux sur les quatre contrats réels : la fiducie et le dépôt. Il est tout à fait étrange que ne figurent pas dans cette liste les deux autres contrats réels : le commodat et le gage, car à l'époque de Gaius ils existent et il est certain au moins pour le commodat, que ce contrat a une action civile ex fide bona. Car Gaius, 4,47 le dit expressément et cite même la formule. On a cherché un certain nombre d'explications à cette omission. Peut être la moins mauvaise de toutes ces explications est-elle que le texte est très gâté et est peut-être même mutilé, comme nous allons le voir, à l'endroit où nous sommes.

3^o - Variae causarum fugurae. Ces actions qui ne naissent pas de contrats sont l'action de tutelle, l'action de gestion d'affaires et l'action rei uxoriae. A la liste de Scaevola viennent donc s'ajouter la gestion d'affaires et l'action rei uxoriae. Pour cette dernière il y a eu dans ces dernières années des discussions très vives, qui ont été tranchées en quelque sorte par voie d'autorité par un examen officiel du manuscrit de Vérone, qui a été fait à Rome en 1928, sur l'ordre du ministre de l'Instruction publique. Le résultat de cet examen est indiqué dans le Bulletin de l'Institut de Droit Romain 1928, p. 139. Le manuscrit de Vérone, qui est un palimpseste, comme vous le savez, est très peu clair à cet endroit, il est même à peu près complètement illisible, et en plus il est gâté par une erreur du copiste. Le copiste a répété deux fois par erreur la dernière ligne de l'énumération; ligne 5 du manuscrit nous lisons : "Mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, p. ou R.U.A.E. Studemund dans sa lecture avait conclu que R.U.A.E. était l'abréviation de rei uxoriae. Cette lecture avait été en général acceptée après lui. Biondo Biondi dans son ouvrage, les judicia bona fidei, en 1920, a contesté cette lecture pour des raisons de fond. Il a essayé de montrer que l'action rei uxoriae n'est pas une vraie action de bonne foi. Il y a eu à la suite de ce travail de grands débats entre les romanistes, dont la littérature est indiquée dans le bulletin de l'Institut de Droit romain en 1928, p. 140. La nouvelle lecture officiellement faite paraît avoir tranché le débat et affirmé de nouveau la lecture de Studemund, R.U.A.E., comme abréviation de rei uxoriae.

Considérons donc la question comme tranchée, et disons que Gaius a ajouté l'action rei uxoriae à la liste des actions de bonne foi, soit qu'il l'ait fait lui-même, soit que déjà d'autres jurisconsultes l'aient déjà fait avant lui. Le rapprochement qui a été inauguré à l'époque de Cicéron est donc devenu un fait accompli. Mais il n'y a aucune trace qu'on ait modifié la formule de l'action rei uxoriae, que l'on ait créé une formule nouvelle ex fide bona. L'assimilation s'est faite, non pas pour des raisons de forme, mais pour des raisons de fond.

III- Liste de Justinien. Avec Justinien la liste s'augmente encore. Institutes, 4,6,28. "Actio-
num autem quaedam sunt bonae fidei quaedam stricti
juris. Bonae fidei sunt ex empto vendito, locato con-
ducto; negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro
socio, tutelae, commodati, pignoraticia, familiae
arciscundae, communii dividendo, praescriptis verbis,
quae de estimato proponitur et ea quae ex permutatio-
ne competit et hereditatis petitio quamvis enim us-
que adhuc incertum erat sive inter bonae fidei judici-
cia consummeranda sive non, nostra tamen constitutio
aperte eam esse bonae fidei disposit, 29. Fuerat
ante et rei uxoriae actio ex bona fidei judiciis".
Parmi les actions, les unes sont de bonne foi, les
autres sont de droit strict. Les actions de bonne
foi sont les suivantes : l'action de la vente, du
louage, de la gestion d'affaires, du mandat, du dé-
pôt, de la société, de la tutelle, du commodat, du
gage, du partage de famille, du partage d'indivision,
l'action praescriptis verbis, qui est donnée pour l'esti-
mation et qui a lieu pour l'échange, et la pétition
d'hérité, quoiqu'il fût jusqu'ici incertain, si
cette dernière devait être comptée ou non parmi les
actions de bonne foi, notre constitution (Code 3,31,
12,3) a décidé qu'elle serait parmi les actions de
bonne foi. 29. L'action rei uxoriae était comptée
autrefois parmi les actions de bonne foi.

Suppression
de la fiducie
Addition du
commodat, du
gage de l'a.
praescriptis
verbis, des ac-
tions en parta-
ge et de la
pétition d'hé-
rité.

Dans notre liste nous trouvons donc dans une
première partie la vente, le louage, la gestion d'affaires, le mandat, le dépôt, la société et la tutelle. Cette liste vient de Gaius lui-même. Justinien a supprimé la fiducie, parce que c'est un contrat
qui est supprimé, mais il a ajouté quelques autres
actions les deux contrats réels, le commodat et le
gage sont ajoutés. Justinien ajoute encore une sé-
rie de contrats que le droit classique ne considé-
rait pas comme des actes de bonne foi, à cause très
probablement de la diversité des formules. Mais ces
contrats suivaient des règles qui fondamentalement sont

les règles de la bonne foi. Justinien n'étant plus tenu par la diversité des formules unifie et égalise le droit, aussi augmente-t-il le groupe des actions de bonne foi. La plus importante de ces actions nouvelles, c'est l'action *praescriptis verbis* des contrats inconnus, puis des actions particulières et très anciennes, l'action *familiae erciscundae*, l'action *communi dividundo*, qui sont les actions en partage et la pétition d'héritage. Il réunit toutes ces actions aux actions de bonne foi pour des raisons de fond. Quant à l'action *rei uxoriae*, il nous dit qu'elle était depuis longtemps une action de bonne foi, ce qui semble être une preuve de plus qu'à l'époque de Gaius elle l'était déjà, mais de par les transformations qu'il fait, il a fondu l'action *rei uxoriae* avec l'action *ex stipulatu*. La nouvelle action qu'il crée, il l'appelle *ex stipulatu*, mais il décide qu'elle suivra les règles de la bonne foi.

§ 2 - Les textes de Cicéron.

Le grand intérêt des textes de Cicéron, que nous allons maintenant examiner, sera de nous permettre d'étudier ou tout au moins d'entrevoir un moment très important de cette évolution des actions de bonne foi. C'est un moment d'autant plus important qu'il est plus près des origines, lorsque se constitue le groupe, lorsqu'il se forme et s'agrandit. En effet aux actions primitives, celles à l'occasion desquelles l'action a été créée, vient s'ajouter par un effort de généralisation des jurisconsultes un certain nombre d'actions venant d'une autre partie du droit. Les premières sont, avons-nous dit, les contrats consensuels : la vente, la société, le louage, pour lesquels a été créée la formule *ex fide bona*. Ces actions viennent du *jus gentium* et très probablement de la pratique du préteur. Au contraire, les autres viennent du droit civil pur.

Ce sont, sans parler de la tutelle, qui elle aussi est du droit civil, l'action *rei uxoriae*; l'action de fiducie et l'action directe de gestion d'affaires. Ces trois actions sont étrangères au *jus gentium*, elles sont exclusivement du droit civil. Cela est certain pour l'action *rei uxoriae*, qui ne peut naître que dans un mariage romain et pour une dot romaine, par conséquent entre citoyens. Cela est certain aussi pour la fiducie, car le contrat de fiducie est l'accessoire d'une mancipation qui est un acte du pur droit civil, qui ne peut se faire qu'entre Romains. Cela est probable enfin pour la gestion d'affaires qui, comme nous le verrons, a la même ac-

De Officiis
3, 17 § 69-70

illa : uti ne propter te fidemve tuam captus, fraudatus siem, quam illa aurea : ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione. Sed qui sint boni et quid sit bene agi magna quaestio est. Quintus quidem Scaevola, pontifex maximus, summan vim esse dicebat in omnibus iis arbitris in quibus adderetur ex fide bona. Fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur. In his magni esse judicis statuere praesertim cum in plerisque essent judicia contraria, quid quemque, cuique praestare oporteret. De quel prix sont ces paroles : afin que par toi ou par ta foi je ne sois pas trompé, ou je ne sois pas frustré. Quelles paroles d'or : comme on doit agir entre gens de bien et sans fraude. Mais que doit-on entendre par honnêtes gens ? Qu'est-ce que bien agir ? C'est là la grande question. Quintus Mucius Scaevola, le grand pontife disait que l'efficacité la plus grande était dans ces actions où il est ajouté ex fide bona, d'après la bonne foi, et il est mait que ce nom de bonne foi avait l'acception la plus large et qu'il se trouvait dans les tutelles, dans les sociétés, dans les fiducies, dans les mandats dans les ventes, les louages, c'est-à-dire dans les actes principaux de la vie civile. Dans ces actions l'habileté du juge consiste à déterminer ce qui doit être fourni, qui doit le fournir et à qui, d'autant plus que dans la plupart de ces actions il y a des tions contraires.

piques 17,
et 66.

3°- Topiques. 17,65 et 66. " Privata enim judicia maximarum quidem rerum in jurisconsultorum mihi videntur esse prudentia, nam et adsunt multum et adhibentur in concilio et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant. In omnibus igitur eis judiciis in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam inter bonos bene agier, imprimis in arbitrio rei uxoriae, in quo est aequius melius, parati esse debent. Illi enim dolum malum, illi fidem bonam illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum, qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset eumve cum mandatum esset alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt". En effet les sentences des juges privés, dont dépendent les intérêts les plus considérables, me paraissent reposer sur la sagacité des jurisconsultes, car on les voit fréquemment en justice, on leur demande conseil et ils dirigent les procédures pour le compte des avocats diligents, qui ont recours à leur expérience. C'est ainsi que pour toutes les actions, dans la formule desquelles figure la clause, d'après la

tion que la fiducie.

Ces différentes actions sont plus anciennes que les actions ex fide bona. Elles ont des formules archaïques, qui sont nées d'une histoire toute différente de celle des actions de bonne foi. Nous avons vu cette histoire pour l'action rei uxoriae. Ces formules différentes ne comportent pas l'ex fide bona. A cette époque où la formule a une importance primordiale, elles ne peuvent pas être confondues. Le jurisconsulte reconnaît qu'elles sont différentes des actions de bonne foi, mais elles sont rédigées comme les actions de bonne foi en termes très généraux. Elles font appel pour accorder au juge ses pouvoirs si généraux à des notions très voisines de la bonne foi.: l'équité, la répression du dol et de la fraude sont des expressions différentes de la bonne foi, à mon avis très probablement parce qu'en fait ces expressions sont nées dans un autre domaine, mais elles sont l'expression de notions très voisines et qui ne demandent qu'à être identifiées. C'est cet effort d'identification, de généralisation que nous allons voir s'exprimer dans les passages de Cicéron que nous citons.

Ces passages sont au nombre de trois, deux sont tirés du "de Officiis" et un des Topiques.

1° - De Officiis, 3,15. "Iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus ut tutela duodecim Tabulis et ciscunscriptio adolescentium lege Plaetoria et sine lege judiciis in quibus additur ex fide bona; reliquorum autem judiciorum haec verba maxime excellunt, in arbitrio rei uxoriae : melius aequius, in fiducia : ut inter bonos bene agier. Quid ergo aut in eo quod melius arquius potest ulla pars inesse fraudis ? Aut cum dicitur : inter bonos bene agier, quidquam agi dolose aut malitiose potest," Ce dolus malus était réprimé même par les lois, par exemple la tutelle, dans la loi des XII Tables, la tromperie des jeunes gens dans la loi Pléatoria, il est aussi réprimé sans la loi dans les formules où il est ajouté ex fide bona. Dans les autres formules les mots suivants sont par dessus tout excellents, dans l'arbitrium rei uxoriae melius aequius, dans la fiducie, ut inter bonos bene agier, comme on doit agir entre gens de bien. Quoi donc ? dans ces mots, quod aequius melius, peut-il entrer la moindre part de fraude, ou lorsqu'on dit comme on doit agir entre honnêtes gens peut-on agir en quoi que ce soit dolosivement ou malicieusement.

2° - De officiis, 3,17 § 69 -70. "Nam quanti verba

Effort en vue
de la fusion
des actions de
bonne foi.

bonne foi, ou celle-ci encore, ainsi qu'on doit agir entre gens de bien, avant tout dans l'action rei uxoriae où l'on trouve ces mots, ce qui est le plus équitable et le meilleur, les jurisconsultes doivent être bien préparés. Ce sont eux qui nous ont défini le dol mauvais, ce sont eux qui nous ont défini la bonne foi, ce sont eux qui nous ont défini ce qui est équitable et bon, ce sont eux qui nous ont dit ce que l'associé doit fournir à l'associé, ce que le gérant d'affaires doit fournir à celui dont les affaires sont gérées, ce que le mandant et le mandataire se doivent fournir réciproquement l'un à l'autre, ce que le mari doit fournir à l'épouse, ce que l'épouse doit fournir au mari.

Dans les 3 passages Cicéron cite les termes mêmes de la formule.

Il rapproche de la formule des actions de bonne foi trois autres types de formules.

La première constatation que nous ferons sera que dans ces trois passages Cicéron cite les paroles mêmes de la formule. Il s'appuie sur ces paroles, sur les paroles essentielles de chaque formule pour déterminer le rôle d'interprétation des jurisconsultes, le rôle de décision du juge dans chacune de ces actions. Cette conclusion paraît évidente à la lecture. Il est cependant nécessaire de la rappeler, on n'en a pas toujours tenu compte. En deuxième lieu, de la formule ex fide bona de l'énumération qu'il fait des actions de bonne foi, Cicéron rapproche trois autres types de formules, pour marquer leur parenté, pour marquer qu'elles donnent au juge la même étendue de pouvoirs, le même rôle essentiel. La première de ces formules est "ne propter te, fide me tuam captus fraudatus siem", il s'agit ici, cela résulte avec évidence de tout le texte: d'une formule d'action, mais il ne s'agit pas d'une action de la procédure formulaire, il ne s'agit pas d'une formule écrite contenant l'ordre du prêteur s'adressant au juge et où les plaideurs sont désignés à la troisième personne par leur nom : Aulus Agerius, Numerius Negidius. Dans cette formule le demandeur s'adresse directement au défendeur. C'est donc une procédure orale, une action où les parties prononcent elles-mêmes les paroles, c'est-à-dire quelle qu'en soit l'interprétation, une procédure conçue suivant les formes de l'action de la loi, c'est une action de la loi.

La seconde, ut inter bonos bene agier opertet, peut figurer celle-ci dans la procédure formulaire, et enfin la troisième, quod aequius melius erit, nous la connaissons. Grâce à ces paroles d'or, comme dit Cicéron, tout dol, toute fraude, sont écartés comme par la clause ex fide bona. Le juge a le pouvoir de décider ce qui doit être fourni, praestare oportere. C'est donc d'action civile qu'il s'agit ici. On retrouve les mots techniques des actions civiles.

§ 3 - La fiducie et la gestion
d'affaires.

Formules rattachées à la fiducie.

a) Les deux formules "ne propter te fidemve tuam captus fraudatus siem, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione," sont rattachées de façon sûre à la fiducie. La seconde y est rattachée de façon formelle, non pas par tous les textes de Cicéron. Le premier, de *Officiis*, 3.17.77.10, et le troisième, *Topiques*, 17.66, citent la formule sans dire à quel *negocium juris* elle se rattache. Mais le second, de *Officiis* 3.15.61, dit expressément "in fiducia ut inter bonos bene agier". Ce rapport serait confirmé, s'il en était besoin, par un autre texte de Cicéron, *Epistolae ad familiares*, 7.12. "Ubi porro erit formula fiduciae ut inter bonos bene agier oportet", où à la vérité sera la formule de la fiducie, comme on doit agir entre gens de bien.

L'ancienneté de la fiducie. Interpolation des textes du Digeste relatifs à ce contrat.

Le rattachement de la première formule à la fiducie se fait d'une façon moins formelle. Néanmoins elle est acceptée par tous les auteurs, bien qu'ils ne soient pas d'accord sur l'interprétation à en donner. Tout d'abord Cicéron la cite immédiatement à côté de la formule de fiducie, en outre le Digeste conserve une trace de ces paroles caractéristiques. Dans le Digeste nous ne trouvons plus rien de la formule de la fiducie, plus rien non plus de l'action de la loi. Mais Ulprien dans un texte très interpolé par Justinien nous donne une addition à la formule classique qui est faite quand la mancipiation fiduciaire, que l'on veut faire exécuter, a été convenue avec un esclave. Suivant la règle quand l'acte juridique a été fait par un esclave, l'action est donnée contre le maître, mais au titre de *peculio* ou *in rem verso*, c'est-à-dire pour le montant du pécule de l'esclave, ou pour le montant de l'enrichissement seulement. Voilà la règle, lorsqu'il s'agit d'action ordinaire. Mais lorsqu'il s'agit de l'action de fiducie, le maître n'est-il tenu que dans la limite du pécule ou *in rem verso*? Ou au contraire est-il tenu pour le tout? Ulprien répond pour le tout, à cause de l'addition de la formule. Digeste 15.I.36. Ulprien dit, livre 2 de ses *Disputationes*, "Namque si servo res pignori (fiduciae, Ulprien) data sit, non solum de *peculio* et *in rem verso* competit *actio, verum / formula*, Ulprien/ hanc quoque habet additionem: et si quid dolo malo domini captus, fraudatusque actor est, videtur autem dolo fa-

cere dominus qui cum habet restituendi facultatem non vult restituere", si une chose a été donnée à un esclave pour cause de fiducie l'action qui convient n'est pas seulement de peculio et in rem verso, mais la formule a aussi cette addition: et si le demandeur a été séduit ou fraudé en quelque chose par le dol mauvais du maître; on peut admettre que c'est par dol mauvais que le maître agit quand ayant la faculté de restituer il ne le veut pas. Justinien a interpolé ce texte, il a mis pignori à la place de fiduciae. Il a supprimé l'indication de la formule elle-même. Cependant on peut voir que ces paroles, dolo malo captus fraudatusque, sont un souvenir très net de l'ancienne action de la loi. Il y a ici une trace de filiation certaine fournissant la preuve que l'action de fiducie se rattache à cette ancienne action de la loi.

La fiducie a été sanctionnée primitive-
ment par une action de la loi.

Ainsi grâce aux formules de Cicéron, nous avons une preuve de l'ancienneté de la fiducie. Nous voyons qu'elle a été sanctionnée au début par une action de la loi. C'est aussi une preuve très importante encore qu'à l'époque des actions de la loi il s'en trouvait au moins une par laquelle le dol mauvais et la fraude étaient réprimés au nom de la fides. Ce n'est pas encore très certainement la fides bona, mais c'est la fides, et cette constatation est tout à fait contraire au système de Girard sur les actions de la loi et sur la procédure formulaire. Aussi Girard et son école ne veulent voir, malgré toute évidence, dans ces paroles aucune formule d'action, mais ils veulent voir seulement une formule de contrat. Girard, Manuel, 8ème édition, p. 556, note 2.

Cela est contraire également à l'idée que l'on se fait du jus civil, du droit strict dans les actions de la loi. Aussi Lenel dans la Revue de Savy-
gny prétend également à tort que cette action, où il reconnaît une action de la loi, pourrait bien être une action in factum. C'est un accouplement monstrueux de deux notions contradictoires qui n'a pas pu être accepté.

Quoi qu'il en soit, nous constatons la présence d'une action de la loi pour la fiducie et ceci recule singulièrement l'époque où la fiducie a pu avoir une sanction civile, et aussi l'époque des premiers essais du droit fondé sur la fides, qui a pu commencer déjà sous le régime des actions de la loi. Mais si ancienne qu'elle soit, cette sanction civile est moins ancienne que la fiducie elle-même, car la fiducie remonte à l'époque la plus primitive. La fiducie est ce contrat réel du droit civil, le plus ancien des contrats réels. Vous savez que tout contrat réel comporte deux éléments, une res, un objet, et un élément inten-

La fiducie est le plus ancien des contrats réels.

Champ d'application de la fiducie.
Fiducia cum amico.

Fiducia cum creditore.

Mancipation fiduciaire.

tionnel, une convention. Ici la res, c'est l'aliénation d'une chose par la mancipation, et plus tard par l'in jure cessio. Ceci classe tout de suite la fiducie parmi les actes qui ne peuvent être que du droit civil car la fiducie ne peut pas naître d'une tradition, d'un moyen de jus gentium. Ce transfert de propriété est accompagné d'une promesse, d'une convention sans forme entre l'acquéreur et l'aliénateur. L'acquéreur est débiteur fiduciaire; il promet de faire quelque chose à l'occasion du transfert qui vient de lui être fait. Il promet par exemple de conserver la chose et de la rendre, quand on la lui réclamera, ou encore il promet de la rendre après s'en être servi pour l'usage convenu. C'est la fiducia cum amico. Dans un troisième cas, le débiteur fiduciaire qui est créancier d'une somme d'argent promet de rendre l'objet qu'on lui a remis, lorsqu'il sera payé de sa dette principale. C'est la fiducia cum creditore, la fiducie avec un créancier. Ces trois cas ont été spécialement mis en relief et sont seuls étudiés, lorsqu'on traite des obligations, parce que c'est de cette fiducie que sont sortis les trois contrats réels de bonne foi, que nous connaissons: le dépôt, le gage et le commodat. Mais ces trois contrats ne sont pas le domaine le plus important, ni le domaine le plus ancien de la fiducie. La fiducie a des applications beaucoup plus étendues dans le droit de famille. La mancipation fiduciaire sert à faire un testament. Le familiae emptor reçoit le patrimoine du de cujus et s'oblige à le rendre à l'héritier. La mancipation fiduciaire sert à émanciper le fils de famille; l'émancipation du fils de famille est faite à l'aide de trois mancipations successives, auxquelles chaque fois est adjoint un pacte de fiducie faisant promettre à l'acquéreur d'affranchir le fils qu'il vient d'acheter. La mancipation fiduciaire sert encore à l'adoption qui se fait, elle aussi, par trois mancipations fiduciaires suivies d'une revendication. Elle sert en outre aux affranchissements. C'est l'usage fréquent de vendre un de ses esclaves à autrui avec un pacte de fiducie, d'après lequel l'acquéreur s'engage à libérer l'esclave sous certaines conditions. La forme particulière de mancipation, qui s'appelle la coemptio, et qui sert, nous l'avons vu, à faire naître un mariage cum manu, sert aussi aux femmes pour interrompre leurs sacra, pour changer de tuteur et pour faire un testament. Dans tous ces cas, que nous n'avons pas la possibilité de développer, comme il conviendrait, c'est bien la même fiducie que dans la fiducia cum amico et cum creditore, c'est même le domaine primitif de la fiducie. On peut donc voir dans l'ampleur de cette utilisation dans le droit

de famille, le rôle de tout premier ordre que joue la fiducie dans ce droit. Or ce rôle est très ancien. Il pourrait être même aussi ancien que la mancipation elle-même. La mancipation est une institution du droit coutumier très probablement plus ancienne que la cité, datant de l'époque gentilice.

Tous les auteurs sont d'accord pour penser que la fiducie est une institution plus ancienne que sa sanction civile, et même si l'on admet que cette sanction civile a été d'abord une action de la loi, comme nous le pensons, elle est encore plus ancienne que cette action de la loi. Donc, elle a servi, c'est un usage qui a existé, avant que le droit civil s'en soit occupé. Quelle était dans cet usage primitif la sanction de la fiducie ? Il y avait une sanction détournée qui est l'usureceptio fiduciae, mais cette sanction ne peut suffire. Pour répondre à cette question, les jurisconsultes ont créé beaucoup de systèmes, dont le plus répandu est de dire qu'il n'y avait pas de sanction et que l'on s'en remettait à la fides du débiteur. C'est une réponse qui est en réalité un aveu d'impuissance devant l'explication. C'est ici que se présente l'utilité d'une enquête du même genre que celle que nous venons de faire cette année pour l'action rei uxoriae. Cette enquête pourrait se demander si cet usage n'avait pas été sanctionné d'abord par des coutumes familiales, par des coutumes gentilices avant d'être transposé par la suite dans le droit. C'est une histoire qui ne serait sans doute pas la même, mais qui présenterait des analogies avec l'histoire de la restitution de la dot. Cette question, je la laisse posée et non résolue. Nous ne connaissons donc point le début de cette histoire. Nous en voyons seulement la fin; la fin, c'est cette action de la loine propter te fidem te tuam captus, fraudatus siem, et la formule, ut inter bonos bene agier oportet. A l'époque de Cicéron la fiducie est assimilée à l'action de bonne foi. Cette assimilation est achevée plus tôt que l'assimilation de l'action rei uxoriae, car Quintus Mucius Scaevola la compte déjà parmi les actions de bonne foi, et à mon avis sans qu'il y ait eu de formule nouvelle créée.

B) La gestion d'affaires.

L'origine de l'action de gestion d'affaires est un des points les plus controversés parmi toutes ces questions si controversées. Cette question a une littérature très importante et très difficile. Quelles sont ces difficultés ?

1°) Cicéron parle de la gestion d'affaires, mais Quintus Mucius Scaevola ne la compte pas parmi les actions de bonne foi. Au contraire elle est dans

la liste des actions de Gaius. Quelle est donc sa nature primitive ? puisqu'elle existait déjà avant d'être considérée comme une action de bonne foi.

La nature primitive de la gestion d'affaires.

2°) Un préteur avait fait un édit sur la gestion d'affaires. Digeste 3.5.10 § 3. Ulpien nous dit, "ait pretor", le préteur dit,

Cet édit est un soutien considérable de la théorie que nous combattons ici, soutien de la théorie d'après laquelle le negotium a été créé par le préteur à l'aide d'une action in factum prétorienne devenue plus tard action in jus et de bonne foi.

Voyons ce que l'on peut tirer des textes de Cicéron à ce sujet. Cicéron nomme la gestion d'affaires à plusieurs reprises, mais il ne la nomme pas parmi les actions de bonne foi. Mais il la rapproche de ces actions dans les Topiques, 17.66. Je vous rappelle ce texte. Cicéron cite d'abord trois formules: 1°) ex fide bona; 2°) ut inter bonos bene agier oportet, 3°) quod aequius melius erit. Puis il cite les trois fondements de ces actions: la fides bona, le dolus malus, et l'aequum et bonum. Il cite enfin les exemples d'actions, illi quid socium socio qui eum, qui negotia aliena curasset ei cujus ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt". Ceux-ci, (les juris-consultes), nous ont indiqué ce que doit fournir l'associé à l'associé, celui qui a géré l'affaire d'autrui à celui dont les affaires sont gérées, ce que doivent se fournir l'un l'autre celui qui a donné un mandat et celui à qui le mandat a été donné, ce que doit fournir le mari à la femme, la femme au mari.

Si nous accordons quelque autorité à ce texte, si nous ne supposons pas, comme le fait Girard, que Cicéron l'a rédigé avec une négligence incroyable, nous en tirerons les conséquences suivantes:

1°) Cicéron donne comme exemple des formules qu'il vient de citer: la société, le mandat, l'action rei uxoriae, la gestion d'affaires. Nous savons par Quintus Mucius Scaevola que la société et le mandat sont les exemples des formules in quibus additum est ex fide bona. L'action rei uxoriae est celle qui contient, quidquid aequius melius erit. Reste un negotium, la gestion d'affaires, une formule, ut inter bonos bene agier oportet. Nous conclurons que l'action de gestion d'affaires contenait ces mots, qu'elle avait donc une rédaction qui sans être peut-être identique avec l'action de fiducie contenait les mêmes mots que l'action de fiducie et qu'elle avait le même fondement, le dolus malus.

2°) Cette action de gestion d'affaires était

Selon Cicéron l'a. negotiorum gestorum contenait les mots "ut inter bonos bene agier".

Cette action était civile. Cicéron ne vise que l'action directe.

Caractère unilatéral de la gestion d'affaires.

L'action contraire créée par le préteur pour permettre au procurator d'être remboursé des frais qu'il a faits.

Explication par cette idée des textes interpolés par Justinien.

civile comme les autres citées: praestare oporteret.

3°) L'action de gestion d'affaires citée était seulement l'action directe. L'action qui était indiquée par Cicéron est celle qui permet à celui dont les affaires sont gérées de réclamer ce qui lui est dû par le gérant.

Vous remarquerez la façon différente dont le texte est rédigé, façon différente qui ne peut pas ne pas être volontaire. En ce qui concerne l'action rei uxoriae Cicéron dit ce que le mari peut réclamer à la femme, ce que la femme peut réclamer au mari. En ce qui concerne la société, ce que peut réclamer l'associé à l'associé, et en ce qui concerne le mandat, ce que le mandant et le mandataire peuvent se réclamer l'un à l'autre. Par contre, lorsqu'il parle de la gestion d'affaires, il ne parle que de ce que peut réclamer le gérant.

Nous conclurons donc que, tandis que Cicéron a voulu caractériser les obligations réciproques du mandataire et du mandant, de l'associé, du mari et de la femme, il a marqué le caractère unilatéral de la gestion d'affaires.

Si l'on admet ainsi que la gestion d'affaires dans son action directe était sanctionnée par notre formule archaïque de même nature que la fiducie, nous dirons qu'à l'époque de Cicéron c'est une action injus qui n'est pas encore de bonne foi, mais qui est comparée aux actions de bonne foi et qui est sur le point de le devenir, et l'on comprendra mieux les textes du Digeste parlant de l'action in factum. C'est l'action contraire qui a été créée par le préteur. Elle a été créée pour un cas spécial pour un procurator. Elle n'est donc pas donnée dans tous les cas de gestion d'affaires, mais dans un seul cas, dans une gestion d'affaire judiciaire. Elle est donnée au procurator pour réclamer le remboursement des frais faits par lui, lorsqu'il défend en justice de bon gré un absent. En l'état actuel les textes du Digeste sont extrêmement interpolés par Justinien, et ces interpolations sont toujours faites dans le même but, dans un but d'unification, Digeste, 3.5.3. Ulpien, "ait praetor si quis negotia alterius sive quis negotia quae cujusque cum is moritus fuerit gesserit eo nomine judicium dabo", celui qui a géré les affaires d'autrui ou l'affaire qui était à autrui, lorsqu'il est mort, en ce cas je donnerai un judicium.

Cette rédaction est embarrassée et assez peu correcte. Cette incorrection est l'œuvre de l'interpolation de Justinien. Elle semble introduire une action en faveur de celui qui a géré. En effet, eo nomine cache mal une interpolation, reconnue d'ailleurs par tous les auteurs. Ils reconnaissent l'interpolation, mais ils ne sont pas d'accord pour savoir ce qui doit être rétabli. Pour nous le texte du préteur disait originairement, si quelqu'un a géré l'affaire d'autrui, je lui donnerai un judicium contre le géré.

C'est qu'en effet dans l'Edit perpetuel ce petit édit ne se trouvait pas parmi les actions de bonne foi, mais au titre de cognitoribus et procuratoribus et defensoribus. Comment Ulprien justifie-t-il cette création ? Digeste, 3,5,1. Ulprien dit : cet edit est nécessaire, et il est fait pour l'utilité des absents, de peur que n'étant pas défendus, ils subissent un dommage à cause de la mise en possession d'autrui de leurs biens ou de la vente de leurs biens ou d'une action pour une peine encourue, ou enfin d'une façon générale qu'ils perdent à tort leurs biens.

Cette justification n'est pas la justification d'une action directe. Il s'agit d'inciter quelqu'un à gérer les biens d'un absent. Comment serait-il encouragé par l'organisation de sa responsabilité ? Mais au contraire si on lui donne une action pour réclamer les dépenses qu'il a faites, c'est-à-dire l'action contraire, il rendra plus volontiers service à l'absent. C'est bien cette justification que donne Ulprien. C'est encore la même justification de l'édit qui est donnée d'une façon plus nette par Gaius sur l'édit provincial, Digeste, 3,5,2. En nous débarrassant des passages qui sont reconnus interpolés nous trouvons la suite des idées ainsi exprimée : si quelqu'un a géré les biens d'un absent, même à l'insu de cet absent, si cependant il a dépensé utilement quelque chose pour l'affaire d'autrui, ou si lui-même s'est engagé pour l'affaire de quelqu'un, il a une action à ce titre Et certainement de même qu'il est équitable que lui-même rende compte de ses actes et soit condamné à ce titre pour tout ce qu'il n'a pas géré comme il convenait, ou qu'il a retenu de sa gestion, de même à l'inverse il est juste, s'il a géré utilement, qu'il soit remboursé de tout ce que à ce titre il a ou il aura en moins.

Si l'on admet, comme nous le pensons, que l'action directe existe déjà à titre d'action ancienne in jus avant cet édit, l'action in factum contraire avant l'édit, le commentaire par Gaius de l'édit donnant l'action in factum contraire s'explique admirablement. Dans la première partie le jusrisconsulte nous

dit, cela est certain, que ce qui a été créé, c'est l'action prétorienne du gérant contre le géré, l'action en remboursement de ses dépenses, l'action contraire. La deuxième partie justifie la création de cette action, en invoquant l'action directe existante déjà. Le jurisconsulte dit : de même qu'il est équitable que le gérant soit forcé par l'action directe de rendre compte de ses actes, de même à l'inverse il est juste, s'il a géré utilement, qu'il puisse forcer le géré à lui rembourser ce qui lui est dû. La justification de l'action contraire, dont vient de parler Gaius, est tirée de l'existence même de l'action directe supposée existante.

Justinien a transformé les actions de gestion d'affaires en actions de bonne foi.

Justinien par ces interpolations a eu pour but d'unifier la législation, et il a transformé toutes les actions de gestion d'affaires, l'action directe et l'action contraire, en actions de bonne foi. C'est une fusion d'ailleurs qui offre beaucoup de difficultés à l'interprète.

§ 4 - Conclusion.

Vous le voyez, dans le paragraphe précédent, je me suis borné à exposer rapidement les constatations que l'on pouvait faire au sujet de la fiducie et de la gestion d'affaires. Nous avons affirmé pour la première, et nous avons cru pouvoir le supposer pour la seconde, que des formules archaïques existaient, formules civiles, très analogues à la formule *ex fide bona*, si bien que Cicéron insiste sur ce qu'elles ont de commun avec les formules *ex fide bona*.

Cette communauté est si grande que pour la fiducie le rapprochement est déjà opéré, parce que la fiducie compte parmi les actions de bonne foi de Quintus Mucius Scaevola, tandis que pour la gestion d'affaires comme pour l'action rei uxoriae le rapprochement n'est pas encore total. Nous saisissons donc le moment où se constitue une grande théorie juridique, la théorie des actions de bonne foi, à l'aide de matériaux de diverses origines. Quelle est l'origine de la fiducie ? Quelle est l'origine de la gestion d'affaires ? Ou plutôt quelle en est la préhistoire ? Cette préhistoire, si jamais elle est éclairée et si elle peut l'être, ce que nous n'avons pas encore vérifié, illustrerait les raisons encore obscures pour lesquelles ces affluents, ces sources d'origines différentes sont venus se mêler et se perdre dans le grand fleuve de la bonne foi. A la fin du cours je me contente de poser la question et je la laisse sans solution. Tandis qu'au contraire, vous l'avez vu,

tout le cours de cette année a été consacré à résoudre ce même problème pour l'action rei uxoriae. L'action rei uxoriae, elle aussi, est un autre affluent, une autre source indépendante, qui est venue accroître le fleuve principal.

Dans le cours de ces leçons nous avons remué beaucoup d'hypothèses, quelques-unes sont peut-être un peu aventurées. Mais, si je ne m'abuse dans l'ensemble elles forment une trame assez solide et elles ont quelque chance d'être près de la vérité. Mais mon but principal pendant ces leçons a été de vous montrer comment fonctionne la méthode historique, comment grâce à elle on peut aborder et résoudre des problèmes nouveaux. Nous avons étudié un sujet très restreint, et cependant nous avons remué beaucoup d'idées, nous avons exploré beaucoup de domaines, qui sont en général peu visités par les jurisconsultes. L'histoire, le droit religieux, la sociologie, nous ont servi pour édifier et pour consolider des hypothèses explicatives, avant d'en arriver à une étude plus juridique des actions. Mon but sera atteint si j'ai pu vous faire voir l'intérêt toujours vivant des recherches historiques, quel que soit le domaine dans lequel on veut les mener.

F I N .-

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

Cours terminé d'imprimer le 14 Mai 1935.