

Précis du droit de famille romain, contenant un choix de textes, par Alphonse Rivier,...

Rivier, Alphonse (1835-1898). Précis du droit de famille romain, contenant un choix de textes, par Alphonse Rivier,..... 1891.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'œuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici pour accéder aux tarifs et à la licence](#)

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

Lausanne 1891

PRÉCIS

DU

DROIT DE FAMILLE ROMAIN

CONTENANT UN CHOIX DE TEXTES

PAR

ALPHONSE RIVIER

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE BRUXELLES

PROFESSEUR HONORAIRE DE L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

La corrélation qui existe entre la moralité nationale et la famille, se manifeste à Rome avec assez d'évidence. La plupart des vertus de l'ancienne Rome, l'économie, la simplicité, l'amour de l'ordre, la chasteté, la fidélité, se rattachent par les liens les plus étroits à la vie domestique et à la famille. C'est dans la famille qu'elles trouvent leur cause morale, leur fondement et le milieu qui les vivifie.

JHERING.

PARIS

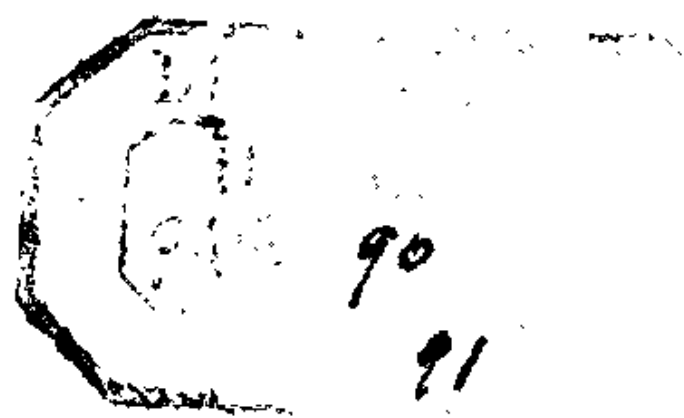
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1891



PRÉCIS

DU

DROIT DE FAMILLE ROMAIN

8^e F
637

OUVRAGES DE M. A. RIVIER

Untersuchungen über die Cautio prædibus prædiisque, 1862.

Introduction historique au droit romain, 1871. 2^e édition, 1881.

Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain, 1878.

Claude Chansonnette, jurisconsulte messin, et ses lettres inédites, 1878.

Éléments de droit international privé ou du Conflit des lois. Droit civil. Procédure. Droit commercial, par T. M. C. ASSER. Ouvrage traduit, complété et annoté, 1884.

Note sur la littérature du Droit des Gens avant la publication du Jus belli ac pacis de Grotius, 1883.

Esquisse d'une histoire littéraire des systèmes et méthodes du Droit des Gens depuis Grotius jusqu'à nos jours, dans l'*Introduction au Droit des Gens*, de FRANZ DE HOLTZENDORFF et A. RIVIER, 1889.

Programme d'un cours de Droit des Gens, 1889.

Lehrbuch des Völkerrechts, 1889.

PRÉCIS

DU

DROIT DE FAMILLE ROMAIN

CONTENANT UN CHOIX DE TEXTES

PAR

ALPHONSE RIVIER

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE BRUXELLES

PROFESSEUR HONORAIRE DE L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

La corrélation qui existe entre la moralité nationale et la famille, se manifeste à Rome avec assez d'évidence. La plupart des vertus de l'ancienne Rome, l'économie, la simplicité, l'amour de l'ordre, la chasteté, la fidélité, se rattachent par les liens les plus étroits à la vie domestique et à la famille. C'est dans la famille qu'elles trouvent leur cause morale, leur fondement et le milieu qui les vivifie.

JHERING.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1891



A LA FACULTÉ DE DROIT

DE

BOLOGNE

HOMMAGE DE RESPECT ET DE RECONNAISSANCE

AVANT-PROPOS

L'histoire des relations de famille, envisagée comme une des branches de l'histoire du droit, offre de puissants éléments d'intérêt et d'instruction ; le jurisconsulte et l'homme d'État, l'économiste et le moraliste, le réformateur et l'archéologue en peuvent également tirer profit. Notre société a pour base la famille. Le foyer antique, où le feu ne s'éteint jamais, le vaisseau, toujours rempli de l'eau nécessaire au culte, forment le centre et l'unité de la communauté domestique, d'où l'État est né. La filiation des préceptes fondamentaux de notre droit remonte jusqu'aux règles sacrées de cette primitive communauté. Le devoir envers la patrie, terre des pères, n'est autre chose, à l'origine, que l'extension du devoir envers les ancêtres, envers la famille.

De toutes les grandes notions juridiques, c'est, je pense, celle de la famille qui, au cours des temps, a traversé les plus remarquables vicissitudes ; elle offre encore, en diverses parties du globe, les contrastes les plus frappants. Telle que nous la voyons organisée aujourd'hui, avec des nuances multiples, dans la

chrétienté, la famille n'est nullement parfaite ni, cela va sans dire, définitive. Certaines fictions, sur lesquelles elle repose, ne sauraient suffire toujours à l'étayer. S'il fallait en croire une école plus généreuse peut-être que clairvoyante, on transformerait sa constitution encore monarchique en un régime quasi-républicain, où la femme aurait des droits égaux à ceux du mari. Des voix, surtout féminines, s'élèvent de temps à autre pour préconiser le mariage libre, le mariage à terme, le mariage à l'essai. Le mormonisme a réintroduit en Occident la polygamie. On dit que de tristes et sinistres sectaires forment des ménages fraternels d'où l'amour est exclu. Afin de réagir contre divers dangers modernes, prétendus ou véritables, des esprits sérieux recommandent la restauration de la puissance paternelle, tandis que des journalistes ont trouvé plaisant de suggérer une réédition aggravée de la loi *Julia et Papia*. Gardons-nous d'attacher trop d'importance à ces phénomènes, de valeur fort inégale, mais reconnaissons qu'en vue des changements que l'on redoute ou que l'on prône, l'examen de ce qui fut jadis s'impose. Seul il peut mettre à même de juger ce qui est, de voir ce qui sera.

Quoique le vieux droit de famille du Latium et des Quirites se soit, à Rome même et à Constantinople, largement dénationalisé sous l'influence des provin-

ces, puis du christianisme, le droit de famille romain n'en reste pas moins lié à un état social qui n'est plus, et la place visible et tangible qu'il occupe dans les législations actuelles est certainement moindre que celle du droit romain des obligations, des successions, de la propriété (1). Pourtant, notre droit en est issu et, malgré mainte différence radicale, il en a retenu plusieurs de ses principes les plus essentiels. Le droit de famille romain est toujours très digne d'être étudié, tant en lui-même, pour sa haute valeur intrinsèque, que pour la connaissance comparative des institutions dans l'espace et dans le temps et pour l'intelligence de notre civilisation indo-européenne ou aryenne, qui semble appelée de plus en plus au gouvernement du monde.

On sait les immenses progrès qu'a faits, surtout depuis un quart de siècle, la science du droit comparé, grâce à de nombreux et précieux travaux où l'histoire coopère avec la philologie et l'ethnologie, si bien qu'il est permis de dire avec un maître éminent : « Le jour

(1) Se plaçant au point de vue allemand, un civiliste célèbre a pu dire que la notion romaine de la famille paraît actuellement en partie étrangère, en partie surannée : « Insoweit ist uns die römische Familie zum Theil Etwas Fremdartiges, zum Theil Antiquität ». Brinz, *Pandekten*, § 49. Mais d'autres pays, l'Espagne, l'Italie, la France même, ainsi que l'Orient chrétien, sont demeurés plus près de la famille romaine que l'Allemagne.

approche où l'idéal d'une histoire juridique universelle pourra devenir une réalité » (1). Plus on étudie l'histoire du droit romain et l'histoire longtemps négligée du droit grec, plus on pénètre dans la connaissance des institutions juridiques et sociales des autres nations, et plus les restes à peine entrevus naguère de l'ancienne coexistence et communauté des Indo-européens se révèlent, s'accroissent et se multiplient. Aujourd'hui, comme l'a dit M. Dareste, « depuis les codes brahmaniques et l'Avesta, on suit le droit à la trace jusqu'aux extrémités de l'Europe, on le reconnaît, ainsi que les idées dont il est l'expression, dans les coutumes de l'Arménie et du Caucase, dans les livres judiciaires écrits au moyen âge pour la Russie ou la Suède, pour la Norvège ou l'Irlande ; on en voit encore des vestiges dans des lois rédigées au XVIII^e et même au XIX^e siècle pour la Géorgie et le Monténégro » (2). Sir Henry Maine a pu observer dans l'Inde, de ses propres yeux de jurisconsulte, d'historien et de philosophe, quelques-unes des institutions judiciaires communes aux Romains et aux Hindous, encore flo-

(1) « Das Ideal einer Universalrechtsgeschichte wird dereinst zur Wirklichkeit. » J. Kohler, dans la *Revue de Grünhut*, t. XV, p. 305-318 : *Deutsche Rechtsgeschichte und vergleichende Rechtswissenschaft*.

(2) Dareste, *Études d'histoire du droit*, Préface. 1889. Voir mon *Introduction historique au droit romain*, 2^e édition, p. 69-77.

rissantes sous l'égide des cours de justice anglaises (1). La comparaison des Hellènes et des peuples italiques est singulièrement fructueuse dans le domaine du droit de famille. De nombreux traits communs autorisent à supposer que ces deux rameaux privilégiés de la race aryenne, chez lesquels, ainsi qu'en Inde, l'élément sacré tenait une place prépondérante, ont pu franchir ensemble une partie des étapes qui s'échelonnent depuis la promiscuité probable des temps primitifs jusqu'à la maison monogamique dont le père est le chef. Cependant les Romains, plus jeunes et parvenus plus tard à la haute culture, apparaissent dès l'abord plus avancés ; à Rome, le mariage par enlèvement et le mariage par achat appartiennent exclusivement à l'époque préhistorique, et c'est à peine si le droit maternel y a laissé dans la langue et dans la légende quelques rares et pâles vestiges, alors qu'en Grèce les traces en sont bien marquées et relativement nombreuses (2). — D'autre part, diverses ins-

(1) *Études sur l'histoire des institutions primitives*, traduction de Durieu de Leyriz, p. 383. 1880.

(2) Des traces du droit maternel se reconnaissent aussi chez les Etrusques. Bachofen, *Die Sage von Tanaquil*. 1870. — Des indices sont fournis par les termes de parenté dans les diverses langues aryennes, mais il ne faut pas en exagérer la valeur. Certains savants, que les fécondes découvertes de Bachofen (*Mutterrecht*. 1861) ont séduits, tiennent un peu trop à voir le droit maternel partout ; d'autres exagèrent peut-être en sens inverse.

titutions dont l'existence est constatée chez d'autres nations indo-européennes, ne sont pas moins étrangères à la Grèce qu'à l'Italie ; telle est la parenté de lait, qui, dans l'Inde et en Irlande, s'est étendue à l'éducation et à l'instruction, nourriture de l'âme, s'ennoblissant ainsi jusqu'à devenir une parenté spirituelle. — D'autres ressemblances, dont le nombre va croissant, se retrouvent chez tous ou presque tous les descendants des Aryens. Sans en percevoir le principal motif, les Prudents avaient conscience de cette communauté juridique lorsqu'ils rattachaient leurs institutions familiales aux notions, apparentées entre elles, de la raison naturelle, du droit naturel, du droit des gens, droit commun aux peuples civilisés, à ceux du moins qu'ils connaissaient et dont la plupart étaient d'origine aryenne (1). Soit au droit des gens, soit au

Je me borne à citer ici : Bernhœft, *Staat und Recht der rœmischen Kœnigszeit*, § 34 ; *Sprachvergleichung und Urgeschichte*, dans sa Revue, 1890. — Berthold Delbrück, *Die indo-germanischen Verwandtschaftsnamen*. 1889. — Leist, *Alt-arisches Jus gentium*, § 9, § 18. — Giraud-Teulon, *Les origines du mariage et de la famille*. 1884. — Kovalevsky, *Origine et évolutions de la famille et de la propriété*. 1890.

(1) Ils attribuaient cette communauté à la raison, à la nature des choses, à la force des choses, éléments qu'il importe certainement de ne jamais perdre de vue quand on étudie le droit comparé. — Gaius, 1, 1 : Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis : quod vero naturalis ratio inter omnes homines

droit naturel, appartiennent, d'après eux, le mariage, la procréation des enfants et leur éducation, l'obéissance aux père et mère et à la patrie, l'adoption, la tutelle, le devoir de sépulture, ainsi que la crainte de Dieu et le culte des ancêtres ; l'esclavage est de droit des gens comme l'affranchissement, tandis que la liberté et l'égalité sont de droit naturel.

Ainsi se trouve constitué un terrain primitif commun, sur lequel les peuples divers, rejetons d'une même tige, ont édifié leurs constructions séparées, chacun selon son génie propre, ses besoins spéciaux, le milieu où sa destinée l'avait placé, les éléments ethniques et physiques qui l'environnaient et l'avoisinaient. Le chef-d'œuvre de force, d'ordre et de conséquence qu'a su créer le peuple-roi, est ou paraît être, sur plus d'un point, important, original, neuf, indépendant de la tradition ; néanmoins l'œil exercé discerne sans peine sous ce merveilleux droit civil l'antique couche religieuse, morale et juridique de la coutume aryenne (1).

constituit, id apud omnes populos peræque custoditur vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur. — Ulpien, L. 1 § 3 et L. 4 *De justitia et jure* 1, 1. — Pomponius, L. 2, Florentin, L. 3, Hermogénien, L. 5, même titre. — Leist, *Alt-arisches Jus gentium*, §§ 58-59, 85-87.

(1) Comparez Leist, *Alt-arisches Jus gentium*, p. 608. M. Leist a eu le grand mérite de mettre sur plusieurs points à fleur de sol cette couche souterraine, par l'examen comparatif du droit

Au reste, quelque attrayante et féconde qu'en soit l'étude, ce n'est ni au droit aryen ni au droit comparé que doit être consacré ce *Précis*, mais au droit romain ; il n'y est fait mention du droit des autres nations indo-européennes qu'incidemment et dans les notes. J'ai voulu exposer d'une façon succincte les principes qui ont régi la famille romaine, simultanément ou successivement, depuis les rois et les Douze Tables jusqu'à Justinien, et décrire la constitution dure et saine grâce à laquelle cette famille, devenue la famille européenne et chrétienne, a pu résister à la ruine des mœurs, survivre aux invasions des barbares, et triompher des institutions inférieures des Celtes, polygynes et même polyandres, et des Germains qui, malgré leurs vertus si bien mises en relief par Tacite, n'avaient pas non plus rejeté la polygamie, ni le rapt violent ou l'achat naïf et brutal de la femme, assujettie à perpétuité.

Je viens de qualifier de dure la constitution de la famille romaine. Ici encore il ne faut rien exagérer. Il convient de n'oublier jamais que le *Fas* complétait le *Jus* et le limitait, que la morale et ses offices, les habitudes de respect et d'affection, la force même des choses et les nécessités de la vie tempéraient l'appli-

hindou, essentiellement de l'époque des Sûtras, du droit grec et du droit romain.

cation des principes rigoureux, — et de méditer, avant de juger sur l'apparence, les paroles souvent citées de Sénèque : « Quanto magis officiorum quam juris patet regula ! Quam multa pietas, humanitas, liberalitas, justitia, fides exigunt, quae omnia extra publicas tabulas sunt ! (1) » Il importe enfin de ne point perdre de vue le censeur, vigilant à réprimer les abus que la loi semblait permettre (2).

On trouvera, en note, de brèves indications touchant le sort qu'ont eu les institutions romaines au moyen âge et aux temps modernes, tant en Orient qu'en Occident, et spécialement en France. Le droit byzantin a d'abord poursuivi la voie où les empereurs chrétiens et surtout Justinien s'étaient engagés ; ce

(1) Sénèque, *De ira*, 2, 27. — Jhering, *Esprit du droit romain*, t. II, § 37, section 3 : Aspect extérieur des relations de famille dans la vie. C'est en première ligne à l'illustre auteur de l'*Esprit du droit romain* que l'on est redevable d'une juste appréciation des rapports de famille à Rome. Voir aussi les judicieuses observations de M. Voigt, *Die Zwölf Tafeln*, t. II, § 92.

Les comédies de Plaute, que je cite souvent, nous montrent des esclaves familiers, même insolents, confidents et complices des fils de famille ; des pères débonnaires ou peu dignes ; des maris dépourvus d'autorité, trompant leurs femmes et ayant peur d'elles, surtout si elles ont apporté une grosse dot. On n'y voit pas, et pour de bonnes raisons, l'ingrédient, indispensable aujourd'hui, de l'adultère.

(2) On n'a rien dit de mieux sur le rôle du censeur que les observations de M. de Jhering, *Esprit du droit romain*, t. II, § 30 : La censure contrepoids du droit (*Der Censor ein Ableiter für das Recht*).

développement, qu'on peut qualifier de normal, est très visible dans l'Éclogue de Léon et de Constantin. En revanche, la législation de Basile de Macédoine et de Léon le Philosophe est souvent revenue au droit de Justinien. Ce même droit justinienéen, reçu avec le droit canonique dans le saint-empire, est le fondement sur lequel les jurisconsultes d'Allemagne ont créé, en s'aidant du droit germanique, leur *usus modernus Pandectarum*, tandis que le droit écrit de France est fondé plutôt sur le Code de Théodose (1). A côté des divergences qui résultent des points de départ et des milieux, il est intéressant de constater certaines tendances anti-romaines communes qui caractérisent le droit moderne et peuvent être attribuées, en partie, à une tardive réalisation des préceptes du christianisme.

Bien qu'il ait été l'objet de travaux innombrables, le droit de famille romain est riche en hypothèses et en

(1) Longtemps la France du droit écrit est restée plus romaine que ne l'est devenu, par la réception, l'empire d'Allemagne. Selon M. Ad. Tardif, « sur les 160 articles qui forment la coutume de Toulouse de 1286, plus de soixante appartiennent à la législation antéjustinienéenne ou à la jurisprudence qui s'était formée pendant les dix siècles où cette législation avait été en vigueur ». *Histoire des sources du droit français, sources romaines*, p. 403. — L'étude du droit romain de France offre ainsi un intérêt particulier. Il importe de joindre à l'examen des coutumes, des auteurs et de la jurisprudence des pays de droit écrit jusqu'à la Révolution et au Code civil, une lecture attentive de l'admirable commentaire de Jacques Godefroy.

controverses. Il n'entre pas dans le cadre de ce *Précis* de faire de la polémique. Je me suis borné généralement à donner la solution que j'estime juste, sans craindre de confesser, à l'occasion, *mihi non liquere*. Les textes transcrits fournissent des arguments ou des preuves, et doivent servir à compléter mon exposé, toujours plus ou moins sommaire. Comme au *Traité des successions*, j'ai laissé parler le plus possible, en leur facile et clair langage, les maîtres romains eux-mêmes. On pourra critiquer le choix des textes, où je crains de n'avoir pas assez su me borner ; quant au principe même qui m'a déterminé à les transcrire *in extenso* plutôt que d'y renvoyer simplement le lecteur, je ne pense pas avoir à le défendre. Il me suffit de rappeler que le Digeste, le Code et même les Institutes ne sont pas d'un usage aussi général et quotidien dans les pays de langue française qu'en Allemagne, en Italie ou aux Pays-Bas, et d'affirmer une fois de plus ma croyance au mérite sans égal des Prudents.

C'est surtout en raison de la place qu'ils y occupent, que j'ai osé inscrire en tête de ce modeste travail le nom de l'École illustre en qui s'est incorporée la première renaissance de la science juridique et qui fut, durant des siècles, le sanctuaire par excellence du droit romain ressuscité.

CITATIONS ET ABRÉVIATIONS

Les citations de textes tirés des livres de Justinien et des livres antéjustinianiens n'ont pas besoin d'explication.

Il en est de même de celles d'ouvrages spéciaux, dont le titre est indiqué dans le courant de ce *Précis*.

Quant aux ouvrages généraux de droit romain, élémentaires et approfondis, je n'ai, en général, pas jugé nécessaire de les citer, supposant que tous ceux qui me feront l'honneur de me lire, connaissent les noms célèbres ou estimés d'ORTOLAN, dont l'Histoire a eu douze éditions, de MAYNZ, de MM. ACCARIAS et LABBÉ, de PUCHTA, KELLER, VANGEROW, ARNDTS, BRINZ, de MM. WINDSCHEID, DERNBURG, SALKOWSKI, SOHM, HÆLDER, de PADELETTI, de MM. SERAFINI, COGLIOLO, LANDUCCI et de tant d'autres auteurs de mérites divers et d'inégale importance, qui enrichissent sans cesse la littérature *romaniste*. On rencontrera cependant des citations de M. KARLOWA, se rapportant soit à sa monumentale Histoire du droit romain, *Ræmische Rechtsgeschichte*, dont le premier volume seul a paru (1885), soit à son importante monographie sur le mariage (p. 146) ; de DANZ, *Geschichte des ræmischen Rechts*, 1871-1873 ; KUNTZE, *Cursus des ræmischen Rechts*, 2^e éd. 1879, *Excursus* 1880 ; BARON, *Institutionem* 1884 ; SCHULIN, *Lehrbuch der Geschichte des ræmischen Rechts*, 1889. J'ai mentionné aussi le regretté JAMES MUIRHEAD, dont l'*Historical introduction to the private Law of Rome* (1886) a eu l'honneur mérité d'être traduite en français et en italien ; j'ai cité aussi, plus d'une fois, l'ouvrage de M. CUQ sur les *Institutions juridiques des Romains*, dont malheureusement la première livraison seule a paru au moment où j'écris ces lignes. On verra souvent cité l'*Esprit du droit romain* de M. de JHERING, d'après la dernière traduction française de M. DE MEULENAERE (1886) ; quelquefois l'ouvrage de M. CARLE : *Le Origini del Diritto Romano* (1888). Je renvoie fréquemment à mon *Introduction historique du droit romain*, 1871-1881, sous la désignation : *Introduction historique*, et sous celle de *Traité des successions* à mon *Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain*, 1878.

Quant aux antiquités romaines, je puis renvoyer une fois pour toutes au classique *Manuel* de M. TH. MOMMSEN et de MARQUARDT, dont la traduction française fait le plus grand honneur à M. P. F. GIRARD, traducteur du *Droit public romain*, ainsi qu'à MM. VIGIÉ, LOUIS-LUCAS, WEISS, BRISSAUD et à M. HUMBERT. Je cite LANGE d'après la 3^e édition allemande, *Römische Alterthümer* (1876), et le *Droit public romain* de M. WILLEMS d'après la 4^e édition (1880). La citation d'HERMANN a trait au *Lehrbuch der griechischen Antiquitäten*, dont le tome III contient les *Rechtsalterthümer*.

La mention de DARESTE se rapporte aux *Études d'histoire du droit* de M. ROD. DARESTE, 1889. Celle de HEUSLER aux *Institutionen des Deutschen Privatrechts*, 1885-1886. Celle de LEIST, *Jus gentium*, désigne le *Alt-arisches Jus gentium*, 1889; *Rechtsgeschichte* désigne la *Græco-italische Rechtsgeschichte* du même savant, 1884.

Le droit de l'époque royale a été traité par M. BERNHÆFT, *Staat und Recht der römischen Königszeit*, 1882; M. VOIGT a traité des lois royales, *Ueber die leges regiae*, 1876-1877. Le même érudit a consacré deux volumes à la loi des Douze Tables: *Die Zwölf Tafeln*, 1883. Le droit de la fin de la République et du commencement de l'empire est étudié par M. PERNICE dans son *M. Antistius Labeo*, 1873-1878; celui du deuxième siècle de notre ère, dans les écrits de Julien, par M. BUHL, dans son *Salvius Julianus*, 1886; le droit oriental au cinquième siècle par BRUNS, à propos du recueil syriaque dont il a donné avec M. SACHAU une édition avec commentaire, sous le titre de *Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhundert*, 1880. Je renvoie pour le droit byzantin, post-romain, à l'ouvrage de M. ZACHARIE DE LINGENTHAL, *Geschichte des Griechisch-römischen Rechts*, 1877, et pour le droit français au *Précis de l'histoire du droit français* de M. PAUL VIOLLET, 1886.

La plupart des indications de Revues juridiques s'expliquent d'elles-mêmes. La Revue de BERNHÆFT est la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, dirigée par MM. BERNHÆFT, GEORGES COHN, JOSEPH KOHLER, où l'on trouve de nombreux et excellents articles sur le droit de famille, de MM. BERNHÆFT, KOHLER, DARGUN. La Revue de GRUENHUT est la *Zeitschrift für Privat-und öffentliches Recht*.

Pour les étymologies, je cite le *Dictionnaire étymologique latin* de MM. BRÉAL et BAILLY, 2^e éd., 1886.

CHAPITRE PREMIER

LA FAMILLE

Quid est sanctius, quid omni religione munitius, quam domus uniuscujusque civium? Hic aræ sunt, hic foci, hic dī penates, hic sacra, religiones, cærimonie continentur.

CICÉRON, *Pro domo*, 41.

CHAPITRE PREMIER

LA FAMILLE

§ 1. — Premières notions (1).

1. Significations diverses du mot *familia*. *Domus familiarque*. La *familia* des sujets libres et la *familia* des esclaves. *Familia pecuniarque*.
— 2. Famille agnatique ou civile, famille cognatique ou naturelle.

1. — Le mot *familia* se prend dans des acceptions diverses, embrassant des personnes et des choses, et répondant soit à l'idée de famille, soit à celle de patrimoine.

C'est d'abord l'ensemble de tous les êtres animés et de tous les objets inanimés sur lesquels règne le *paterfamilias*, le citoyen *sui juris* : femme, enfants et brus, enfants et brus des fils, des fils des fils, esclaves, bétail et animaux domestiques, autres biens immeubles et meubles. C'est donc aussi la maison, *domus*, et les mots *domus* et *familia* sont fréquemment réunis dans la locution *domus familiarque* (2).

(1) Jhering, *Esprit du droit romain*, t. II, § 36. — Rossbach, *Römische Ehe*, p. 14. — Lange, t. I, § 29-43. — Willems, p. 76-88.

(2) *Domus* est la maison envisagée comme siège et résidence

Le *paterfamilias*, maître de la maison, est le maître et le protecteur de ceux qui l'habitent.

Quand on dit qu'il règne sur la maison et la famille, cela peut indiquer, outre la propriété des choses, soit une véritable domination juridique : la puissance paternelle et maritale, et c'est, dans le doute, en ce sens qu'on l'entendra ; soit aussi une prééminence indépendante de la notion juridique de puissance, et tel est le cas dans la famille naturelle, dont traitera le paragraphe 3.

Voici des conceptions moins générales.

On appelle *familia* l'ensemble des êtres humains, compris dans la première définition, qui sont groupés autour du foyer domestique, les *familiares* (1). Et parmi ceux-ci, c'est ou bien la famille libre, composée de la femme et des *liberi*, enfants et descendants (2), à l'ex-

de la famille, *unius familiæ habitaculum, sicut urbs unius populi* (Isidore, *Origines*, 9, 4, 3). C'est aussi, comme *familia*, la communauté domestique. *Οἶκος* répond à l'un et à l'autre.

L'expression *Domus familiaque* était usitée dans les anciennes formules. Tite-Live, 22, 53, 11. Caton, *De re rustica*, 132, 134, 139, 141. Papinien, l. 11, § 2 *De B. P. secundum tabulas* 37, 11 : *In familiam et domum alienam*. — Dirksen, dans le *Manuale latinitatis fontium*, v° *Familia*. — Voigt, *Die Zwölf Tafeln*, t. II, § 72 : *Die domus familiaque*.

Cf. pour un sens différent de *domus* (domicile), Alfenus, L. 203 *de V. S.* 50, 16 : ... *Sed de ea re constitutum esse eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset.*

(1) Festus, *Familia* : *Familiares ex eadem familia*. — Sénèque, *Ep.* 47, 14 : *(Majores nostri) adpellaverunt servos, quod etiam in mimis adhuc durat, familiares.*

(2) Forcellini, au mot *Liberi* : *Romani filios dixere liberos, non simpliciter, sed ad discrimen servorum vernarumque.*

clusion des *servi*, esclaves ; ou bien c'est précisément la partie non libre de la famille, la famille des esclaves, de même que l'on dit encore aujourd'hui la maison pour désigner la domesticité (1).

On appelle encore *familia* l'ensemble des choses, tant animées qu'inanimées, qui forment le patrimoine. On exclut ainsi la femme et les *liberi* (2). Les Romains employaient fréquemment, dans ce sens, la formule *familia pecuniaria*, le premier mot indiquant plutôt la fortune immobilière, le second la fortune mobilière ; textuellement et originairement : la maison et le bétail.

Ulpien, L. 195, § 1 *De V. S.* 50, 16 : *Familia appellatio qualiter accipiatur, videamus. Et quidem arie accepta est : nam et in res et in personas deducitur. In res, ut puta in lege XII tabularum his verbis : ADGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO. Ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex : EX EA FAMILIA, inquit, IN EAM FAMI-*

(1) Teneur de l'interdit *de vi*. Ulpien, L. 1 pr. *De Vi* 43, 16 : *Prætor ait : UNDE TU ILLUM VI DEJECISTI AUT FAMILIA TUA DEJECIT. § 11. ... Merito familiae mentio habita... § 16. Familiae autem appellatio servos continet. § 18. Familiae appellatione et eos, quos loco servorum habemus, contineri oportere dicendum est. — On se sert du mot *familia* dans ce sens pour désigner les catégories d'employés subalternes.*

Famulus, serviteur, est proprement l'habitant de la maison. Comparez Bréal et Bailly, au mot *Famulus*.

(2) Gaius 2, 104 (Formule du testament par mancipation du patrimoine). Cicéron, *De Inventione*, 2, 50 (Loi des Douze Tables). *De legibus* 3, 3. Festus, v° *Sacratæ leges*. — Ulpien, L. 2 pr. *Familiae erciscundæ* 10, 2 : *Per familiae erciscundæ actionem dividitur hereditas....*

LIAM: et hic de singularibus personis legem loqui constat. 3. Servitutum quoque solemus appellare familias. (*Servitium quoque solemus appellare familiam?*) ut in edicto praetoris ostendimus sub titulo de furtis, ubi praetor loquitur de familia publicanorum. Sed ibi non omnes servi, sed corpus quoddam servorum demonstratur hujus rei causa paratum, hoc est vectigalis causa. Alia autem parte edicti omnes servi continentur: ut de hominibus coactis et vi bonorum raptorum, item redhibitoria, si deterior res reddatur emptoris opera aut familiae ejus, et interdicto unde vi familiae appellatio omnes servos comprehendit. Sed et filii continentur. — Festus: *Familia* antea in liberis hominibus dicebatur, quorum dux et princeps generis vocabatur pater et mater familiae; unde familia nobilium Pompiliorum Valeriorum, Corneliorum. Et *familiares* ex eadem familia. Postea hoc nomine etiam famuli appellari coeperunt.

2. — On donne encore le nom de *familia*, indépendamment de l'idée matérielle et actuelle de maison et de foyer commun, à l'ensemble des personnes du même sang qui remontent à une souche commune (*stipes communis*), c'est-à-dire à un même ancêtre, dont elles ont gardé plus ou moins distinctement la mémoire (1). Cette communauté de sang est ou bien seulement celle du sang masculin, transmis de mâle en mâle, communauté manifestée par un même nom (2) et accompagnée d'une

(1) On donne parfois le nom de *familia* à la *gens*. Ci-dessous § 2, 6.

(2) Sur les noms romains: Mommsen, *Römische Forschungen*. 1864 (1860). — Schneider, *Beiträge zur Kenntnis der römischen Personennamen*. 1874. — Pernice, *Labeo*, I, p. 94.

puissance actuelle ou passée (1) ; ou bien c'est aussi la communauté du sang transmis par les femmes, notion plus large que la première et qui doit l'avoir précédée (2).

La famille unie par la communauté du sang à la fois féminin et masculin est désignée comme famille cognatique, naturelle ou du droit des gens, tandis que celle où le lien est formé par le seul sang mâle, avec la puissance, est appelée famille agnatique, civile ou légitime (3). On doit se représenter la famille civile comme réservée jadis aux seuls patriciens (*qui patrem ciere possunt*, selon le jeu de mot que Tite-Live prête à Décius) (4), et la famille cognatique comme ayant été originairement la famille plébéienne ; mais dès avant les Douze

(1) La puissance, dans la famille civile, l'a emporté sur le sang, comme on le verra plus loin (§ 2, § 7) ; mais la parenté naturelle par le sang mâle a précédé les parentés artificielles.

(2) Question complexe, où les opinions sont très divisées. L'idée que les enfants appartiennent aux deux familles, paternelle et maternelle, est aryenne, et remonte à la plus haute antiquité. Comparez Leist, *Jus gentium*, p. 72, 550. — Bernhæft, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, t. IX, p. 416. — Il semble que le préteur, en faisant valoir et même prévaloir la famille cognatique, ait consacré un retour, du système spécial patricien, pontifical et civil, au système plus général du *jus gentium*. Les Slaves méridionaux appellent la parenté agnatique parenté par le *gros sang*. Sur la famille celtique en Irlande, purement agnatique, et ses divers groupes : Dareste, p. 371-373. Sur la *Sippe* germanique, Heusler, § 130. « Die Sippe ist durchaus cognatisch ».

(3) Voir sur les deux notions : Labbé, *De la famille civile et de la famille naturelle*. Appendice à Ortolan, t. III.

(4) Tite-Live, 10, 8.

Tables, les plébéiens participaient au droit de la famille civile (1).

Ulpien, L. 195 § 2 *De V. S.* 50, 16 : *Familiæ appellatio refertur et ad corporis cujusdam significationem, quod aut jure proprio ipsorum aut communi universæ cognationis continetur. Jure proprio familiam dicimus plures personas, quæ sunt sub unius potestate aut natura aut jure subjectæ, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam ejus, sed et jus demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus. Et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subjecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. Idemque eveniet et in eo qui emancipatus est: nam et hic sui juris effectus propriam familiam habet. Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum; nam et si patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiæ appellabuntur, qui (*quia* ?) ex eadem domo et gente prodi sunt. § 4. Item appellatur familia plurium personarum, quæ ab ejusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur (*sicuti* dicimus familiam Juliam), quasi a fonte quodam memoriae (*eodem ortæ* ?).*

(1) On fait de l'exagération conjecturale lorsque l'on affirme que les plébéiens ont vécu selon le droit maternel. Ce n'est pas impossible, mais on ne le sait pas.

§ 2. — La famille civile et les puissances familiales
et quasi-familiales.

3. Les puissances. — 4. La famille *proprio jure*. — 5. Les agnals. —
6. Les gentils et les clients.

3. — La famille, telle que l'a organisée le droit civil, est unie par des liens de puissance, qu'expriment principalement trois mots : *manus*, *mancipium*, *potestas* (1). Ces mots, que l'on voit employés soit séparément, soit conjointement, étaient d'ancienne date synonymes. Le plus général est *manus*, le *munt* des Germains ; il a pris une acception étroite pour désigner la puissance maritale (2). *Mancipium* a le sens étroit de pouvoir sur les choses, donc sur les esclaves (3) ; *esse in mancipio* ou *in*

(1) Sigle, rapportée par Valerius Probus : MMP, *manu mancipio potestate*. Ces termes, avec les puissances qu'ils désignent, se trouvent également dans le droit latin. Loi de Salpensa 22, et ci-dessous § 6, 16. — Aristote distingue les trois puissances : *δεσποτική*, *γαμική*, *πατρική*, et en outre la *χρηματιστική*. Comparer, pour le droit aryen, Leist, *Jus gentium*, § 61, 79, 82 : *Die Macht des Haushalters*.

(2) Mais on a toujours appelé l'affranchissement *manumissio*, c'est-à-dire *de manu missio*. — Ulpien, L. 4 *De J. et J.* 1, 1 : *Est manu missio de manu missio, id est datio libertatis ; nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, manu missus liberatur potestate*. *Manus* désigne la puissance paternelle, dans Tite-Live 3, 45 ; la puissance paternelle et la tutelle, *ibid.* 34, 2. — La portée générale du mot *manus* a été mise en lumière par Jhering, lequel en laisse généreusement l'honneur à un méritant historien du droit romain, trop peu cité aujourd'hui, Jean Christiansen (1809-1853). — Cf. Carle, *Le origine del diritto romano*, p. 427-430. — Bréal et Bailly, au mot *Manus*.

(3) C'est par la main qui saisit que la possession s'acquiert, et

causa Mancipii marque la situation des serviteurs libres. *Potestas* se dit spécialement du pouvoir sur les enfants et descendants et sur les esclaves (1).

Le père de famille a dans sa main, tient et gouverne sa femme et ses enfants, ses clients et affranchis, ses esclaves, ses serviteurs. Il est leur maître, *herus* ou *erus* (2), et leur protecteur, *pater*, de même qu'il est le maître, *herus*, *dominus*, *manceps*, de la *res familiaris*, *domestica*, *privata*, et notamment de l'*heredium* ou immeuble héréditaire, qu'il a reçu de ses pères et qu'il a le devoir de transmettre à ses enfants (3). Le mot *pater* désigne le

par la possession la propriété. MM. Bréal et Bailly, qui exposent et expliquent fort bien, au mot *Manus*, les acceptions de *manus* et de *mancipium*, se trompent sur la portée juridique de la division des choses en *res Mancipii* et *nec Mancipii*.

(1) *Potestas* appartient à une nombreuse famille de mots, à laquelle sont apparentés le sanscrit *pati*, le slave *gospodi*, le latin *hospes*, les grecs *πόσις* et *δεσπότης*. Voir Bréal et Bailly, au mot *Potis*, *pote*, et au mot *Hospes*; voir aussi au mot *Pater*, que l'on joint parfois à ce groupe.

(2) Ulpien, L. 41 § 6 *Ad legem Aquiliam* 9, 2 : *Legis autem Aquiliæ actio ero competit, id est domino.*—Voigt, *Die Zwölf Tafeln*, § 79, note 9.

(3) Tout en étant maître, le père de famille a le devoir de conserver à la famille ses biens héréditaires, surtout les immeubles et ce qui sert à les faire valoir (*res Mancipii*). De là les formalités requises pour l'aliénation de ces choses; de là encore la *nota censoria*, et l'interdiction ignominieuse du prodigue qui dissipait ses biens paternels (§ 33). De là enfin la nécessité d'une exhérédation, lorsque le père de famille voulait empêcher la transmission de ses biens à ses héritiers siens, et plus généralement la nécessité d'un acte public, d'un testament fait devant le peuple ou devant l'armée, quand il voulait faire passer, après sa mort, tout ou partie de la *res familiaris* à une personne étrangère à la

chef et le protecteur (1) ; c'est le titre respectueux que lui donnent les enfants, tandis que les esclaves, les serviteurs, les affranchis, les clients le nomment de préférence *herus*, qui est le *Herr* ou *Heer* des Germains. On lui reconnaît la *majestas patria*. La femme et les enfants sont sujets, comme le sont les esclaves, *alieno juri subjecti*, *alieni juris*, mais à la mort du père leur sujétion cessera, et ils deviendront *sui juris*, *suæ potestatis* (2).

Les personnes sous tutelle ou curatelle, les impubè-

famille. — *Traité des successions*, § 10. — Leist, *Rechtsgeschichte*, § 11.

On ne saurait douter qu'il y ait eu, en une certaine phase sociale, à Rome ainsi qu'ailleurs, une véritable copropriété de la famille, dont il s'est conservé des restes ou des vestiges ; mais dès l'époque historique à nous connue, c'est le père qui est le seul maître des biens de la famille, comme il est son unique représentant.

Varron, *De re rustica* 1, 10 : Bina jugera, quod a Romulo primum divisa (dicebantur) viritim, quæ heredem sequerentur, heredium appellarunt. — On peut citer, à condition de n'y pas attacher trop d'importance, un passage des *Exceptions* de Petrus (I, 19, *De vendenda hereditate*) : Consuetudo antiquorum esse solebat, ut frater de rebus suis immobilibus non venderet nisi fratri, propinquus propinquo, nec consors nisi consorti, si emere vellent.

Cicéron nous a laissé un beau tableau du régime domestique des vieux Romains : Quattuor robustos filios, quinque filias, tantam domum, tantas clientelas Appius regebat et cæcus et senex. Intentum enim animum tamquam arcum habebat, nec languescens succumbebat senectuti. Tenebat non modo auctoritatem, sed etiam imperium in suos ; metuebant servi, verebantur liberi, carum omnes habebant : vigeat in illa domo mos patrius et disciplina. *Cato Major*, 11, 37.

(1) Cf. Bréal et Bailly, aux mots *Pater* et *Mater*.

(2) Gaius, 2, 147.

res, les furieux, les prodigues, les agnates nubiles, filles ou veuves, étaient aussi au pouvoir de leurs protecteurs ou gardiens. Néanmoins, on ne les dit point *alieni juris*, et il ne semble pas que la puissance tutélaire ait été qualifiée régulièrement de *jus*, comme celle du maître, du père et du mari (1).

Chacune de ces puissances, sur la femme et les enfants, les esclaves et les serviteurs libres, les affranchis et les clients, ainsi que la tutelle et curatelle, produit, entre le maître, d'une part, et la personne sujette ou subordonnée, d'autre part, des rapports personnels et des rapports économiques, qui seront exposés aux chapitres suivants (2).

(1) Voyez cependant Gaius, 1, 142 : *Ex his personis, quæ neque in potestate, neque in manu, neque in mancipio sunt, quædam vel in tutela sunt vel in curatione, quædam neutro jure tenentur.* — Pr. I. *De tutelis* I, 13. — La définition de Servius Sulpicius Rufus, à la L. 1 pr. *De tutelis* 26, 1 : « *vis ac potestas in capite libero* », a trait à la tutelle des impubères, mais il n'existait pas, dans le principe et à l'origine, de différence de nature entre cette tutelle et celle du sexe. Ci-dessous, § 25, 84, et § 31, 108.

(2) Le droit de famille touche à tout, mais, dans ce *Précis*, je n'indiquerai que d'une façon tout à fait sommaire ce qui concerne les droits patrimoniaux. Je traiterai fort brièvement aussi des puissances de maître, dont l'intérêt est considérable, mais purement historique.

Certaines relations qui ont du rapport avec l'esclavage, n'appartiennent à aucun titre au droit de famille, et il n'en sera pas question dans le présent exposé. Telle est celle qui résulte de l'*Auctoramentum*, engagement du gladiateur envers l'entrepreneur des jeux féroces de l'arène, qui furent interdits par Constantin (L. un. Cod., *De gladiatoribus penitus tollendis* 11, 44), ainsi que celle qui lie le captif racheté de l'ennemi à son rédempteur, au sujet de laquelle Gordien dit dans une constitution de l'an 241

C'est par ces puissances qu'est constitué le régime de la famille romaine.

Il est une autre relation qui peut, à une époque reculée, avoir été considérée comme une relation de puissance tout au moins quasi-familiale et qui se rapproche beaucoup de la clientèle. C'est celle qui se formait entre le père de famille d'une part et l'étranger (*hostis*) (1) d'autre part, lorsque celui-ci se mettait sous la garde du père de famille en faisant avec lui un contrat d'hospitalité, *hospitium*, grâce auquel le citoyen protégeait l'étranger dans sa personne et ses biens, en quelque sorte comme un tuteur. L'office de pitié envers l'hôte (*hospes*) étranger venait après celui du patron envers le client d'après l'opinion commune, et même le précédait selon Sabinus.

(L. 2, Cod., *De postliminio et de redemptis* 8, 50) : Ab hostibus redempti, quoad exsolvatur pretium, magis in causam pignoris constituti quam in servilem conditionem esse detrusi videntur.

Je n'ai pas non plus à m'occuper des prisonniers pour dettes, du *nexus* ni de l'*addictus* ; non plus que de l'individu libre *noxæ datus*. Voyez Cuq, *Les institutions juridiques des Romains, Ancien droit*, p. 187-190.

(1) *Hostis* signifie *étranger* ; c'est le même mot que *Gast* et *Guest*. Nous en avons fait *hôte* ; Virgile l'a employé dans le même sens. Rien de plus faux que les conclusions qu'en tirent certains auteurs, tendant à faire croire que l'étranger était l'ennemi, ainsi que l'interprétation abusive qu'ils donnent de la célèbre disposition des Douze Tables : *Adversus hostem æterna auctoritas*. — *Hospes*, de *hostipes*, est l'étranger protégé ; ce mot désigne aussi l'hôte qui protège, celui qui donne l'hospitalité comme celui qui la reçoit. Sur l'*hospitium*, Mommsen, *Das Römische Gastrecht. Römische Forschungen*, t. I. — Schulin, § 14. — Bréal et Bailly, aux mots *Hostis* et *Hospes*.

Paul, L. 215 *De V. S.* 50, 16 : Potestatis verbo plura significantur ; in persona magistratum imperium, in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominium. — Servius, sur l'*Énéide*, 9, 360 : Consuetudo erat apud maiores, ut inter eos homines hospitii jura mutuis muneribus copularent, vel per internuntios. — Aulu-Gelle, 5, 13. *Infra*, § 3, 7, § 24, 80.

4. — On appelle *familia jure proprio* le groupe formé par le père de famille et par sa femme et ses enfants et descendants, soumis à sa puissance (1).

Dans cette famille, la femme, les fils, les filles non mariées ou non *in manu mariti*, sont soumis à la puissance immédiate du père, de telle sorte que par sa mort, tous deviennent *sui juris* et les hommes *patres familias*. Ces individus des deux sexes, que la mort du père affranchit, sont, au cas où il meurt intestat, ses héritiers de plein droit ; pour les dépouiller de leur droit d'hérédité, il faut une déclaration expresse de sa volonté, une exhérédation. La loi des Douze Tables, qui traite cette hérédité comme allant de soi, les appelle *heredes sui*. Gaius et Paul, dans des passages souvent cités, expliquent le caractère de leur succession par le fait que les enfants de la maison sont en quelque sorte déjà du vivant du père propriétaires de ses biens, dont ils prennent tout naturellement l'administration à sa mort (2). Il pouvait arri-

(1) Ulpien, L. 195 § 2 *De V. S.* Ci-dessus, § 1, 2 : Jure proprio familiam dicimus plures personas, quæ sunt sub unius potestate...

(2) C'est l'état naturel, ordinaire, nécessaire même des choses que les juristes constatent, tel qu'il existait de leur temps. Ils n'affirment nullement une copropriété véritable, juridique, ainsi qu'on a voulu l'établir en forçant la portée des textes. La pro-

ver que ces héritiers demeuraissent plus ou moins longtemps en indivision, et convinssent même de mettre en commun les biens qu'ils acquerraient dans la suite; cette *fraternité* a formé peut-être le type primitif de la société universelle de tous les biens, et même de la société en général (1).

Quant aux brus et aux petits-enfants du père de famille, ils ne sortent pas de puissance par sa mort, mais la puissance sur eux change de main; elle appartient désormais à leurs maris ou pères. Si toutefois ceux-ci étaient prédécédés, brus et petits-enfants deviendraient, par la mort de leur beau-père ou aïeul, *sui juris* comme ses enfants et sa veuve, et seraient comme eux *heredes sui*.

Les droits du père de famille romain (2) sur sa *familiété* familiale avait fait place à la propriété individuelle bien avant la loi des Douze Tables. Les expressions dont se servent Gaius et Paul s'expliquent d'autant mieux que les *sui* contribuent par leur industrie et leurs acquisitions à former le patrimoine du père. *Traité des successions*, §§ 22, 23, 28, 29, 41. — Danz, § 160. — Hœlder, *Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts. Zeitschrift der Savigny Stiftung*, t. III, 1^{re} partie, p. 211-219. — Salkowski, même volume, p. 200. — Schirmer, même Revue, t. II, p. 165-180. — Zoll, Revue de Grünhut, t. XVII, p. 498-503. — La même *domestica hereditas* et le même fait de la propriété considérée comme existant à l'état latent et de l'hérédité de plein droit se retrouvent chez les Grecs, même après que les enfants sont sortis de la puissance paternelle. C'est un vieux principe aryen, comparez la saisine germanique. — Leist, *Rechtsgeschichte*, § 14. *Jus gentium*, §§ 83-86.

(1) Leist, *Zur Geschichte der römischen Societas*, 1881. *Jus gentium*, § 65. Voyez aussi ci-dessous, § 24, 81.

(2) On a vu que les Latins ont aussi la puissance paternelle, la *manus*, le *mancipium*. Ce droit latin diffère-t-il du droit romain

lia proprio jure sont plus forts et plus absorbants qu'ils ne l'étaient chez les Indo-Européens primitifs et chez la plupart des nations qui en sont issues. La maison romaine est une monarchie absolue, en même temps qu'un asile inviolable et respecté (1), sanctuaire de la paix domestique. Le père y règne seul. Seul il la représente au dehors : dans l'État comme devant les Dieux, il en manifeste l'unité, et il en a la responsabilité (2). Il en est le prêtre et le sacrificateur (3), comme il y est magistrat et juge (4). L'État s'arrête au seuil de la maison ; ce qui se passe à l'intérieur, ne le concerne plus : c'est affaire du père de famille ou de la *gens* (5). Cette réserve du peuple romain législateur et du magistrat du peuple romain à l'égard de la sphère de domination du citoyen père de famille, s'est étendue au droit de famille entier, à nous connu, et en quoi ? Les données manquent pour répondre avec précision.

(1) Cicéron, *Pro domo*, 41 : Hoc perfugium est ita sanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas sit.

(2) Le peuple lui demande compte de la manière dont il exerce sa puissance, lorsqu'il le fait au préjudice du peuple. Valère Maxime, 5, 4, 3. — Jhering, t. II, § 37.

(3) C'est lui qui célèbre les *sacra familiaria*, généralement seul pour toute la famille ; certains *sacra* se célèbrent avec l'assistance de la mère de famille ; d'autres par les fils de famille et même par les esclaves. Cf. entre autres Caton, *De re rustica*, 2, 83, 131, 132, 139, 140, 141, 143.

(4) *Judicium domesticum*, § 8, 22, § 15, 49.

(5) Ci-dessous, 6. — De cette différence radicale entre la puissance romaine et la puissance grecque résultent des conséquences diverses. L'idée du père exerçant son *jus vitæ et necis*, en qualité de magistrat domestique, sur son fils adulte, eût été sans application chez les Grecs ; de même l'émancipation, le pécule, l'acquisition pour le père de famille.

et s'est prolongée à travers les siècles. On la constatera notamment dans le mariage ; elle y a survécu à mainte tradition des anciens temps.

Autre trait caractéristique. Tandis qu'en Grèce, en Inde et chez les Germains, la puissance paternelle cesse lorsque le fils atteint l'âge où il entre dans la vie publique et militaire et peut en se mariant fonder lui-même une maison et se créer son propre foyer domestique, elle persiste, à Rome, indéfiniment, tant qu'elle n'est pas supprimée par la mort ou par un acte juridique, tel que l'émancipation (1). C'est que, selon les vieilles mœurs de Rome, le fils de famille qui se marie, au lieu de se fonder une maison et un foyer à lui, amène sa femme dans la maison paternelle, où il vivra et continuera la race avec elle sous l'œil et la main du père (2).

Cette famille si fortement bâtie et cimentée est sans doute avant tout l'œuvre de la nation elle-même, de ce peuple énergique de soldats et d'agriculteurs, simple de mœurs, sérieux et grave, ami de l'ordre et de la discipline, respectueux de la tradition, foncièrement conservateur, nullement inaccessible cependant aux influences du dehors, prêt au contraire à s'assimiler en une large mesure tous les éléments de progrès. Mais on ne saurait douter non plus que c'est aux pontifes, longtemps en possession exclusive de tout ce qui se rattachait au droit, que revient l'honneur de la construction juridique

(1) Ci-dessous, § 11, 33.

(2) La *separata œconomia* n'existait donc, sauf exceptions, ni en droit ni en fait. Cf. cependant L. 1 § 2 *De agnoscendis et alendis* 25, 3.

des principes qui l'ont régie durant des siècles et qui, encore aujourd'hui, n'ont pas tous perdu leur force (1).

Malgré divers tempéraments, la puissance paternelle a subsisté avec son caractère originaire, surtout au point de vue personnel, jusqu'à la fin de l'empire et bien au delà. Il n'en fut pas de même de la puissance maritale. D'abord inséparable du mariage, elle s'en est détachée. De très bonne heure, le mariage fut reconnu comme tel même sans être accompagné de *manus*, et plus tard, la *manus* fut admise même sans mariage (2). Ceci toutefois n'a jamais été qu'accidentel et abusif, tandis que le mariage sans *manus*, d'exception devenu règle, a fini par évincer entièrement l'ancien mariage *cum in manum conventionem*. C'est seulement quand elle est jointe au mariage que la *manus* fait entrer la femme sujette dans la famille civile de celui qui est investi de cette puissance.

Gaius, L. 196 *De V. S.* 50, 16 : *Familiae appellatione et ipse princeps familiae continetur. 1. Feminarum liberos in familia earum non esse palam est, quia qui nascuntur patris familiam sequuntur.* — Ulpien, L. 195 § 2, même titre. Ci-dessus, § 1, 2.

Caton, *De re rustica*, 143 : *Scito dominum pro tota familiam rem divinam facere.* — Cicéron, *Pro domo*, 41. — Calistrate, L. 220 *De V. S.* 50, 16 : *Liberorum appellatione nepotes et pronepotes ceterique qui ex his descendunt continentur : hos enim omnes suorum appellatione lex XII tabularum comprehendit.* — Gaius, 2, 157 : *Sed sui quidem here-*

(1) Cf. Leist, *Rechtsgeschichte*, § 17.

(2) Ci-dessous, § 16, § 21.

des ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur, unde etiam, si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. — Paul, L. 10 § 3 *De gradibus* 38, 10: Proximiores ex adgnatis sui dicuntur. — Le même, L. 11 *De liberis et postumis* 28, 2: In suis heredibus evidentius apparet, continuationem domini eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent qui etiam vivo patre quodam modo domini existimantur. Unde etiam filius familias appellatur sicut paterfamilias, sola nota hac adjecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt; nec obstat quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat. — Le même, *Sentences* 4, 8, 6 (*Collation*, 16, 3, 6): In suis heredibus adeo a morte testatoris rerum hereditariarum dominium continuatur, ut nec tutoris auctoritas pupillis nec furiosis curator sit necessarius, nec si forte solvendo (*non*) (1) sit hereditas: quamvis et furiosus, si resipuerit, et pupillus, si adoleverit, abstinere possint.

5. — Les familles *jure proprio*, monarchies absolues, sont reliées les unes aux autres par une organisation qu'on peut qualifier de républicaine (2). Les descendants directs, tant naturels qu'artificiels, de mâle en mâle, d'un père commun, autant du moins qu'un acte juridique ne les a pas fait sortir de la famille, ainsi que leurs

(1) Conjecture de Pithou et de Cujas.

(2) Peut-être n'en a-t-il pas toujours été ainsi; ci-après, 6. L'agnation est bien caractérisée par M. Voigt, *Die Zwölf Tafeln*, § 72.

femmes qu'ils ont sous leur puissance (1), sont unis entre eux par la parenté agnatique.

La famille agnatique, *familia agnatorum*, *familia jure communi*, comprend donc une partie de la famille cognatique. D'autre part elle peut comprendre des membres qui ne sont primitivement pas cognats (2); des actes juridiques dont il sera parlé plus loin, le mariage, l'adoption (3), peuvent en effet soumettre à la puissance paternelle des personnes qui ne descendent pas du père de famille, et donner ainsi naissance à une parenté artificielle, purement civile ou légitime. Déjà avant les Douze Tables, la famille agnatique était fondée sur la puissance paternelle ou maritale plus que sur le sang.

(1) Sur l'agnation grecque, qui survivait à la puissance paternelle chez le fils pubère, v. Leist, *Rechtsgeschichte*, § 14.

(2) Mais ils le deviennent artificiellement, en devenant agnats. L. 1 § 4 *Unde cognati* 38, 8.

(3) Les Grecs connaissaient une fraternité artificielle, par une adoption à titre de frère, qui obligeait à des devoirs réciproques d'aide et de fidélité. De même les Perses, et ainsi font encore aujourd'hui les Slaves du Sud. On trouve aussi des adoptions de frères en Norwège, pour donner au frère naturel le rang de frère légitime. Dareste, p. 330. C'est à cette ἀδελφοποιία, que le droit romain n'a pas reconnue, qu'a trait un rescrit de Dioclétien et Maximien, adressé à un nommé Zizon, probablement Slave, en 285, la L. 7, au Code, *De heredibus instituendis* 6, 24: Nec apud peregrinos fratrem sibi quisquam per adoptionem facere poterat. Cum igitur, quod patrem tuum voluisse facere dicis, irritum sit, portionem hereditatis, quam is adversus quem supplicas velut adoptatus frater heres institutus tenet, restitui tibi curae habebit praeses provinciae. — Zachariae de Lingenthal, *Geschichte des*

Elle ne saurait être continuée par une femme. *Mulier familiæ suæ caput et finis est* (1).

J'ai parlé d'actes juridiques. Tandis que la cognation subsiste depuis la naissance jusqu'à la mort, sans qu'aucun fait soit en état de la supprimer, l'agnation cesse par des actes juridiques, qui constituent des diminutions de chef. La fille qui entre en puissance de mari (2), l'enfant donné en adoption, le *paterfamilias* qui se fait adroger (3), sortent de leur famille civile : leur ancienne parenté agnatique est détruite, et il s'en forme une nouvelle ; il y a *familiæ mutatio* (4). L'émancipé (5) aussi sort de sa famille civile et subit une diminution de chef, mais sans se créer une nouvelle parenté.

On ne saurait affirmer qu'il y ait eu entre les plus proches agnats une relation particulière correspondant au cercle intime dont l'existence sera constatée dans la famille cognatique (6). Il est même expressément dit, et plus d'une fois, que la succession légitime des agnats, consacrée par les Douze Tables, n'était subordonnée à aucune limitation de degrés ; que l'agnat le plus proche,

griechisch-römischen Rechts, § 24. — Ducange, au mot *Adelphopoiesis*. — Bruns, *Syrisch-römisches Rechtsbuch*, p. 254-257.

(1) Les femmes ne recevaient, anciennement, aucun nom autre que leur nom gentilice : *Cornelia, Julia, Sulpicia*.

(2) Ci-dessous, § 12, § 15.

(3) Ci-dessous, § 7.

(4) Paul, L. 11 *De capite minutis* 4, 5.

(5) Ci-dessous, § 11, 33.

(6) Ci-dessous, § 3, 8. Une loi attribuée à Numa reconnaissait aux agnats le droit d'exiger un bélier expiatoire du meurtrier involontaire d'un des leurs. — Servius, sur les *Bucoliques*, 4, 43. — Voigt, *Die leges regiae*, § 11.

quelque éloigné qu'il fût, était tuteur légitime, et aussi héritier légitime.

Pourtant il est permis de supposer qu'il n'en a pas toujours été ainsi. Il se peut qu'à l'origine la successibilité *ab intestat* des agnats, ainsi que leur tutelle légitime, se soit arrêtée au sixième degré (1).

Les agnats formaient un conseil de famille, compétent surtout en matière de tutelle et de curatelle légitime (2). Ils ont formé sans doute, avant que les cognats y fussent admis, le tribunal domestique (3).

Il est probable que l'organisation civile de la famille *jure communi* et de la succession agnatique, grâce à laquelle la fortune restait attachée au nom, est due aux pontifes comme celle de la famille *jure proprio*. Elle est étrangère à l'ancien droit aryen, dont la famille est la famille du droit des gens. Elle a dû céder au retour du droit ancien comme droit des gens, par suite de la dénationalisation de l'État romain.

Dans le droit de Justinien, surtout après la nouvelle 118, de l'an 543, qui a consacré généralement et définitivement le principe de l'hérédité et de la tutelle co-

(1) Les degrés se comptent dans la famille agnatique de la même manière que dans la famille naturelle : ci-dessous, § 3, 9. — Voigt, *Das jus naturale, æquum et bonum der Rœmer*, t. III, § 150. *Die Zwælf Tafeln*, t. II, § 108. — Zoll, dans la *Revue de Grünhut*, t. XVII (1890). — Ci-dessous, 6.

(2) Voigt, *Die Zwælf Tafeln*, t. II, § 170. Ci-dessous, § 26, 87, § 31, 107, § 32, § 33. Sur la tutelle et curatelle légitime, Lange, t. I, § 41.

(3) Ci-dessous, § 3, 8.

gnatiques, l'agnation n'a plus qu'une importance fort réduite (1).

Paul, L. 10 § 4 *De gradibus* 38, 10 : Inter adgnatos igitur et cognatos hoc interest, quod inter genus et speciem. Nam, qui est adgnatus et cognatus est ; non utique autem, qui cognatus est et adgnatus est. Alterum enim civile, alterum naturale nomen est. — Ulpien, L. 2 § 1 *De suis et legitimis* 38, 16 : Adgnati autem sunt cognati virilis sexus ab eodem orti. Nam post suos et consanguineos statim mihi proximus est consanguinei mei filius et ego ei ; patris quoque frater, qui patruus appellatur : deincepsque ceteri, si qui sunt hinc orti, infinitem. § 3. Parvi autem refert, adgnatus hic natiuitate an adoptione sit quæsitus. — § 1, I. *De legitima agnatorum tutela* 1, 15 (Gaius, 3, 10) : Sunt autem adgnati per virilis sexus cognationem conjuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus et patruus filius, neposve ex eo. At, qui per feminini sexus personas cognatione junguntur non sunt adgnati, sed alias naturali jure cognati. — § 3, I. *De legitima adgnatorum successione* : Ceterum inter masculos quidem agnationis jure hereditas etiam longissimo gradu ultro citroque capitur. — § 5, I. *De successione cognatorum* 3, 5 : Hoc loco et illud necessario admonendi sumus, agnationis quidem jure admitti aliquem ad hereditatem et si decimo gradu sit, sive de lege XII tabularum quaeramus, sive de edicto, quo praetor legitimis heredibus daturum se

(1) Selon le sens actuel, important surtout dans le droit féodal de la noblesse allemande, les *agnats* (*Schwertmagen*) sont les parents de sang et de nom. — La coutume de Toulouse représente le droit antérieur à la novelle 118, et contient encore, selon l'expression de M. Paul Viollet, un débris considérable de l'agnation romaine. *Précis*, p. 327.

bonorum possessionem pollicetur. — Ulpien, L. 195 § 4 *De V. S.* 50, 16. Ci-dessus § 1, 2. — § 5 : Mulier autem familiæ suæ et caput et finis est.

6. — La famille *jure proprio* et la famille *jure communi* ne sont pas les seuls groupes fondés sur la communauté du sang masculin. Au-dessus de l'agnation, il y a la *gens* qui embrasse une pluralité de familles *jure communi* (1).

Au-dessus de la *gens* est la curie, comprenant un nombre déterminé de *gentes*. Au-dessus de la curie, la tribu (2). Au-dessus de la tribu, le peuple (3).

L'organisation familiale est donc, en même temps, politique. La famille civile précède la *gens*, la *gens* le peuple. L'agrégation des tribus, qui forme le peuple, celle des curies, qui forme la tribu, celle des *gentes*, qui

(1) Mommsen, t. VI, p. 1-58 (Traduit par P. F. Girard). — Lange, t. I, §§ 40, 43, 44. — Willems, p. 36-42. — Karlowa, t. I, § 2, p. 33-37. — Jhering, §§ 17, 18-20, 23-26. — Leist, *Rechtsgeschichte*, § 3. — Carle, *Le origine del diritto romano*, p. 25-59. — Parfois on désigne la *gens* par le mot *familia*. Ulpien, L. 195, § 4 *De V. S.* 50, 16. Ci-dessus, § 1. — Messala Corvinus a écrit un traité *de familiis*, et Varron un traité *de familiis trojanis*, c'est-à-dire des familles ou des *gentes* qui prétendaient descendre des Troiens.

Le sens de γένος, *gens*, est proprement cognatique ; il est resté tel en Grèce, tandis qu'à Rome, par le développement pontifical du *jus civile*, il devenait agnatique. — La *gens*, le γένος, le clan celtique, la *Sippe* des Germains, le *Sabha* hindou, tout cela est primitivement une seule et même chose.

(2) Sur la *gens*, la curie et la tribu, envisagées comme anciens éléments de la nation aryenne, répondant au γένος, à la φρατρία et à la φυλή, et à des similaires chez les divers peuples indo-européens : Leist, *Rechtsgeschichte*, §§ 18-20.

(3) Sur la *Civitas*, la πόλις : Leist, § 20.

forme la curie, sont des créations politiques, tandis que l'agrégation des familles en *gentes* est naturelle, en ce sens que la *gens* est l'extension de la famille des agnats. Mais, dans le vieil État patricien, nul ne faisait partie du peuple, du *populus* au sens propre et primitif du mot, s'il n'appartenait à l'une des *gentes*. Le peuple n'était autre chose que l'ensemble des *gentes*. Quand la plèbe devint partie intégrante de l'État, on put la comprendre dans le peuple, en prenant ce mot dans une nouvelle acception, tout en continuant à se servir de la formule traditionnelle *populus plebesque* (1), et l'État romain, par une noble fiction, continua de se considérer comme une grande famille (2).

A quelle distance de l'ancêtre commun l'agnation cessait-elle pour faire place à la simple gentilité? Question de fait, dit l'opinion régnante, à résoudre diversement selon les familles : tant que les degrés étaient comptés et prouvés, l'agnation subsistait. Mais cette incertitude et cet arbitraire sont-ils bien conformes

(1) Voyez entre autres Cicéron, *pro Murena*, 1, 1 : Ut ea res mihi magistratuque meo, populo plebique Romanæ bene atque felicitate eveniret. — Au temps de Cicéron, du reste, *populus* signifiait même le peuple dans le sens du commun peuple, par opposition à la noblesse. — Gaius, I, 3 : Populi appellatione universi cives significantur, commemoratis etiam patriciis ; plebis autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur. — Aulugelle, 10, 20 : In populo omnis pars civitatis omnesque ejus ordines continentur, plebes vero ea dicitur, in qua gentes civium patriciæ non insunt.

(2) D'intéressants témoignages, ayant trait tant à la vie internationale qu'à la vie nationale et religieuse, sont groupés par Lange, au § 44.

à l'esprit strict et régulier de la famille patricienne romaine ? Il est permis d'en douter, au moins en ce qui concerne le très ancien droit. Le patricien savait sa généalogie et connaissait sûrement sa parenté jusqu'à des degrés lointains ; la notion de la gentilité se serait trouvée pour lui presque illusoire, l'agnation aurait tout absorbé. Ici encore on est tenté d'appliquer la notion du cercle intime que l'on trouve chez les cognats, et de dire : l'agnation allait, dans l'origine, jusqu'au sixième degré, à partir du septième commençait la gentilité, et quand la notion de la gentilité disparut, la limitation de l'agnation dut également disparaître (1). Mais ceci n'est qu'une hypothèse.

Le *nomen gentilicium* indique la communauté d'origine naturelle (par génération), ou artificielle (par adoption), des familles qui la composent (2).

On est peu renseigné sur le *jus gentilicium*, encore en vigueur du temps de César et de Cicéron, mais qui ne pouvait guère survivre à l'ancien patriciat, non plus qu'à l'introduction de la succession cognatique, et que Gaius déclare tombé en désuétude. Comparables aux clans celtiques, les *gentes* avaient, à l'origine, leurs chefs, comme elles avaient leurs conseils, leurs statuts et leurs usages, qui réglaient souverainement maintes questions du droit de famille que l'État ne songeait pas à leur

(1) Tel est l'avis de M. Voigt, que M. Zoll partage. Ci-dessus, 5.

(2) Peut-être aussi, pour les *gentes* immigrées (telles par exemple que les *Claudii*), une communauté plus ou moins primitive de patrie, d'établissement antérieur, de voisinage. La communauté de sang est en tout cas naturelle et principale.

disputer (1), leur culte (2), leur cimetière, leur fortune, notamment en immeubles. Les gentils étaient héritiers légitimes à défaut d'agnats, selon les Douze Tables (3). Ils avaient, également à défaut d'agnats, la curatelle du furieux et du prodigue (4), ainsi que la tutelle des impubères et des femmes *sui juris* (5). La sortie de la *gens*, en cas d'adrogation par un membre d'une autre *gens* (6), ne pouvait avoir lieu qu'au moyen d'une abdication solennelle (*sacrorum alienatio, detestatio*) (7), et s'il s'agissait d'une *gentilis sui juris*, la *gentis enuptio* devait peut-être même, anciennement, être autorisée par un vote des comices (8).

Les *gentes* étaient, dans le principe et tout au moins jusqu'aux Douze Tables, exclusivement patriciennes.

Elles avaient sous elles, dès la haute antiquité et comme reste d'ancienne subjugation et d'ancienne servitude, des clients (9), familles inférieures, qu'elles pro-

(1) C'est ainsi que dans la *gens Fabia* le mariage était d'ancienneté obligatoire pour les hommes et l'exposition des enfants interdite, et que, dans d'autres, les morts étaient inhumés et non brûlés, certains prénoms défendus.

(2) Outre leurs cultes gentilices, certaines *gentes* étaient investies de fonctions officielles dans le culte public.

(3) *Traité des successions*, § 23.

(4) Ci-dessous, §§ 31-32.

(5) Gaius 3, 17 et 1, 192. — Lange, t. I, § 41.

(6) Ci-dessous, § 7, 19.

(7) Servius Sulpicius Rufus a composé un traité *de sacris detestandis*.

(8) Mommsen, t. VI, p. 21. Comparez ci-dessous, § 12, 35.

(9) De *chuere*, κλύειν, qui signifie *entendre* et *obéir*. Comparer *audire*, *obedire*, et les mots allemands *hæren*, *gehæren*, *hærig*,

tégeaient, et qui en revanche étaient astreintes envers les gentils, leurs patrons, à divers services et à un devoir général de fidélité (1). Membres passifs de la *gens*, les clients en portaient le nom, participaient à son culte, à sa sépulture. La constitution de Servius Tullius en fit des citoyens, et dès lors ils se confondirent dans la plèbe, tout en conservant leurs relations particulières avec les *gentes* patronnes.

Festus v^o *Gentilis* : Gentilis dicitur ex eodem genere ortus, et is qui simili nomine appellatur, ut ait Cincius : « Gentiles mihi sunt, qui meo nomine appellantur ». — Cicéron, *Topiques*, 29 : Gentiles sunt qui inter se eodem nomine sunt. Non est satis. Qui ab ingenuis oriundi sunt. Ne id quidem satis est. Quorum majorum nemo servitutem servivit. Abest etiam nunc. Qui capite non sunt deminuti. Hoc fortasse satis est. Nihil enim video, Scævolum pontificem ad hanc definitionem addidisse. — 2^e *Verrine*, 1, 115 : Minucius quidam mortuus est... Ejus testamentum erat nullum. Lege hereditas ad gentem Minuciam veniebat. — *De Oratore*, 1, 176 : Quid ? qua de re inter Marcellos et Claudios patricios centumviri judicarunt, cum Marcelli ab liberti filio stirpe, Claudii patricii ejusdem hominis hereditatem gente ad se rediisse dicerent, nonne in ea causa fuit oratoribus de toto stirpis ac gentilitatis jure dicendum ? — Suétone, *César*, 1 : Quare et sacerdotio, et uxoris dote, et gentilitiis hereditatibus mulctatus... — Gaius, 3, 17 : Et cum illic admonuerimus, totum gentilicium jus in desuetudinem abiisse, supervacuum est hoc quoque loco de eadem re curiosius tractare.

etc. Bréal et Bailly, au mot *clueo*. — Lange, t. I, § 42. — Karlowa, I, § 3. — Willems, p. 26-30.

(1) Ci-dessous, § 24, 80.

§ 3. — La famille naturelle.

7. Parents et enfants. — 8. Les cognats. — 9. Degrés de parenté. — 10. Les enfants nés hors mariage. — 11. Diverses espèces de cognition. — 12. La cognition servile. — 13. L'affinité.

7. — La famille naturelle se compose, en premier lieu, dans son cercle le plus restreint, des père et mère (1) et de leurs enfants ou descendants.

Ce qu'on appelle aujourd'hui l'autorité parentale n'existait pas à Rome. La mère n'exerçait sur ses enfants aucun pouvoir légal. Le père non plus, s'il n'avait pas la puissance paternelle, bien qu'il faille sans doute admettre que par le fait, même dans ce cas, il était le maître chez lui. Mais l'office de piété de l'enfant envers ses parents prime, dès la haute antiquité, tous les offices envers d'autres personnes, et n'est primé que par l'office envers Dieu. Une loi de Tullus Hostilius vouait aux Dieux mânes l'enfant qui frappait son père ou sa mère, et cette loi fut en vigueur jusqu'à la loi *Cornelia de injuriis* de Sylla.

Les enfants, quelque soit leur âge, doivent à leurs père et mère, qui leur ont donné la vie et qui sont pour eux les prêtres et les dispensateurs de la protection divine (2),

(1) *Parentes*. *Parens*, participe de *pario* : produire, mettre au monde. Bréal et Bailly, au mot *Pario*. Paternité et maternité, *infra*, § 5, 15.

(2) A l'origine, la mère est prêtresse, conjointement avec le père; le développement de la famille civile romaine a réservé le

le respect et l'obéissance, *reverentia* et *obsequium*. La procédure (1), comme le droit matériel, a consacré ce devoir, qui comprend les honneurs funèbres et l'obligation de sépulture (*justa facere, exequiæ*), et répond au culte des ancêtres, si essentiel dans la cité antique (2).

Enfants et parents se doivent réciproquement des aliments ; cette obligation est parfois étendue aux frères et sœurs.

Les parents jouissent, vis-à-vis des enfants, du bénéfice de compétence.

Il y a, de part et d'autre, *vindicatio libertatis* (3).

Le préteur a accordé aux parents à l'égard des enfants et *vice versa* un droit de succession, en complément et même en correction de la loi ; des sénatus-consultes de l'époque impériale, ainsi que la législation de Justinien, ont donné au principe nouveau la consécration civile (4).

Les donations faites par les parents aux enfants sont révocables pour ingratitude (5).

sacerdoce domestique au père. Ci-dessus, § 2, 4, et aussi § 45, 49.
— Leist, *Jus gentium*, § 81.

(1) *In jus vocatio*. Voir le passage d'Ulpien, transcrit plus loin.
— Lenel, *Edictum perpetuum*, § 11.

(2) Deuxième et troisième commandement de la vieille morale aryenne : Tu honoreras tes parents. Commandement de Moïse : Honore ton père et ta mère. Commandement d'Eleusis : Τοῦς γονεῖς τιμᾶν. — Leist, *Jus gentium*, § 29-35, *Rechtsgeschichte*, § 3-7, et dans sa continuation du commentaire de Glück, t. V, où se trouve une monographie approfondie de l'*obsequium*.

(3) Ci-dessous, § 22, 76.

(4) *Traité des successions*, § 24-26.

(5) Leist, Commentaire cité, § 81-106. L. 1, 7, 9 C. *De revocandis donationibus* 8, 55.

Le meurtre des parents et ascendants est un parricide, crime atroce (1).

Les enfants, dans la famille naturelle, suivent la condition de la mère (2).

Les enfants ont contre leurs parents une action pour se faire reconnaître et alimenter. La mère a contre le père une action en reconnaissance de son enfant (3).

L'Édit prévoyait le cas où une femme se déclarait grosse à la mort de son mari (4). Un sénatus-consulte Plancien, antérieur à Hadrien, s'occupait de l'enfant né après le divorce.

Aulu-Gelle, 5, 13: Conveniebat autem facile constabatque, ex moribus populi Romani primum juxta parentes locum tenere pupillos debere, fidei tutelæque nostræ creditos; secundum eos proximum locum clientes habere, qui sese itidem in fidem patrociniūque nostrum dediderunt: tum in tertio loco esse hospites; postea esse cognatos adfinesque. Hujus moris observationisque multa sunt testimonia atque documenta. — Caton, dans son discours contre Lentulus: Patrem primum, postea patronum proximum nomen habuere. — Loi de Servius Tullius (Festus, au mot *Plorare*): Si parentem puer verberit, ast olle plorassit, puer divis parentum sacer esto. — Festus, au mot *Parens*: Parens vulgo pater autem mater appellatur, sed juris prudentes avos et proavos,

(1) Le parricide est, dans la haute antiquité aryenne, le plus atroce des crimes, celui qui ne saurait s'expier. Sur le sens et l'étymologie de *parricidium*: Bréal et Bailly, au mot *Pater*.

(2) Ci-dessous, § 12, 35.

(3) *Præjudicium de agnoscendis et alendis liberis, de partu agnoscendo*. — Lenel, § 117.

(4) Lenel, § 118.

avias et proavias parentum nomine appellari dicunt. — Masculino genere parentem appellabant antiqui etiam matrem.

Tit. D. 37, 15 : *De obsequiis parentibus et patronis præstandis*. — Ulpien, L. 9 *De obsequiis* : Liberto et filio semper honesta et sancta persona patris ac patroni videri debet. — Le même, L. 1 § 2, même titre : Si filius matrem aut patrem, quos venerari oportet, contumeliis adficit vel impias manus eis infert, præfectus urbis delictum ad publicam pietatem pertinens pro modo ejus vindicat. — § 3. Indignus militia judicandus est, qui patrem et matrem, a quibus se educatum dixerit, maleficos appellaverit. — Le même, L. 4 § 1 *De in jus vocando* 2, 4 : Prætor ait : Parentem, patronum, patronam, liberos parentes patroni patronæ in jus sine permissu meo ne quis vocet. § 2. Parentem hic utriusque sexus accipe : sed an in infinitum, quæritur. Quidam parentem usque ad tritavum appellari aiunt, superiores majores dici : hoc veteres existimasse Pomponius refert ; sed Gaius Cassius omnes in infinitum parentes dicit, quod et honestius est et merito optinuit. — Julien, L. 2 *De obsequiis* : Honori parentum atque patronorum tribuendum est, ut quamvis per procuratorem judicium accipiant, nec actio de dolo aut injuriarum in eos detur : licet enim verbis edicti non habeantur infames ita condemnati, re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiæ notam. § 1. Interdictum quoque Unde vi non est adversus eos reddendum. — Ulpien, Paul, Ulpien, L. 5 § 1, L. 6, L. 7 pr. même titre : Sed nec famosæ actiones adversus eos dantur, nec hae quidem, quæ doli vel fraudis habent mentionem, nec servi corrupti agetur, licet famosæ non sint. — § 1. Et in quantum facere possunt, damnantur. § 2. Nec exceptiones doli patiuntur vel vis metus ve causa, vel interdictum Unde vi vel Quod vi patiuntur. § 3. Nec deferentes jusjurandum de calumnia jurant.

Ulpien, L. 1 pr. *De liberali causa* 40, 12 : Si quando is, qui

in possessione servitutis constitutus est, litigare de conditione sua non patitur, quod forte sibi suoque generi vellet aliquam injuriam inferre, in hoc casu æquum est quibusdam personis dari licentiam pro eo litigare, ut puta parenti... § 1. Versa etiam vice dicemus liberis parentum etiam invitorem eandem facultatem dari : neque enim modica filii ignominia est, si parentem servum habeat. § 2. Idcirco visum est cognatis etiam hoc dari debere.

Marcien, L. 1 *De lege Pompeia de parricidiis* 48, 9 : Lege Pompeia de parricidiis cavetur, ut, si quis patrem, matrem avum aviam, fratrem sororem patruelem matruelem, patruum avunculum amitam, consobrinum consobrinam, uxorem virum, generum socrum vitricum, privignum privignam, patronum patronam occiderit cujusve dolo malo id factum erit, ut pœna ea teneatur, quæ est legis Corneliæ de sicariis.

Gaius, 1, 78 :... Ex iis enim inter quos non est conubium qui nascitur, jure gentium matris conditioni accedit.

Ulpian, L. 16, L. 17, L. 18 *De re judicata* 42, 1 : Sunt qui in id quod facere possunt conveniuntur, id est non deducto ære alieno. Et quidem sunt hi fere, qui pro socio conveniuntur (socium autem omnium bonorum accipiendum est) : item parens : patronus patrona liberique eorum et parentes : item maritus de dote in id quod facere potest convenitur : item miles... — Le même, L. 63 pr. *Pro socio* 17, 2 :... cum societas jus quodam modo fraternitatis in se habeat.

Tit. D. 25, 3, *De agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis*. Tit. C. 5, 25, *De alendis liberis ac parentibus*. D. 25, 4, *De inspiciendo ventre custodiendoque partu*.

Ulpian, L. 1 *De agnoscendis et alendis* : Senatus consultum, quod factum est de liberis agnoscendis, duas species complectitur, unam eorum qui agnoscunt, aliam earum qui falsum partum subjiciunt. § 1. Permittit igitur mulieri parentive in

cujus potestate est vel ei cui mandatum ab eis est, si se putet prægnatam, denuntiare intra dies triginta post divortium connumerandos ipsi marito vel parenti in cujus potestate est, aut domum denuntiare, si nullius eorum copiam habeat. — Le même, L. 3, § 1 même titre : Quia Plancianum senatusconsultum ad eos partus pertinet, qui post divortium eduntur, aliud senatusconsultum temporibus divi Hadriani factum est, ut, etiamsi constante matrimonio partus sit editus, de agnoscendo eo agatur. — Le même, L. 1 § 10 *De inspiciendo ventre*.

8. — Les personnes qui descendent de communs bisaïeuls forment le cercle particulier de la cognation, dans le sens étroit (1). Ce sont les parents rapprochés, unis primitivement par les *sacra familiaria*, par un même culte des mânes.

Cette cognation comprend parents et enfants, frères et sœurs, oncles et tantes, neveux et nièces, cousins germains (*consobrini*) et issus de germains (*sobrini*) (2). Plus loin, des relations d'amitié peuvent subsister sans doute,

(1) Klenze, *Die Cognaten und Affinen nach römischen Rechte*, au t. VI de la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1828. — Leist, suite à Glück, t. V cité. — Lange, t. I, § 41. — La parenté est exprimée par les mots *necessitudo*, *necessarii*, *cari*, *propinqui*. Aulu-Gelle, 13, 3. Festus, v^o *Necessarii*. *Amici* a un sens plus général. — Paul, L. 223 *De V. S.* 50, 16 : *Amicos appellare debemus non levi notitia conjunctos, sed quibus fuerint jura cum patre familias, honestis familiaritatis quæsitæ rationibus*.

(2) C'est le cercle intime correspondant aux *ἀγχιστεῖς* des Grecs, aux *sapindas* des Hindous. — Leist, *Rechtsgeschichte*, § 6.

Consobrini et *sobrini* dérivent de *soror*, et indiquent sans doute originellement la mise au monde par des sœurs. Les fils de frères s'appellent *fratres patruels*. Notre nom de cousin-germain signifie cousin-frère.

mais elles ne comportent plus les devoirs et les droits positifs du cercle intime.

J'ai dit : primitivement. C'est qu'en effet, les pontifes, quand ils ont réglé l'hérédité dans un sens purement agnatique, ont détaché les *sacra* de la cognation pour les attacher à la *pecunia*, à l'hérédité (1). Le culte commun s'est ainsi séparé de la cognation pour aller à l'agnation. Il est resté aux cognats la célébration commune de quelques anniversaires, certains festins solennels tels que le silencieux banquet des morts, et le devoir du deuil, *officium luctus* (2).

Ils avaient jadis un droit et devoir spécial de vengeance, *vindicta necis*, et cette *vendetta*, qui disparut de bonne heure à Rome devant le pouvoir de l'État, tandis qu'ailleurs elle devait se perpétuer jusqu'à nos jours, — s'est transformée en un droit privilégié d'accusation (3).

Les cognats ont, pour leur cognat, la *vindicatio in libertatem* (4). Ils ne peuvent être contraints à siéger en justice contre un des leurs, ni à le juger au criminel. Le père de famille qui juge son enfant, appelle ses co-

(1) *Traité des successions*, § 49.

(2) Valère Maxime, 2, 1, 8 : *Convivium etiam solenne majores instituerunt, idque caristia appellaverunt, cui præter cognatos et affines nemo interponebatur.* — Festus : *Silicernium dicitur cena funebris, quam Græci περίδειπνον vocant.* — Leist, *Rechtsgeschichte*, § 8.

(3) La *vindicta necis* incombait aux enfants, aux parents, aux frères, aux cousins-germains et probablement aussi aux issus de germains. On la trouve partout, dans un certain état social. — Leist, *Rechtsgeschichte*, § 9, § 51.

(4) Ci-dessous, § 22, 76. — Ulpien, L. 1 § 2 *De liberali causa*. *Suprà*, p. 33.

gnats à former son conseil ; lorsqu'il projette une répudiation ou qu'il juge sa femme, il y appelle aussi les cognats de celle-ci (1). La participation des *propinqui*, *necessarii*, même de simples *amici*, était d'usage fréquent, on peut dire régulier, dans une foule de circonstances : par exemple, aux fiançailles et lorsqu'un adolescent revêtait la toge virile. Sous les empereurs, les cognats formaient un conseil de famille, consulté en matière de tutelle par le préteur (2).

Jusqu'au temps de la deuxième guerre punique, le mariage était exclu entre cognats (3). En revanche, les cognats avaient le *jus osculi* (4).

L'assassinat d'un cognat, jusqu'au cousin-germain inclusivement, est un parricide.

A d'autres égards encore les cognats du cercle intime avaient une position spéciale et privilégiée. Ils étaient exempts des dispositions restrictives de la loi *Furia* et de la loi *Cincia* en matière de legs (5) et de donations (6). Ils avaient coutume en certaines occasions de se faire des cadeaux.

(1) Ci-dessous, § 15, 49.

(2) Ci-dessous, § 27, 93.

(3) Ci-dessous, § 14, 47.

(4) Festus, *Osculum* :... Quod inter cognatos propinquosque institutum ab antiquis est, maximeque feminas. — Pline, *Hist. nat.* 14, 13. — Denis, 2, 25. — Aulu-Gelle, 10, 23. — Cicéron, *De Republica*, 6, 6, 17, 18 : Atque etiam si qua erat famosa, ei cognati osculum non ferebant. — Cette honnête familiarité a pu servir à diverses fins ; on a discuté à ce sujet plus qu'il n'en vaut la peine.

(5) Loi *Furia*, de l'an 185 ? — *Traité des successions*, § 61.

(6) Loi *Cincia*, de l'an 203. Sur les donations et présents entre cognats : Leist, *Rechtsgeschichte*, § 11.

Quand le préteur, consacrant peut-être l'habitude testamentaire, a voulu étendre les successions *ab intestat*, afin d'écarter l'éventualité de déshérence, ce sont les cognats du cercle intime qu'il a appelés à la succession : portant le deuil du défunt, ils semblaient, à défaut d'agnats, désignés naturellement pour continuer sa personnalité économique. Au reste, le préteur a ajouté au cercle intime originaire un degré, en appelant les *sobrino sobrinave nati natæve* (1). Justinien a été plus loin en supprimant dans la succession légitime, devenue purement cognatique, toute limitation de degrés, de telle sorte qu'on succède, en droit nouveau, à des cognats indéfiniment éloignés (2). Avec la disparition des derniers restes du culte commun l'ancien cercle intime s'était élargi, jusqu'à se dissoudre.

Les cognats les plus rapprochés, c'est-à-dire les frères et sœurs, successibles *ab intestat*, étaient, ainsi que les parents et les enfants, légitimaires en vertu de la jurisprudence des centumvirs (3).

Cicéron, *De officiis*, I, 54 : Nam quum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso conjugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia. Id autem est principium Urbis, et quasi seminarium reipublicæ. Sequuntur fratrum conjunctiones : post consobrinorum sobrinorumque : qui quum una

(1) *Traité des successions*, § 24. Les ἀγχιστεῖς héritent *ab intestat*, à défaut de descendants, mais selon un système de parentèles. — Leist, *Rechtsgeschichte*, § 15, § 17.

(2) *Traité des successions*, § 26.

(3) *Ibidem*, § 32.

domo jam capi non possint, in alias domos, tamquam in colonias, exeunt. Sequuntur connubia et affinitates; ex quibus etiam plures propinqui. Quæ propagatio et suboles origo est rerum publicarum. Sanguinis autem conjunctio benevolentia devincit homines et caritate. 55. Magnum est enim, eadem habere monumenta majorum, iisdem uti sacris, sepulcra habere communia. — Ulpian, L. 1 § 1 *Unde cognati* 38, 8 : Cognati autem appellati sunt quasi ex uno nati, aut, ut Labeo ait, quasi commune naseendi initium habuerint. — Modestinus, L. 4 § 1 *De gradibus* 38, 10 : Cognati ab eo dici putantur, quod quasi una communiterve nati vel ab eodem orti progenitive sint. § 2. Cognationis substantia bifariam apud Romanos intelligitur : nam quædam cognationes jure civili, quædam naturali conectuntur, nonnumquam utroque jure concurrente et naturali et civili copulatur cognatio. Et quidem naturalis cognatio per se sine civili cognatione intelligitur quæ per feminas (de femina ?) descendit, quæ volgo liberos peperit. Civilis autem per se, quæ etiam legitima dicitur, sine jure naturali cognatio consistit per adoptionem, utroque jure consistit cognatio, cum justis nuptiis contractis copulatur. Sed naturalis quidem cognatio hoc ipso nomine appellatur : civilis autem cognatio licet ipsa quoque plenissime hoc nomine vocetur, proprie tamen adgnatio vocatur, videlicet quæ per mores contingit.

Paul (commentant les dispositions de l'Édit relatives à la loi Cincia), *Fr. Vat.* 298 : Personæ igitur cognatorum excipiuntur in (*lege*) his verbis : « Sive quis cognatus cognata inter se, dum sobrinus sobrinave propiusve eo sit, sive quis in alterius potestate, manu mancipiove erit, qui eos hac cognatione attinget, quorumve (*eorum quis*) in potestate, manu mancipiove erit, eis omnibus inter se donare capere liceto ». — 299. Quinque igitur gradus pleni excepti sunt, et ex sexto una persona, sobrinus et sobrina. — Paul, L. 12

§ 13 *De administratione et periculo tutorum* 26, 7 : (Tutor) sollennia munera parentibus cognatisque mittet.

Paul, L. 10 pr. *De gradibus* 38, 10 : Jurisconsultus cognatorum gradus.... nosse debet, quia legibus hereditates et tutelae ad proximum quemque adgnatum redire consueverunt : sed et edicto prætor proximo cuique cognato dat bonorum possessionem : præterea lege judiciorum publicorum contra adfines et cognatos testimonium inviti dicere non cogimur. — Ulpien, 28, 7 : Intestati datur bonorum possessio per septem gradus...; septimo cognatis manumissoris, quibus per legem Furiam plus mille asses capere licet. — Modestin, L. 4 pr. *De gradibus* : Non facile autem, quod ad nostrum jus attinet, cum de naturali cognatione quæritur, septimum gradum quis excedit, quatenus ultra eum fere gradum rerum natura cognatorum vitam (vinculum?) consistere non patitur.

Julien, L. 8 pr. *De suis et legitimis* 38, 16 : Quod in consuetudine nepotes cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, non proprie, sed per abusionem aut potius ἀναφορικῶς accidit (1).

9. — Pour établir la parenté (2), on compte les de-

(1) *Traité des successions*, § 3.

(2) Paul a fait un *liber singularis de gradibus et adfinibus et nominibus eorum*, lequel a fourni la rubrique et la matière au titre du Digeste. La nomenclature a été grandement simplifiée depuis lors. — Delbrück, *Die indo-germanischen Verwandtschaftsnamen*, 1886. — Pour figurer d'une manière facile à saisir la parenté à diverses distances, les Romains se servaient de tableaux, *stemmata cognationis*, représentant des terrasses et des escaliers. On plaçait en évidence, dans les maisons, avec les images des ancêtres, des tableaux généalogiques, qu'aujourd'hui, en vertu d'un principe figuratif différent, nous appellerions des arbres généalogiques. Sénèque, *de Beneficiis*, 3, 28 : Qui imagines in atrio exponunt et

grés (*gradus*), c'est-à-dire les générations (actions d'engendrer), qui séparent les deux personnes en cause. Autant de générations, autant de degrés (1). Le père et la mère sont donc, par rapport à leurs enfants, au premier degré, les grands-pères et grands'mères au deuxième ; les frères et sœurs également au deuxième, les oncles (*patrui, avunculi, amitæ, materteræ*) et les neveux au troisième, les cousins-germains (*consobrini*) comme les grands-oncles au quatrième, les neveux à la mode de Bretagne au cinquième, les issus de germains (*sobrini*) au sixième ; le *sobrino sobrinave natus* est au septième.

Tit. I. 3, 6 *De gradibus cognationis*. D. 38, 10 *De gradibus et adfinibus et nominibus eorum*. — § 7, I. 1. cit :... Ex his palam est intellegere, quemadmodum ulterius quoque gradus numerare debemus: quippe semper generata quæque persona gradum adjiciat, ut longe facilius sit respondere, quoto quisque gradu sit, quam propria cognationis adpellatione quemque denotare.

10. — L'enfant né hors mariage, *spurius, vulgo quæsitus, vulgo conceptus, varius*, aussi *naturalis filius*, n'a-

nomina familiæ suæ longo ordine ac multis stemmatum illigata flexuris in parte prima ædium collocant, non noti magis quam nobiles sunt? — C'est de ces *stemmata* que vient l'expression de degré. Paul, L. 10 § 10 *De Gradibus* : Gradus autem dicti sunt a similitudine scalarum locorumve proclivium, quos ita ingredimur, ut a proximo in proximum, id est in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus.

(1) Autres systèmes : la computation germanique, que le droit canonique a adoptée ; le système des parentèles, en usage en divers pays, notamment dans plusieurs cantons suisses.

vait ni père, ni famille paternelle (1) ; il était *sui juris*. Mais il appartenait à la cognation maternelle, et y exerçait les droits cognatiques (2). Il devait à sa mère l'*obsequium* tout comme s'il avait été légitime.

L'*obsequium* était dû tant au père qu'à la mère lorsque la relation extra-matrimoniale était un concubinat (3), auquel cas l'enfant était dit, en droit nouveau, *enfant naturel* dans un sens technique et spécial (4).

(1) Mispoulet, *Du nom et de la condition de l'enfant naturel romain*, dans la *Nouvelle Revue historique*, t. IX, 1885. Article substantiel et riche en renseignements tirés des inscriptions. M. Mispoulet partage la conception erronée de feu M. Gide touchant le concubinat.

(2) M. Mispoulet dit avec raison : le bâtard à Rome n'était point un *paria*. Le *spurius* est le fruit d'un commerce momentané ou temporaire, soit avec une esclave, et alors il est esclave, soit avec une femme libre, à l'égard de laquelle il a, comme il est dit au texte, une situation identique à celle qu'il aurait s'il était né du mariage, notamment au point de vue de la succession et de l'alimentation, tandis que celui qui a engendré un *spurius* n'a envers lui aucune obligation alimentaire. L. 7 *De agnoscendis et alendis* 25, 3. Mais le droit canonique lui a imposé cette obligation, et même envers les enfants adultérins, et ceci a été fort développé par le droit moderne, non sans abus.

Le *stuprum* commis avec une femme libre était un acte punissable en vertu de la loi *Julia de adulteriis*. — § 4, I. *De publicis judiciis* 4, 18 :.. Eadem lege Julia (de adulteriis coercendis) etiam stupri flagitium punitur, cum quis sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit. — Tit. D. 48, 5 *Ad legem Juliam de adulteriis*. — Modestin, L. 35 du dit titre : Stuprum committit qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina. Adulterium in nupta admittitur : stuprum in vidua vel virgine vel puero committitur.

(3) Ci-dessous § 12, 39.

(4) Enfant naturel signifie dans une autre acception l'enfant du

L'enfant issu d'un inceste avait, comme le *spurius*, sa mère et sa parenté maternelle, mais pas de père (1).

La tache de bâtardise était, semble-t-il, inconnue à Rome, au point de vue du droit privé (2).

Gaius, 1, 64 : Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur, neque liberos : hi enim, qui ex eo coitu nascuntur, matrem quidem habere videntur, patrem vero non utique, nec ob id in potestate ejus sunt, (sed) sunt, quales ii, quos mater vulgo concepit : nam nec hi patrem habere ullum intelleguntur, cum is etiam incertus sit ; unde solent spurii filii appellari, vel a Græca voce quasi *σποράδην* concepti, vel quasi sine patre filii. — § 12, I. *De nuptiis* 1, 10. — Modestin, L. 23 *De statu hominum* 1, 5 : Volgo concepti dicuntur qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet. Qui et spurii appellantur, *παρὰ τὴν σποράν*. — Ulpien, Paul, L. 4 § 3, L. 5 *De in jus vocando* 2, 4 : ...Et si volgo quæsitus sit filius, matrem in jus non vocabit,

sang par opposition à l'enfant adoptif, § 7. Voyez § 12, 39, note. Et aussi comme il est dit ci-dessus : tout enfant illégitime.

(1) Les Romains ne distinguent pas, en général, parmi les *spurii*, les enfants que les modernes appellent adultérins et incestueux, *ex nefando damnato incesto coitu procreati*, *ex nefandis nuptiis procreati*. Ces derniers cependant ont été exclus en l'an 396 de la succession de leurs parents par une constitution fameuse d'Arcadius et d'Honorius (L. 6 C. *de incestis et inutilibus nuptiis*, 5, 5), laquelle doit être tenue pour abrogée par la nouvelle 12.

(2) Quant au droit public, voyez Mommsen, *Droit public*, trad. de M. Girard, t. VI, p. 80 et s., et Mispoulet, article cité, p. 46-63. Le droit germanique et surtout le droit médiéval ont outré l'idée que le bâtard est sans famille, mais les mœurs de la féodalité et de la chevalerie ont réagi parfois en sa faveur. Le droit canonique lui a infligé l'irrégularité *ex defectu natalium*.

quia semper certa est, etiam si volgo conceperit. — Paul, L. 6, même titre : Parentes naturales in jus vocare nemo potest : una est enim omnibus parentibus servanda reverentia. — L. 2, L. 8 *Unde cognati* 38, 8.

11. — Ainsi qu'il résulte en partie de ce qui précède, on distingue la cognation légitime, provenant de mariage, et la cognation illégitime ou naturelle ; la cognation en ligne ascendante, en ligne descendante, en ligne transverse ou collatérale ; la cognation consanguine (1) et la cognation utérine ; la cognation simple et la cognation multiple.

L'agnation est souvent désignée comme cognation civile.

Les ascendants, à n'importe quel degré, sont appelés *parentes*. Les descendants *liberi* (2).

Modestin, L. 4 § 2 *De gradibus* 38, 10. Ci-dessus, 8. — Callistrate, L. 220 *De V. S.* Ci-dessus, § 2, 4.

12. — La cognation était reconnue même entre esclaves, en ce sens que les individus nés d'un même *contubernium* (3), ainsi que leurs père et mère, étaient réputés dans un état de *cognatio servilis*, et que si plus tard ils étaient affranchis, il y avait entre eux empêchement au mariage. Cette cognation servile procurait

(1) Les Romains distinguent les frères consanguins, qui sont à la fois nos germains et nos consanguins, et les utérins.

(2) Ci-dessus, § 1, 1.

(3) Ci-dessous, § 12, 40.

même, sous les empereurs chrétiens, un droit de succession.

§ 10, I. *De nuptiis* 1, 10 : Illud certum est, serviles quoque cognationes impedimento esse nuptiis, si forte pater et filia aut frater et soror manumissi fuerint. — § 10, I. *De gradibus cognationis* 3, 6 : Illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere : nam nec ulla antiqua legalis cognatio computabatur. Sed nostra constitutione, quam pro jure patronatus fecimus (quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum atque nube plenum et undique confusum fuerat) et hoc, humanitate suggerente, concessimus, ut si quis in servili consortio constitutus liberum vel liberos habuerit sive ex libera sive servilis condicionis muliere, vel contra serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos cujuscumque sexus, et ad libertatem his pervenientibus et hi, qui ex servili ventre nati sunt, libertatem meruerunt, vel, dum mulieres liberae erant, ipsi in servitute eas habuerunt et postea ad libertatem pervenerunt, ut hi omnes ad successionem vel patris vel matris veniant, patronatus jure in hac parte sopito... — Justinien, L. 4 § 10, C. *De bonis libertorum et jure patronatus* 6, 4 : ... Si liberos invenerit liberti vel libertae, ne ullum quidem jus patronis aut liberis eorum ex juribus intestati successionis largitur, sed vocat libertorum liberos ad eorum successionem, etiam si in servitute nati cum iis manumissi sunt.

Paul, L. 10 § 5 *De gradibus* 38, 10 : Non parcimus his nominibus, id est cognatorum, etiam in servis; itaque parentes et filios fratresque etiam servorum dicimus : sed ad leges serviles cognationes non pertinent. — Ulpien, L. 1 § 1 *De obsequiis* 37, 15 : Et inter collibertos matrem et filium pietatis ratio secundum naturam salva esse debet. — Le

même, L. 4 § 3 *De in jus vocando* 2, 4 : Parentes etiam eos accipi Labeo existimat, qui in servitute susceperunt : nec tamen (tantum ?), ut Severus dicebat, ad solos justos liberos : sed et si volgo quaesitus sit filius, matrem in jus non vocabit.

9. — On appelle affinité le lien qui unit un conjoint aux cognats de l'autre. Souvent, on voit les *adfines* mentionnés avec les cognats et l'affinité assimilée à la cognation. Comme les cognats, les *adfines* sont dispensés de témoigner les uns contre les autres et d'être juges les uns des autres au criminel ; l'affinité est un empêchement au mariage. Les *adfines* n'ont, comme tels, aucun droit successoral (1).

L'affinité cesse avec le mariage qui l'a produite.

Modestin, L. 4 § 3 *De gradibus* 38, 10 : .. Adfines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur et alter ad alterius cognationis finem accedit : namque conjungendae adfinitatis causa fit ex nuptiis. § 4. Nomina vero eorum haec sunt : socer socrus, gener nurus, noverca vitricus, privignus privigna. § 5. Gradus autem adfinitati nulli sunt. § 6, § 7.

(1) Sur les *adfines*, voir l'étude de Klenze, mentionnée plus haut. On trouve aussi le nom d'*adfnitas* donné à la relation entre les conjoints eux-mêmes. Paul, L. 38 § 1 *De usuris* 22, 1. *Fragments du Vatican*, 218, 262. — L'*adfnis* est proprement le voisin, et ceci nous transporte en pleine existence villageoise des *vici* et *pagi*, et aux similaires de la Grèce et de l'Inde, où les parents et alliés habitaient près les uns des autres ou ensemble.

Le droit canonique a considérablement étendu et élargi la notion de l'affinité, ainsi que l'empêchement au mariage qui en résulte.

Hos itaque inter se, quod adfinitatis causa parentium liberorumque loco habentur, matrimonio copulari nefas est. § 9. Libertini libertinaeque inter se adfines esse possunt. — Paul, L. 10 pr. même titre : Juris consultus cognatorum gradus et (*adfines et nomina cognatorum et*) adfinium nosse debet. — Loi *Cornelia* : Ulpien, L. 5 pr. *De injuriis* 47, 10.

Ulpien, L. 3 § 1 *De postulando* 3, 1 : Adfinitates non eas accipere debemus, quæ quondam fuerunt, sed praesentes. — § 6, I. *De nuptiis* 1, 10.

CHAPITRE II

LA PUISSANCE PATERNELLE

Οὐκ ἀγαθὸν πολυκοιρανίη · εἷς κοί-
ρανος ἔστω,
Εἷς βασιλεὺς....

Iliade, 2, 204.

Et quia utile est juventuti regi, imposuimus
illi quasi domesticos magistratus, sub quorum
custodia contineretur.

SÉNÈQUE, De beneficiis, 3, 11.

Quod jus proprium Romanorum est ; fere
enim nulli alii sunt homines qui talem in filios
suos habent potestatem qualem nos habemus.

GAIUS, 1, 55.

CHAPITRE II

LA PUISSANCE PATERNELLE

§ 4. — Notions générales.

14. Définition et histoire de la puissance paternelle.

14. — La puissance paternelle est la puissance du père de famille sur ses enfants nés en juste mariage (2), ou légitimés (3), ou adoptifs (4), ainsi que sur les femmes et les enfants de ses fils et des fils de ses fils, etc.

On la faisait dater des origines mêmes de la ville et de l'État, en la rattachant à une loi de Romulus. Telle que les pontifes l'avaient organisée sur les antiques bases du *Fas* et de la coutume des ancêtres, les Romains en

(1) Lederlin, *La puissance paternelle d'après les principes du droit romain*, 1854. — Jhering, t. II, §§ 36-37. — Leist, *Rechtsgeschichte*, § 12. — Buhl, *S. Julianus*, §§ 25-26. — Viollet, p. 412-447. — Lange, t. I, § 32. — Voigt, *Zwölf Tafeln*, §§ 92-100. — Bernhœft, §§ 35-36. — Carle, *Origine*, p. 533-542.

(2) Ci-dessous, § 12, § 15.

(3) Ci-dessous, § 6.

(4) Ci-dessous, § 7.

étaient fiers ; ils y voyaient un de leurs apanages les plus précieux. La constitution de Caracalla (1), en l'introduisant avec le droit de cité dans les divers pays de l'Empire, a dû consolider, partout où elle a pénétré, les liens de la famille, et peut-être est-il permis d'y voir une des ancres de salut auxquelles la civilisation occidentale doit de ne pas avoir entièrement sombré lors des invasions barbares. Le pouvoir absorbant du père de famille est d'ailleurs un trait éminemment caractéristique pour le génie romain, qui seul était capable de créer ce droit, différent des autres droits indo-européens, plus intense notamment que la puissance de l'*οἰκόνομος* hellénique (2). Gaius relève ce fait, non sans quelque orgueil.

Absolue à l'origine, la puissance paternelle était encore à peu près telle, en principe, à l'époque des jurisconsultes classiques, tant à l'égard de la personne de l'enfant de famille qu'à l'égard de ses biens. Mais sous les empereurs chrétiens, par suite surtout de l'influence de l'hellénisme, les effets en furent atténués assez considérablement ; ils l'ont été dans la suite de plus en plus,

(1) Ulpien, l. 17 *De statu hominum* 1, 3 : In orbe Romano qui sunt, ex constitutione imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt. *Introduction historique*, § 105. On sait que la portée précise de la constitution de 212 n'est point certaine ; la mesure de Caracalla n'en reste pas moins un fait de première importance.

(2) Déjà le droit des Sûtras a mitigé la puissance paternelle en Inde, défendant de donner, vendre, recevoir, acheter les enfants. — Sur la puissance paternelle en Grèce, voyez Hermann, t. III, § 11. — Leist, *Jus gentium*, § 82. — Aristote qualifie de tyrannique le pouvoir du père et du mari chez les Perses. *Morale à Nicomaque*, 8, 10.

si bien qu'en cette matière les législations modernes s'écartent beaucoup du droit romain (1).

Sous les empereurs chrétiens encore, et grâce aux mêmes influences, la sortie de puissance a été facilitée, et la mère a été appelée peu à peu à participer en quelque mesure aux droits paternels.

(1) Les plus importantes de ces législations ont remplacé la puissance paternelle par une notion nouvelle, celle de l'autorité des parents.

La puissance paternelle, ou plutôt l'autorité parentale, du Code Napoléon est surtout coutumière, germanique ; art. 372-373 C. N. Après la mort du père, elle appartient à la mère et est instituée dans l'intérêt de l'enfant mineur, comme protection.

Loisel a inséré, dans ses *Institutes coutumières* (I, 37, 55) la règle de la coutume de Senlis (art. 221) : Droit de puissance paternelle n'a lieu.

De bonne heure, la puissance paternelle s'était affaiblie dans les pays du droit écrit. Cependant le droit de vente, même sans les tempéraments de Constantin et de Justinien (§ 8, 22), se retrouve au moyen-âge, et le père de famille avait, encore au siècle dernier, sur ses enfants même majeurs un droit de correction qu'il exerçait en obtenant du roi une lettre de cachet. Ce droit revêt sa forme actuelle aux articles 375 à 381 du Code Napoléon.

Mais d'autre part, il se forma la règle à peu près générale que la majorité produisait émancipation en ce qui concerne la plupart des droits paternels sur la personne de l'enfant. Quant aux droits sur ses biens, ils ont subsisté, pour toute la vie du père, à peu près tels qu'ils seront exposés au § 9, jusqu'à la fin de l'ancien régime.

Dans son *Précis de l'Histoire du Droit français*, que je cite souvent, M. Viollet signale les débris de l'ancienne *patria potestas* des pays de droit écrit dans l'article 278 du Code Napoléon et dans les actes respectueux prescrits aux articles 151 et suivants.

La tendance à atténuer la puissance paternelle et à lui substituer l'autorité parentale se constate à Constantinople au VIII^e siècle, dans l'Éclogue de Léon et Constantin, mais Basile et Léon le

Ulpien, L. 195 § 3 *De V. S.* 50, 16 : Pater familias appellatur qui in domo dominium habet. — Denis, 2, 26-27. — Papien, *Collatio* 4, 8. Ci-dessous, § 8, 22. — Gaius, 1, 55 :... Quod jus proprium Romanorum est ; fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem qualem nos habemus ; idque divi Hadriani edicto, quod proposuit de his qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant, significatur. Nec me præterit Galatarum gentem credere in potestate parentum liberos esse. — César, *Guerre des Gaules* 6, 19 : Viri in uxores sicut in liberos vitæ necisque habent potestatem. — Saint Paul. *Épître aux Galates*, 4, 1 : Dico autem : quanto tempore heres parvulus est, nihil differt a servo, cum sit dominus omnium.

SECTION I. — *Comment se fonde la puissance paternelle.*

§ 5. — **La paternité.**

15. La paternité, mode naturel de fondation. *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.* — Modes juridiques.

15. — La puissance paternelle résulte de la paternité, c'est-à-dire de la procréation en un juste mariage, qualifié comme il sera dit plus loin (1).

Le juste mariage est l'institution destinée à la propa-

Philosophe sont revenus sur ce point comme sur d'autres au droit de Justinien.

Les effets personnels de la puissance sont attribués par l'Éclogue à la mère lorsque le père est mort. Zachariæ, § 19.

Lehmann, *Die väterliche Gewalt im heutigen Europa. Jhering's Jahrbücher*, t. XXV.

(1) Ci-dessous, § 12, 35.

gation normale de la famille ; c'est à ce mariage seul que la puissance paternelle est attachée, comme en étant l'effet voulu et même en une certaine mesure le but. Il n'y a de vrai père ni de vrai fils que dans le juste mariage, et l'on doit ajouter, pour l'ancien temps : dans le juste mariage des patriciens (1), avec puissance maritale, parce que, originellement, la puissance maritale était inséparable du mariage ; quand le mariage *sine manu* fut reconnu légitime à côté du mariage *cum manu*, la puissance paternelle en résulta comme de celui-ci (2).

Les enfants issus d'une autre relation, même ceux qui sont nés d'un mariage véritable, mais de droit des gens, ne sont pas *filii familias* ; leur *genitor* n'est pas leur père au sens civil et propre du mot.

Hors mariage, les Romains ne connaissaient aucune paternité, sauf toutefois, à partir d'Auguste et en une mesure limitée, dans l'alliance inférieure appelée concubinat.

(1) *Patricii, patres*. Comparez Mommsen, t. VI, p. 13.

(2) Ci-dessous, § 16, 52. D'après une conception très générale, ce n'est point parce qu'il les a engendrés que le père est maître de ses enfants, mais parce qu'il est le maître de leur mère, et que l'enfant, d'où qu'il provienne, doit lui appartenir comme le croît appartient au maître de la génisse et la récolte au propriétaire du champ. Cette conception se trouve chez les Slaves, les Celtes d'Irlande d'après le livre d'Aicill, les Germains, dans les lois de Manou et même chez les Grecs. Dans l'Inde cependant, le mariage a revêtu d'ancienne date un caractère élevé, notamment quant à la situation de la femme, compagne et sur divers points égale du mari, et ce caractère s'est maintenu et accentué à Rome. Comparez Leist, *Jus gentium*, § 19, et Kohler, dans la *Revue de Bernhæft*, t. V.—Dargun, *Mutterrecht*, p. 43 et s.—Bernhæft, § 35.

La règle : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, découle nécessairement de l'organisation de la famille romaine et aryenne, et de la qualité de père et de maître (1).

Selon les jurisconsultes classiques, lesquels invoquaient Hippocrate, l'enfant est procréé et conçu dans le mariage, s'il n'est venu au monde ni avant le 182^e jour à partir de la célébration, ni après le 300^e depuis la dissolution (2). Il n'y avait d'exception à la pater-

(1) Telle est la raison d'être historique de cette règle.

A une époque où, dans des circonstances bien différentes, l'origine en était oubliée, la règle a été maintenue; elle a passé dans les législations modernes, et l'on en trouve une raison juridique dans les considérations suivantes :

La paternité est, comme la maternité, un fait matériel. C'est le fait d'être le père, c'est-à-dire ici le générateur. Mais, tandis que la maternité se manifeste par la naissance, fait visible, ordinairement constaté ou constatable, la paternité est souvent un mystère ou du moins un secret, qu'il est difficile de pénétrer. Or, cette certitude matérielle qui ne peut être obtenue, on la remplace par une certitude morale et légale, qui résulte du mariage. Et ainsi se trouve théoriquement justifié le principe que le Code Napoléon a exprimé avec plus de précision en ces termes : « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari ». (Code Napoléon, 312.) On peut assurer qu'à Rome, au moins dans ce qu'on appelle la bonne époque, la certitude morale et légale était presque toujours en même temps une certitude matérielle. Les mœurs nationales étaient austères, la chasteté de la matrone est passée en proverbe; l'adultère était rigoureusement puni, et si le mari avait des doutes ou des soupçons, il usait de son droit en ne relevant pas l'enfant, en l'exposant. Cidessous § 8, 22.

Sur l'origine aryenne de la règle et sur sa nécessité : Leist, *Jus gentium*, § 17.

(2) Il est reconnu aujourd'hui que ce délai peut, très excep-

nité du mari que si celui-ci avait été absent, c'est-à-dire matériellement éloigné de sa femme, aux époques indiquées par ces délais; une doctrine moins rigoureuse, soutenue par Ulpien et reçue dans les Pandectes, admettait d'autres motifs encore d'impossibilité physique de cohabitation conjugale, tels que maladie ou infirmité (1).

Pour que la puissance paternelle naisse en faveur du mari immédiatement et sur le champ, il faut qu'il soit *sui juris*, *paterfamilias* lui-même. S'il était soumis à la puissance de son père ou de son aïeul, ses enfants y seraient soumis également, et il n'acquerrait la puissance paternelle sur eux qu'au moment où sa propre sujétion prendrait fin (2).

Paul, L. 5 *De in jus vocando* 2, 4: Pater vero is est, quem nuptiæ demonstrant. — Aulu Gelle, 3, 16 :.. Quoniam decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo scripsissent. — Ulpien, L. 3, § 11 *De suis et legitimis* 38, 16: Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem. § 12. De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit,

tionnellement, être trop court. En droit commun actuel, l'enfant né après le 300^e jour n'est pas présumé légitime, mais il est admis à établir sa conception dans le mariage. Les anciens Aryens admettaient l'année de dix mois. Leist, *Jus gentium*, § 42. *Rechtsgeschichte*, § 8.

(1) D'après le sénatus-consulte Plancien (§ 3, 7), la femme divorcée devait déclarer sa grossesse dans les trente jours après le divorce; l'omission invalidait la présomption de paternité. L. 1-3 *De agnoscendis et alendis* 25, 3.

(2) Ci-dessus, § 2, 4.

et divus Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum, nec videri in servitutum conceptum, cum mater ipsius ante centensimum octogensimum secundum diem esset manumissa. — Paul, L. 12 *De statu hominum* 1, § : Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis, et ideo credendum est eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse. — Ulpian, L. 6 *De his qui sui vel alieni juris sunt* 1, 6 : Filium eum definimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur. Sed si fingamus afuisse maritum verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium.

Non tamen ferendum Julianus ait eum, qui cum uxore sua adsidue moratus nolit filium agnoscere quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine pater familias fuit ut generare non possit, hunc (*huic* ?), qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse. — Papinian, L. 12 § 9 *Ad legem Juliam de adulteriis* 48, § :.... Non utique crimen adulterii, quod mulieri objicitur, infanti præjudicat, cum possit et illa adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse. — Gaius, I, 55 : Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos justis nuptiis procreavimus.. 56. (Itaque liberos suos in potestate habent cives Romani) si cives Romanos uxores duxerint, vel etiam Latinas peregrinasve cum quibus conubium habeant; cum enim conubium id efficiat, ut liberi patris condicionem sequantur, evenit ut non modo cives Romani fiant, sed et in potestate patris sint — 87. Quibus autem casibus matris et non patris condicionem sequitur qui nascitur, hisdem casibus in potestate eum patris, etiamsi civis Romanus sit, non esse, plus quam manifestum est.

Outre la procréation en juste mariage, mode naturel de fondation de la puissance paternelle romaine, il existait encore des modes artificiels ou juridiques : la *causæ probatio* et la légitimation, et l'adoption. Il en sera parlé aux prochains paragraphes.

§ 6. — La *causæ probatio* et la légitimation (1).

16. *Causæ probatio*. — 17. Légitimation d'enfants naturels.

16. — Lorsqu'un Latin devenait citoyen, par exemple au moyen de l'*anniculi causæ probatio* ou du *majus vel minus Latium*, il acquérait par ce fait même la puissance paternelle (2) sur ses enfants ; l'empereur pouvait aussi conférer cette puissance au pérégrin qui obtenait le droit de cité.

Ce sont là des cas où des enfants issus d'un mariage du droit des gens sont mis dans l'état où ils seraient s'ils étaient nés en juste mariage (3). Un autre cas était l'*erroris causæ probatio* : un citoyen ayant épousé une

(1) Ce terme n'est pas romain. — On distingue la *legitimatio plena* et la *minus plena*. Cette dernière est étrangère au droit romain, elle consiste dans la suppression de la tache de bâtardise, que les Romains ne connaissaient pas.

Bethmann Hollweg, *De causæ probatione*, 1820.

(2) La puissance latine était élevée au rang de puissance civile. Loi de Salpensa, 21 : Qui quaeque in potestate parentium fuerint. 22 : Ut qui civitatem Romanam consequantur, maneant in eorundem mancipio manu potestate.

(3) Ci-dessous, § 12, 35.

pérégrine, dont il ignorait la pérégrinité, pouvait, en vertu d'un sénatus-consulte du commencement de l'ère impériale, en justifiant de son erreur devant le préteur, acquérir la puissance sur son enfant. Tout cela, longuement traité par Gaius, n'a pu survivre à la généralisation du droit de cité.

Gaius, I, 65 : Aliquando autem evenit, ut liberi qui statim ut nati sunt parentum in potestate non fiant ii postea tamen redigantur in potestatem. 66. Veluti si Latinus ex lege Ælia Sentia uxore ducta filium procreaverit aut Latinum ex Latina aut civem Romanum ex cive Romana, non habebit eum in potestate, sed si postea causa probata jus Quiritium consecutus fuerit, simul eum in potestate sua habere incipit. 67. Item si civis Romanus Latinam aut peregrinam uxorem duxerit per ignorantiam, cum eam civem Romanam esse crederet, et filium procreaverit, hic non est in potestate ejus, quia ne quidem civis Romanus est, sed aut Latinus aut peregrinus, id est ejus condicionis cujus et mater fuerit, quia non aliter quisque ad patris condicionem accedit, quam si inter patrem et matrem ejus conubium sit; sed ex senatusconsulto permittitur causam erroris probare, et ita uxor quoque et filius ad civitatem Romanum perveniunt et ex eo tempore incipit filius in potestate patris esse. Idem juris est si eam per ignorantiam uxorem duxerit quæ dediticiorum numero est, nisi quod uxor non fit civis Romana. 68-77, 87. — 93. Si peregrinus sibi liberisque suis civitatem Romanam petierit, non aliter filii in potestatem redegerit, quod ita demum is facit, si causa cognita æstimaverit, hoc filiis expedire. 94. Item si quis cum uxore prægnante civitate romana donatus sit, quamvis is qui nascitur... civis romanus sit, tamen in potestate patris non fit; idque subscriptione divi Hadriani

significatur. 95. Alia causa est eorum, qui Latii jure cum liberis suis ad civitatem Romanam perveniunt ; nam horum in potestate fiunt liberi...

17. — Sous les empereurs chrétiens, il est divers cas où un enfant naturel *sensu stricto*, c'est-à-dire issu d'un concubinat (1), est assimilé aux enfants procréés en justes noces, de telle sorte que son père acquiert sur lui la puissance paternelle. C'est ce que les modernes appellent la légitimation.

Une loi de Constantin, qui n'a pas été conservée, mais que Zénon a confirmée en 477, a créé la légitimation par mariage subséquent. Justinien en a fait une institution régulière et permanente (2).

Théodose II, en l'an 443, a créé la légitimation par destination du fils à la dignité onéreuse de membre de la curie, c'est-à-dire de l'aristocratie municipale, responsable des impôts. C'est la légitimation *per curiae oblationem*.

Enfin, par une novelle de 538, Justinien a introduit la légitimation par un acte de grâce du souverain, *per rescriptum principis*, octroyé sur supplique du père ou, celui-ci mort, de la mère, ou de l'enfant naturel lui-même. L'empereur pouvait aussi tenir compte du désir exprimé par le père dans son testament, ce que l'on a nommé à tort légitimation testamentaire (3).

(1) Ci-dessous, § 12, 39.

(2) Wolf, *Legitimatio per subsequens matrimonium nach Justinianischem Recht*. 1881.

(3) Le concubinat romain étant inconnu au droit moderne, la légitimation a été étendue à tous les bâtards, enfants naturels

La légitimation par mariage s'opère de plein droit. Le mariage rend légitime l'enfant né dans le concubinat, ainsi que l'enfant conçu dans le concubinat et né dans le mariage.

La légitimation par rescrit a lieu seulement lorsque le père n'a point d'enfant légitime et que le mariage n'est d'ailleurs pas possible.

D'après la novelle 89 de Justinien, la puissance paternelle n'était point imposée à l'enfant ; il fallait son

dans le sens actuel du mot. Cette extension est consacrée en droit byzantin par les Basiliques, selon lesquelles tous les bâtards peuvent être légitimés par mariage subséquent, sauf ceux qui sont nés *ex damnato coitu*, les adultérins et les incestueux. — Le droit canonique de l'Occident a consacré la même extension pour cette légitimation, qui est actuellement appliquée partout, sauf dans les pays de droit anglais. La décrétale d'Alexandre III, transcrite ci-après, excluait de la légitimation les enfants adultérins, parce que le mariage était interdit entre l'adultère et son complice ; l'interdiction supprimée, les adultérins paraissent légitimables selon le droit canonique. *Infra*, § 14, 48. Le Code Napoléon, art. 331, exclut formellement les enfants incestueux et les adultérins.

Le Code Napoléon ne connaît que la légitimation par mariage subséquent, laquelle, en revanche, est inconnue en Angleterre. Les législations allemandes, comme les Codes italien et néerlandais, ont aussi la légitimation par rescrit du prince. Certains pays ont encore d'autres légitimations, ainsi la testamentaire. — Comparez Viollet, p. 394-401.

La légitimation d'aujourd'hui a, tout au moins dans les pays du Code Napoléon, une portée fort différente de celle qu'a la légitimation romaine. Ce n'est plus la puissance paternelle qu'elle confère, et ce n'est plus le père qui en bénéficie ; elle donne à l'enfant né hors mariage la qualité d'enfant né dans le mariage.

consentement ou, s'il était impubère, celui de son tuteur.

§ 13, I. *De nuptiis* I, 10 : Aliquando autem evenit, ut liberi quidem statim, ut nati sunt, in potestate parentum non fiant, postea autem redigantur in potestatem, qualis est is qui, dum naturalis fuerat, postea curiæ datus potestati patris subjicitur, necnon is qui a muliere libera procreatus, cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione dotalibus instrumentis compositis, in potestate patris efficitur : quod et alii si ex eodem matrimonio non fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit.

Tit. C. *De naturalibus liberis et matribus eorum et ex quibus causis justi efficiuntur*, 5, 87.

Zénon, L. 5 *De naturalibus liberis* : Divi Constantini, qui veneranda Christianorum fide Romanum munivit imperium, super ingenuis concubinis ducendis uxoribus, filiis quin etiam ex iisdem vel ante matrimonium vel postea progenitis suis ac legitimis habendis, sacratissimam constitutionem renovantes jubemus eos, qui ante hanc legem ingenuarum mulierum (nuptiis minime intercadentibus) electo contubernio cujuslibet sexus filios procreaverunt, quibus nulla videlicet uxor est, nulla ex justo matrimonio legitima proles suscepta, si voluerint eas uxores ducere, quæ antea fuerant concubinæ, tam conjugium legitimum cum hujus modi mulieribus ingenuis, ut dictum est, posse contrahere, quam filios utriusque sexus ex earundem mulierum priore contubernio procreatos, mox quam nuptiæ cum matribus eorum fuerint celebratæ, suos patri et in potestate fieri et cum his, qui postea ex eodem matrimonio suscepti fuerint, vel solos, si nullus alius deinde nascatur, tam ex testamento

volentibus patribus etiam ex integro succedere quam ab intestato petere hereditatem paternam... (477).

Justinien, L. 10 même titre: Cum quis a muliere libera et cujus matrimonium non est legibus interdictum, cujusque consuetudine gaudebat, aliquos liberos habuerit, minime dotalibus instrumentis compositis, postea autem ex eadem adfectione et jam ad nuptialia pervenerit instrumenta et alios iterum ex eodem matrimonio liberos procreaverit, ne posteriores liberi, qui post dotem editi sunt, sibi omne paternum patrimonium vindicare audeant quasi justi et in potestate effecti, fratres suos, qui ante dotem fuerant nati, ab hereditate paterna repellentes, hujusmodi iniquitatem non esse ferendam censemus... Quapropter sancimus, in hujusmodi casibus omnes liberos, sive ante dotalia instrumenta editi sunt sive postea, una eademque lance trutinari et omnes suos et in potestate existere genitoribus, ut nec prior nec junior ullo habeatur discrimine, sed ii qui ex isdem majoribus procreati sunt, et simili perfruantur forma (§29). — Le même, L. 11, même titre (§30). Novelle 74. Novelle 89, ch. 8-11.

Décrétale d'Alexandre III (1172), c. 6 X. *Qui filii sint legitimi* 4, 17: Tanta est vis matrimonii, ut qui antea geniti sunt, post contractum matrimonium legitimi habeantur. Si autem vir vivente uxore sua aliam cognoverit, et ex ea prolem susceperit, licet post mortem uxoris eandem duxerit, nihilominus spurius erit filius et ab hereditate repellendus; praesertim si in mortem uxoris prioris alteruter eorum aliquid fuerit machinatus, quoniam matrimonium legitimum inter se contrahere non potuerunt (1).

Théodose et Valentinien, L. 3 C. *De naturalibus liberis* : Si

1. Les derniers mots, depuis *quoniam*, ont été retranchés lors de l'admission de la Décrétale.

quis seu liber ipse seu curiæ sit nexibus obligatus, et tradendi filios naturales, vel omnes vel quos quemve maluerit, ejus civitatis curiæ unde ipse oritur et in solidum heredes scribendi liberam ei concedimus facultatem... — Léon et Anthemius (470), L. 4, même titre: Quoniam desideria morientium ex arbitrio viventium non sine justa ratione colligimus, et is, qui naturalem filium habens hortantibus legibus ultro ad instar legitimi filii municipalibus eum voluit adgregare muneribus et donare patriæ principalem, manifestavit notumve fecit sine dubio professione certissima facultatum suarum omnium elegisse se adfectione debita successorem, etc... — Justinien, L. 9, même titre (528).

Justinien, nouvelle 74 (538), *Qui liberi pro legitimis aut naturalibus habendi sint*, ch. 2: Liceat igitur patri matrem in priori statu relinquenti... etiam sic liberis providere, et imperatori preces offerre, quæ hoc ipsum dicant, se naturales suos liberos naturæ, antiquæ ingenuitati et legitimorum juri restituere velle, quo sub potestate sua sint, nihilque a legitimis differant. Et hoc facto liberi exinde tali auxilio fruantur, nec parentem fraudare, et matrem occultantes jus legitimorum repellere possint.... § 1. Si tamen naturalium solum liberorum pater propter fortuitas quasdam causas id non fecerit, moriens vero in uno ex prædictis casibus in testamento scripserit, se velle ut liberi legitimi sint sibi que succedant, etiam hujus rei licentiam ei concedimus, modo liberi post mortem patris etiam sic supplicent et hoc doceant, et testamentum patris ostendant, et quatenus eos pater heredes scripserit heredes existant, et hoc ab Imperatore consequantur, ut id, quod agitur, patris simul et Imperatoris donum sit, vel, quod idem est, naturæ simul et legis. Atque hæc dicimus, nihil ex prioribus modis legitimis tollescentes, sed et hunc addentes, in quibus eos accipere non licet. Legitimis enim existentibus et naturalibus postea

vel antea natis, nequaquam jus legitimorum illis tribuatur, nisi omnino per constitutiones nostras, quæ modum dotalium instrumentorum introduxerunt.

§ 7. — L'adoption (1).

18. En général. — 19. Adrogation. — 20. *Datio in adoptionem*. —
21. Principes communs.

18. — L'adoption, comme le nom l'indique, est l'acte au moyen duquel un père de famille se choisit une per-

(1) Schœnberg, *De adoptione, qualis apud Romanos fuerit*. 1860. L'adoption présente, selon les temps et les pays, d'extrêmes diversités d'intention et d'importance.

Dans le droit des Sûtras, les père et mère adoptifs veulent procurer au culte familial un continuateur que leur mariage stérile ne peut lui donner, et tel est sans doute le caractère originaire de l'adoption romaine, caractère auquel le développement de la puissance paternelle a substitué celui de l'acquisition de cette puissance. De même en Grèce. — Leist, *Jus gentium* § 16. — Schulz, *Das griechische Testament*. 1882. — Hermann, t. III, § 64. — Chez les Perses, l'adoption est fréquente et c'est un acte militaire. Dareste, p. 110. — En Norwège, elle sert de légitimation. Dareste, p. 329. — Les Germains, auxquels le testament est inconnu, y voient le moyen de se procurer un héritier ; c'est là le caractère du *thinx* lombard et de l'*affatomie* des Francs Saliens. Heusler, § 194.

Après la chute de l'Empire d'Occident, on continua, en France, d'adopter devant les curies municipales, concurremment avec les modes germaniques. Puis l'adoption tomba en désuétude. Quelques coutumes l'excluent. Viollet, p. 401-408. Le Code prussien la consacre, et c'est à lui plutôt qu'au droit romain que le Code civil l'a empruntée.

Complètement étrangère à plusieurs pays, peu usitée dans la plupart, il est manifeste que cette institution antique, jadis si

sonne afin d'en faire son enfant comme s'il l'avait procréée en juste mariage, et d'avoir en conséquence sur elle la puissance paternelle. Primitivement, le but essentiel était de donner un continuateur à la famille, au nom, au culte des ancêtres, et l'on n'adoptait que des personnes du sexe masculin.

On peut adopter, non seulement en qualité d'enfant, mais aussi de petit-enfant, même *ex filio incerto*.

L'adopté entre dans la famille agnatique de l'adoptant ; grâce à une fiction il est aussi considéré comme cognat de ses nouveaux agnats.

L'adoption prenait le nom particulier de *adrogatio* lorsque l'adopté était lui-même *sui juris* ; le nom d'*adoptio*, dans un sens étroit, demeurant réservé au cas où un enfant sous puissance était donné en adoption par son père de famille. Rien ne s'opposait, à l'origine, à ce qu'un citoyen adrogeât son propre enfant, soit enfant naturel *sensu stricto*, soit bâtard ; mais Justin l'interdit en 549, et Justinien a confirmé cette interdiction, au moins en principe.

Outre l'adoption destinée à fonder la puissance paternelle, il y avait des cas spéciaux d'adoption ou adrogation improprement dite : l'adrogation par testament, institution testamentaire avec la déclaration que l'institué devra être considéré comme fils du testateur (1), pro-

grande, n'a presque plus de raison d'être aujourd'hui, dans notre civilisation occidentale.

(1) Exemple célèbre : l'adoption d'Octave par César. — Brisson a donné de nombreux exemples dans son traité *De formulis*. — Cuq, p. 236. M. Cuq voit dans l'institution *sub condicione*

blement imitation de Grèce ; — l'adrogation d'un patricien par un plébéen, en vue du tribunat (1) ; — l'*adoptio regia*, par laquelle l'empereur nommait son successeur au trône (2).

Tit. D. 1, 7 *De adoptionibus et emancipationibus*. C. 8, 48 *De adoptionibus*. I. 1, 11 *De adoptionibus*. 3, 10 *De acquisitione per adrogationem*. — Aulu-Gelle, 5, 19 : Cum in alienam familiam inque liberorum locum extranei sumuntur, aut per prætorem fit, aut per populum. Quod per prætorem fit, adoptio dicitur, quod per populum, adrogatio. — Gaius, 1, 98, 99 : Populi auctoritate adoptamus eos qui sui juris sunt : quæ species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is qui adoptat rogatur, id est interrogatur, an velit eum quem adoptaturus sit, justum sibi filium esse ; et is qui adoptatus rogatur, an id fieri patiatur ; et populus rogatur, an id fieri jubeat. Imperio magistratus adoptamus eos qui in potestate parentum sunt, sive primum gradum liberorum obtineant, qualis est filius et filia, sive inferiorem, qualis est nepos neptis, pronepos, proneptis. — Pr. I. *De adoptionibus* : Adoptio autem duobus modis fit, aut principali rescripto, aut imperio magistratus. Imperatoris auctoritate adoptamus eos easve qui quæve sui juris sunt, quæ species adoptionis dicitur adroga-

nominis ferendi une adoption testamentaire transformée. Gaius, L. 63 § 10 *Ad SCtum Trebellianum* 36, 1. — Testament de Dasumius. — Droit grec, Schulin, *Das griechische Testament*, p. 17-25.

(1) *Transitio ad plebem*. Exemple célèbre : Clodius. Probablement cette adrogation avait lieu avec un pacte de fiducie et des réserves quant au nom, au droit de succession et aux *sacra*. — Lange, *Ueber die Transitio ad plebem*, 1864. — Mommsen, *Römische Forschungen*, I. — Jhering, t. IV, § 68. — Dernburg, *Rheinisches Museum*, t. XX. — Willems, p. 71. — Cicéron, *Pro domo*, 13, 14.

(2) Kuntze, *Excuse*, 2^e édition, p. 291-294. *Appellatio Cæsaris. Consortium imperii*. — Jhering, à l'endroit cité.

tio... — Modestin, L. 1, pr. § 1 *De adoptionibus*. — Pomponius, L. 7, même titre.

Paul, L. 23, même titre : Qui in adoptionem datur, his quibus adgnascitur et cognatus fit, quibus vero non adgnascitur nec cognatus fit : adoptio enim non jus sanguinis, sed jus adgnationis adfert. Et ideo si filium adoptavero, uxor mea illi matris loco non est, neque enim adgnascitur ei, propter quod nec cognata ejus fit : item nec mater mea aviæ loco ei est, quoniam his, qui extra familiam meam sunt, non adgnascitur : sed filiæ meæ is quem adoptavi frater fit, quoniam in familia mea est filia : nuptiis tamen etiam eorum prohibitis.

Justin, L. 7 C. *De naturalibus liberis* 5, 27, — § 1 : Naturalibus insuper filiis seu filiabus ex cujuslibet mulieris cupidine non incesta non nefaria procreatis et in paterna per adrogationem seu per adoptionem sacra susceptis ex divinis jussionibus... non sine ratione duximus suffragandum, ut adoptio seu adrogatio firma permaneat, nullis prorsus improbanda quæstionibus... § 3. In posterum vero sciant omnes legitimis matrimoniis legitimam sibi posteritatem quærendam.. Injusta namque libidinum desideria nulla de cetero venia defendet, nullum sublevabit novum adminiculum præter anteriorum dispositionum ordinem, non ante lata sanctio, quam ex hoc die resecandam pia suggesserit ratio, non adrogationum vel adoptionum prætextus, quæ ulterius minime ferendæ sunt, etc..... — Ulpian, L. 46 *De adoptionibus* : In servitute mea quæsitus mihi filius in potestatem meam redigi beneficio Principis potest : libertinum tamen eum manere non dubitatur. — Justinien, nouvelle 74, ch. 3 ; nouvelle 89, ch. 7.

Suétone, *César*, 83 : Novissimo testamento tres instituit heredes, sororum nepotes, C. Octavium ex dodrante, et L. Pi-

narium et Q. Pedium ex quadrante reliquo : in ima cera C. Octavium etiam in familiam nomenque adoptavit. *Auguste*, 4. *Tibère*, 6 : Post reditum in Urbem a M. Gallio senatore testamento adoptatus, hereditate adita mox nomine abstinuit, quod Gallius adversarum Augusto partium fuerat.

19. — L'adrogation avait lieu, selon l'ancien droit, par une loi votée en comices curiates (1) ; sous l'empire, elle se faisait devant les pontifes et, plus tard, par un rescrit impérial enregistré en justice (2).

Elle était précédée d'une enquête, que les pontifes instruisaient, dans l'intérêt de l'adrogé et aussi de ses créanciers, et suivie d'une *detestatio sacrorum* de la part de l'adrogé, lequel renonçait solennellement à sa famille et au culte familial (3).

Dans le principe l'adrogé devait être pubère ; l'adrogation était un acte public, où il jouait un rôle actif, et l'impubère ne prenait point part aux comices. Pour le même motif, les personnes du sexe féminin ne purent être adrogées aussi longtemps que l'adrogation se fit devant le peuple. Antonin le Pieux permit l'adrogation de l'impubère *infantia major* ; le consentement de son tuteur était nécessaire, et l'adrogeant devait promettre, avec caution, que si l'adrogé mourait avant d'avoir atteint sa puberté, ses biens seraient restitués à ceux qui auraient été ses héritiers sans l'adrogation. L'impubère

(1) L'adrogation, *apud populum*, a son similaire dans l'adoption athénienne, *εἰσποιήσις*. — Leist, *Rechtsgeschichte*, § 26.

(2) Bruns, *Syrisch-ræmisches Rechtsbuch*, p. 222.

(3) Ci-dessus, § 2, 6.

acquérait par l'adrogation un droit fixe au quart de la succession de l'adrogeant, *quarta divi Pii* (1).

L'adrogeant ne doit plus être en âge d'engendrer ; on admettait généralement la limite d'âge de soixante ans (2).

L'adrogation confère à l'adrogeant la puissance paternelle sur l'adrogé, lequel subit une diminution de chef ; son patrimoine est acquis à l'adrogeant par succession universelle. Il est vrai que, selon la rigueur du droit civil, ses dettes étaient éteintes, mais le préteur accordait une restitution en entier, en donnant aux créanciers les actions avec la fiction *si capite minutus non esset* (3).

Cicéron, *Pro domo*, 13 : Quæ deinde causa cuique sit adoptionis, quæ ratio generum ac dignitatis, quæ sacrorum, quæri a pontificum collegio solet. Quid est horum in ista adoptione quæsitum ? Adoptat annos viginti natus, etiam minor, senatorem. Liberorumne causa ? At procreare potest. Habet uxorem ; suscepit etiam liberos. Exheredabit igitur pater filium. Quid ? Sacra Clodiæ gentis cur interierunt, quod in te est ? Quæ omnis notio pontificum, quum adoptarere, esse debuit. 14. Ita ut ne quid aut de dignitate generum aut de sacrorum religione minuatur.

Gaius, 1, 99. Pr. I. *De adoptionibus*. *Supra* 18. — Tacite, *Hist.*, 1, 15 : Igitur Galba, adprehensa Pisonis manu, in hunc modum locutus fertur : « Si te privatus lege curiata apud pontifices, ut mos est, adoptarem... » (70). — Dioclétien et Maximien, L. 2 § 1 C. *De adoptionibus* : Adrogatio etenim

(1) *Traité des successions*, § 35.

(2) Ci-dessous, § 12, 38.

(3) Lenel, § 42.

ex indulgentia principali facta proinde valet apud prætorem vel præsidem intimata, ac si per populum jure antiquo facta esset (286). — Les mêmes, L. 8, même titre :... Sui juris adrogatio feminae nisi ex nostro rescripto numquam procedit (294). — Les mêmes, L. 6, même titre : Adrogationes eorum, qui sui juris sunt, nec in regia urbe nec in provinciis nisi ex rescripto principali fieri possunt (293).

Aulu Gelle, 5, 19 : Sed adrogationes non temere nec inexplorate committuntur : nam comitia, arbitris pontificibus, præbentur, quæ curiata appellantur, ætasque ejus, qui adrogare vult, an liberis potius gignundis idonea sit, bonaque ejus, qui adrogatur, ne insidiosè adpetita sint, consideratur, jusque jurandum a Q. Mucio pontifice maximo conceptum dicitur, quod in adrogando juraretur. Sed adrogari non potest, nisi jam vesticeps. Adrogatio autem dicta, quia genus hoc in alienam familiam transitus per populi rogationem fit. Ejus rogationis verba hæc sunt : « Velitis, jubeatis, uti L. Valerius, L. Titio tam jure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset, ei vitæ necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Hæc ita uti dixi, ita vos Quirites rogo ». Neque pupillus autem neque mulier, quæ in parentis potestate non est, adrogari possunt...

Ulpien, L. 15 § 2 *De adoptionibus* : In adrogationibus cognitio vertitur, num forte minor sexaginta annis sit qui adrogat, quia magis liberorum creationi studere debeat : nisi forte morbus aut valetudo in causa sit aut alia justa causa adrogandi, veluti si conjunctam sibi personam velit adoptare. § 3. Item non debet quis plures adrogare nisi ex justa causa, sed nec libertum alienum, nec majorem minor. — Le même, L. 17, même titre : Nec ei permittitur adrogare, qui tutelam vel curam alicujus administravit, si minor XXV annis sit qui adrogatur, ne forte eum ideo adroget, ne rationes reddat. Item inquirendum est, ne forte turpis causa ad-

rogandi subsit. § 2. Et primum quidem excutiendum erit, quæ facultates pupilli sint et quæ ejus, qui adoptare eum velit, ut æstimetur ex comparatione earum, an salubris adoptio possit pupillo intelligi : deinde cujus vitæ sit is, qui velit pupillum redigere in familiam suam : tertio cujus idem ætatis sit... § 4. Interdum et ditiores permittetur adoptare pauperiori, si vitæ ejus sobrietas clara sit vel affectio honesta nec incognita. § 5. Satisfactio autem in his casibus dari solet.

§ 3, 1. *De adoptionibus* : Cum autem impubes per principale rescriptum adrogatur, causa cognita adrogatio permittitur, et exquiritur causa adrogationis, an honesta sit expediatque pupillo, et cum quibusdam condicionibus adrogatio fit, id est ut caveat adrogator personæ publicæ, hoc est tabulario, si intra pubertatem pupillus decesserit, restitutum se bona illis qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent. Item non alias emancipare eos potest adrogator, nisi causa cognita digni emancipatione fuerint et tunc sua bona eis reddat. Sed et si decedens pater eum exheredaverit vel vivus sine justa causa eum emancipaverit, jubetur quartam partem ei suorum bonorum relinquere, videlicet præter bona quæ ad patrem adoptivum transtulit et quorum commodum ei adquisivit postea. — Ulpian, L. 1 § 24 *De collatione bonorum* 37, 6 : Si impubere adrogato secundum Divi Pii rescriptum quarta debetur, videndum est, an, si patris naturalis bonorum possessionem petat, conferre quartam debeat... — Dioclétien et Maximien L. 2 pr. C. *De adoptionibus*.

Gaius, 1, 100, 101 : Item per populum feminae non adoptantur, nam id magis placuit : apud prætorem vero vel in provinciis apud proconsulem legatumve etiam feminae solent adoptari. 102. Item inpuberem apud populum adoptari aliquando prohibitum est, aliquando permissum est : (nam)

nunc ex epistula optimi imperatoris Antonini quam scripsit pontificibus, si justa causa adoptionis esse videbitur, cum quibusdam condicionibus permissum est. Apud prætorem vero, et in provinciis apud proconsulem legatumve cujuscumque ætatis (personas) adoptare possumus.

Gaius, 4, 38 : Præterea aliquando fingimus adversarium nostrum capite deminutum non esse : nam si ex contractu nobis obligatus obligatave sit et capite deminutus deminutave fuerit, velut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit jure civili debere nobis, nec directo intendi potest, dare eum eamve oportere ; sed ne in potestate ejus sit jus nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamve actio utilis rescissa capitis deminutione, id est in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse. 3, 82-84. Ci-dessous, § 15, 49. — Tit. D. 4, 5 *De capite minutis*.

§ 1, I. *De acquisitione per adrogationem* : Ecce enim cum paterfamilias sese in adrogationem dat, omnes res ejus corporales et incorporales quæque ei debitæ sunt, adrogatori ante quidem pleno jure acquirebantur, exceptis his quæ per capitis deminutionem pereunt.... § 2. Nunc autem nos eandem acquisitionem, quæ per adrogationem fiebat, coartavimus ad similitudinem naturalium parentum : nihil etenim aliud nisi tantummodo ususfructus tam naturalibus patribus quam adoptivis per filiosfamilias acquiritur in his rebus, quæ extrinsecus filiis obveniunt, dominio eis integro servato.... — Gaius, L. 21 *De adoptionibus* : Nam et feminæ ex rescripto principis adrogari possunt.

20. — En cas de *datio in adoptionem*, un enfant sous puissance, de l'un ou de l'autre sexe, était donné par son père de famille à un autre, qui en devenait le père (1).

(1) Dans l'ancien droit hindou, ce sont les père et mère qui

Cela avait lieu à l'origine par un acte public, aux comices (1). L'interprétation des Douze Tables attribua le même effet à un acte privé des deux pères. Cet acte était complexe : la puissance du premier père était éteinte, conformément à la loi des Douze Tables, au moyen de trois mancipationes et de deux manumissions, et la puissance du père nouveau créée par cession *in jure* ; il suffisait d'une seule mancipation pour l'adoption d'une fille ou comme *quasi nepos*, *pronepos* etc. Telle était la forme usitée au temps des jurisconsultes classiques (2). On en dressait un acte, pour preuve, et cet acte, fait à l'audience du président, juge ordinaire, fut à un certain moment considéré comme suffisant. Justinien a consacré l'usage en prescrivant, par constitution de l'an 530, que l'adoption doit se faire au moyen d'une déclaration du père faite et enregistrée en justice, en présence du père adoptif et de l'enfant, lequel doit être consentant (3).

L'adoption produisait une diminution de chef ; chan-

donnent l'enfant en adoption, comme ce sont les père et mère qui adoptent.

Jadis on a pu donner en adoption un esclave. Aulu-Gelle, 5, 19, transcrit au texte.

Peut-être est-il permis de voir dans l'adoption un moyen par lequel les plébéiens ont pu se créer un héritier avant l'introduction du testament *per æs et libram*. — Cuq, p. 240.

(1) Il en était ainsi en Grèce : *suprà*, 19.

(2) Voir ci-après, § 8, 22. Certaines cérémonies paraissent avoir été d'usage, comme beaucoup plus tard encore en divers pays, pour indiquer l'imitation de la nature. Pline, *Panegyrique*, 8 : Non tua in cubiculo, sed in templo, nec ante genialem torum, sed ante pulvinar Jovis O. M. adoptio peracta est.

(3) Bruns, *Syrisch-ræmisches Rechtsbuch*, p. 223.

geant de puissance, l'enfant changeait de famille. Mais Justinien a transformé radicalement l'institution toute entière, en restreignant le plein effet de l'adoption au seul cas où l'adoptant est un ascendant de l'adopté ; cette adoption est qualifiée *adoptio plena*. Dans tous les autres cas, la puissance n'est point déplacée ; l'adopté acquiert simplement le droit de succéder *ab intestat* au père adoptif, comme héritier de première classe (1) ; il se forme en outre des empêchements au mariage (2), et le père adoptif a un droit sur l'éducation de l'enfant ; l'adoption est dite *minus plena*.

Gaius, I, 134 :... Et duæ intercedentes manumissiones proinde fiunt, ac fieri solent, cum ita eum pater de potestate dimittit, ut sui juris efficiatur. Deinde aut patri remancipatur, et ab eo is qui adoptat, vindicat apud prætorem filium suum esse, et illo contra non vindicante (a) prætore vindicanti filius addicitur : aut non remancipatur patri, sed ab eo vindicatis qui adoptat, apud quem in tertia mancipatione est : sed sane commodius est patri remancipari : in ceteris vero liberorum personis, seu masculini seu feminini sexus, una scilicet mancipatio sufficit, et aut remancipantur parenti aut non remancipantur. Eadem et in provinciis apud præsidem provinciæ solent fieri. — Aulu Gelle, 5, 19 : Adoptantur autem, cum a parente, in cujus potestate sunt, tertia mancipatione in jure ceduntur atque ab eo, qui adoptat, apud eum, apud quem legis actio est, vindicantur..... Libertinos vero ab ingenuis adoptari quidem jure posse, Masurius Sabinus scripsit. Sed id neque permitti dicit, neque permittendum esse umquam putat, ut homines libertini or-

(1) *Traité des successions*, § 26.

(2) *Infrà*, § 14, 47.

dinis per adoptiones in jura ingenuorum invadant. « Alioquin », inquit. « si juris ista antiquitas servetur, etiam servus a domino per prætorem dari in adoptionem potest ». Idque ait plerosque juris veteris auctores posse fieri scripsisse. — Dioclétien et Maximien, L. 4 C. *De adoptionibus* : Adoptio non tabulis, licet per tabellionem conficiendis, sed sollenni juris ordine apud præsidem solet copulari (290). — Justinien, L. 11, même titre : Veteres circuitus in adoptionibus, quæ per tres emancipationes et duas manumissiones in filio aut per unam emancipationem in ceteris liberis fieri solebant, corrigentes sive tollentes censemus licere parenti, qui liberos in potestate sua constitutos in adoptionem dare desiderat, sine vetere observatione emancipationum et manumissionum hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem judicem manifestare, præsentem et eo qui adoptatur et non contradicente, nec non eo qui eum adoptat (530).

Justinien, L. 10 C. *De adoptionibus* (530). — § 2, I. *De adoptionibus* : Sed hodie ex nostra constitutione, cum filius familias a patre naturali extraneæ personæ in adoptionem datur, jura potestatis naturalis patris minime dissolvuntur nec quidquam ad patrem adoptivum transit nec in potestate ejus est, licet ab intestato jura successionis ei a nobis tributa sunt. Si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam paterno, vel pro avo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem : in hoc casu quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum et legitimo adoptionis modo constrictum, ut et in familia et in potestate hujusmodi patris adoptivi sit.

21. — Diverses règles sont communes aux deux espèces d'adoption, notamment celle-ci, que l'adoption imite la nature. Comme la fiction d'imitation ne doit pas être absurde, il faut que l'adoptant soit d'au moins dix-huit ans plus âgé que l'adopté (1); les eunuques, *castrati*, ne sauraient adopter, les femmes non plus (2).

Une exception a été faite sur ce dernier point, alors que l'adoption avait déjà perdu son caractère originaire.

En vertu d'un rescrit de l'an 29, il est permis à une femme d'acquérir, à l'égard d'un enfant, la situation d'une véritable mère, à titre de consolation pour la perte de ses propres enfants : *in solatium liberorum amissorum*.

Gaius, 1, 103-107. — § 4, I. *De adoptionibus* : Minorem natu non posse majorem adoptare placet : adoptio enim naturam imitatur et pro monstro est ut major sit filius quam pater. Debet itaque is, qui sibi per adrogationem vel adoptionem filium facit, plena pubertate, id est decem et octo annis præcedere. — § 9 : Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et his, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt, castrati autem non possunt. § 10. *Feminæ quoque adoptare non possunt, quia nec na-*

(1) Ce chiffre se rattache à l'ancien droit gréco-italique. Citedessous, § 14, 44.

(2) Depuis Léon le Philosophe, les femmes en Orient peuvent généralement adopter ; de même les eunuques. L'adoption ne confère plus la puissance paternelle, mais crée la relation entre enfants et parents, et confère essentiellement des droits de succession. On donne aux enfants adoptifs le beau nom de *ψυχοπαιδια*, et l'acte d'adoption a lieu sous les auspices de l'Église par une bénédiction solennelle. — Zachariæ, § 23.

turales liberos in potestate sua habent : sed ex indulgentia principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt. — Modestin, L. 40 § 1 *De adoptionibus* : Non tantum cum quis adoptat, sed et cum adrogat, major esse debet eo, quem sibi per adrogationem vel per adoptionem filium facit, et utique plenæ pubertatis : id est decem et octo annis eum præcedere debet. — Dioclétien et Maximien, L. 5 C. *De adoptionibus* : A muliere quidem, quæ nec suos filios habet in potestate, adrogari non posse certum est ; verum quoniam in solatium amissorum tuorum filiorum privignum tuum cupis in vicem legitimæ subolis obtinere, adnuimus votis tuis secundu mea, quæ adnotavimus, et eum proinde atque ex te progenitum ad fidem naturalis legitimique filii habere permittimus.

SECTION II. — *Effets de la puissance paternelle.*

§ 8. — Effets quant à la personne de l'enfant de famille.

22. Droits du père sur l'enfant. — 23. Droits publics du *filiusfamilias*.

22. — Le pouvoir du père de famille était, en principe et à l'origine, sans bornes.

En vertu d'une coutume ancienne et constante, commune à divers peuples et dont les témoignages sont nombreux, le père n'était point tenu de conserver l'enfant qui lui naissait. S'il n'en voulait pas, il le laissait à terre, où l'avait déposé, à ses pieds, l'accoucheuse ; en le laissant ainsi, il l'exposait. Si au contraire il le

relevait, il le reconnaissait par là pour son enfant (1). Ceci avait été réglé, disait-on, par Romulus, ainsi que le droit de vie et de mort et d'autres droits découlant de la puissance paternelle (2) ; depuis lors, le père fut obligé de relever, d'élever les fils et la première née des filles.

Quel que fût l'âge de l'enfant, le père pouvait le châtier. Il le jugeait en tribunal domestique, où il siégeait assisté d'un conseil de parents. Il le condamnait à mort, à la prison, à la fustigation. Il le chassait, le bannissait de sa présence, prélude fréquent de l'exhérédation (3).

Il pouvait le louer, le mettre en gage, le donner ; le vendre, soit en *mancipium*, soit en esclavage, et cela jusqu'à trois fois. Après la troisième mancipation, l'enfant, s'il était affranchi par son maître, ne retombait plus sous la puissance du père : ainsi l'a prescrit la loi

(1) De là l'emploi des expressions *tollere, suscipere liberos*, synonymes de procréer, engendrer.

La même coutume de réception ou d'exposition se retrouve ailleurs, peut-être partout. Droit germanique, Grimm, *Rechtsalterthümer*, p. 455-462. Droit grec, Hermann, t. III, § 11. Leist, *Rechtsgeschichte*, § 12. — La condition juridique de l'enfant non reçu par le père doit avoir été celle d'un bâtard, *sine patre filius*. Ci-dessus, § 3, 10.

(2) Sur la loi de Romulus : Voigt, *Leges regiae*, § 5.

(3) « Protinus e conspectu meo abito ! » Cette expulsion de la maison, *abjectio, abdicatio*, ne doit pas être confondue avec l'*ἀποχήρυξις* grecque ; ci-dessous, § 11, 33.

Sur le tribunal domestique, les fonctions judiciaires du père de famille et le *consilium propinquorum* : Jhering, t. II, § 38 ; Voigt, *Zwölf Tafeln*, § 94. Des exemples célèbres montrent des filles condamnées à mort pour manquement à la chasteté, des fils subissant le même sort pour conspiration (Brutus, 508), pour vol. — *Introduction historique*, § 57.

des Douze Tables, confirmant peut-être un droit plus ancien. Numa interdit la vente du fils marié par confarreation (1).

Diverses restrictions ont été apportées au pouvoir paternel sous les empereurs, en particulier sous les empereurs chrétiens. La mise en gage était défendue déjà du temps de Paul, sous peine de déportation du créancier. Dioclétien a supprimé le droit de vente et de donation ; Constantin rétablit le droit de vente, mais seulement en faveur du père dans la misère, pour l'enfant en tout à fait bas âge, au moment même de la naissance (*filium filiamve sanguinolentos*). Valentinien, Valens et Gratien interdirent l'exposition (2).

Le père a le droit de donner à son enfant un tuteur par acte de dernière volonté (3), et de lui nommer un substitut pupillaire (4) ; de le fiancer, de le marier (5), de dissoudre son mariage (6). Il peut le donner en adoption (7). Il pouvait jadis en faire abandon noxal ; ceci

(1) Voigt, *Leges regiae*, § 3, § 8. *Zwölf Tafeln*, § 92, § 97. — *Introduction historique*, 2^e éd., p. 169. — Ci-dessous, § 14, 33.

(2) Ces interdictions et restrictions ne paraissent pas avoir été rigoureusement observées, au moins dans les pays de l'empire d'Occident. On voit encore des ventes beaucoup plus tard dans les Gaules, et même en Italie, car je pense qu'on y peut rattacher l'édit d'Athalaric (Cassiodore, *Varia*, 8, 33), cité par M. Schulin, § 64. — Viollet, p. 419-424.

(3) Ci-dessous, § 26, 86.

(4) *Traité des successions*, § 24.

(5) Ci-dessous, § 13, § 14, 42.

(6) Ci-dessous, § 18, 63. Incontestable, même pour le fils, en droit ancien.

(7) Ci-dessus, § 7, 20.

n'est plus de droit nouveau, la responsabilité du père pour les délits de l'enfant étant tombée en désuétude sous les empereurs chrétiens (1).

La loi *Julia de adulteriis* a confirmé le droit, qui appartenait au père de toute ancienneté, de tuer sa fille prise en flagrant délit d'adultère (2).

Dans tout ceci, le pouvoir du père n'est point la toute-puissance arbitraire et capricieuse d'un despote. Magistrat domestique, il l'exerce comme une charge, et ses excès, s'il en commet, ne sont pas seulement blâmés par l'opinion publique, mais le censeur et quelquefois le peuple même les répriment et les punissent (3).

Denis, 2, 15 : Εἰς ἀνάγκην κατέστησε (ὁ Ῥωμύλος) τοὺς οἰκήτορας ἅπασαν ἄρρενα γενεὰν ἐκτρέφειν, καὶ θυγατέρων τὰς πρωτογόνους, ἀποκτινύναι δὲ μηδὲν τῶν γεννωμένων νεώτερον τριετοῦς, πλὴν εἴ τι γένοιτο παιδίον ἀνάπηρον, ἢ τέρας εὐθύς ἀπὸ γονῆς. Ταῦτα δ' οὐκ ἐκώλυσεν ἐκτιθέναι τοὺς γεναμένους, ἐπιδείξαντας πρότερον πέντε ἀνδράσι τοῖς ἑγγιστα οἰκοῦσιν, ἐὰν κακείνοις συνδοκῇ. — Cicéron, *De legibus*, 3, 8: Cito ablegatus tamquam ex duodecim tabulis insignis ad deformitatem puer. — Sénèque, *De ira*, 1, 15: Portentosos foetus

(1) P. F. Girard, *Les actions noxales*, *Nouvelle Revue historique*, t. XI et XII.

(2) Ci-dessous, § 12, 36.

(3) Comparez Sénèque, texte cité en épigraphe de ce chapitre. — Denys, 2, 15. — Exemple fameux, Tite Live, 7, 4 (de l'an 360 a.C.n.): Criminique ei (L. Manlio) tribunus inter cetera dabat, quod filium juvenem, nullius probri compertum, extorrem urbe, domo, penatibus, foro, luce, congressu æqualium prohibitum, in opus servile, prope in carcerem atque in ergastulum dederit, ubi summo loco natus dictatorius juvenis cottidiana miseria disceret vere imperioso patre se natum esse.

exstinguimus, liberos quoque, si debiles monstrosique sunt, mergimus.

Valentinien, Valens, Gratien, L. 2 pr. C. *De infantibus expositis liberis et servis, et de his qui sanguinolentos emptos vel nutriendos acceperunt* 8, 51 374) : Unusquisque sobolem suam nutriat. Quod si exponendam putaverit, animadversioni quæ constituta est subiacebit. — Paul, 5, 1, 1 : Qui contemplatione extremæ necessitatis aut alimentorum gratia filios suos vendiderint, statui ingenuitatis eorum non præjudicant : homo enim liber nullo pretio æstimatur. Idem nec pignori ab his aut fiduciæ dari possunt : ex quo facto sciens creditor deportatur.

Papinien, dans la *Collation*, 4, 8 : Cum patri lex regia dederit in filium vitæ necisque potestatem. — Festus, v. *Sororium tigillum* :... Horatius interfecit eam. Et quamquam a patre absolutus sceleris erat, accusatus tamen parricidi apud II viros, damnatusque provocavit ad populum. — Valère Maxime, 5, 8. — Marcien, L. 1 *De lege Pompeia de paricidiis* 48, 9 :... Sed et mater quæ filium filiamve occiderit, ejus legis poena adficitur, et avus, qui nepotem occiderit. L. 5, même titre : Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis quam patris jure eum interfecit : nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere. — Constantin, L. un. C. *De his qui parentes vel liberos occiderunt* 9, 17 (318) : Si quis in parentis aut filii aut omnino adfectionis ejus quæ nuncupatione paricidii continetur, fata properaverit, sive clam sive palam id fuerit enisus, poena paricidii punietur...

Denis, 2, 26 : (Ὁ Ῥωμύλος) ἅπασαν ἔδωκεν ἐξουσίαν πατρὶ καθ' ὑιοῦ, καὶ παρὰ πάντα τὸν τοῦ βίου χρόνον εἴαν τε εἰργεῖν, εἴαν τε μαστιγοῦν, εἴαν τε δεσμὸν ἐπὶ τῶν κατ' ἀγρὸν ἔργων κατέχειν, εἴαν τε ἀποκτινύναι προ

αιρῆται,... ἀλλὰ καὶ πωλεῖν ἐφῆκε τὸν υἱὸν τῷ πατρί, μέχρι τρίτης πράσεως ἀφ' υἱοῦ χρηματίσασθαι.... Μετὰ δὲ τὴν τρίτην πράσιν ἀπήλλακτο τοῦ πατρός. 27 : Ἐκ των Νομᾶ... νόμων, ἐν οἷς καὶ οὗτος γέγραπται ἂν πατήρ υἱῷ συγχωρήσῃ γυναῖκα ἀγαγέσθαι, κοινωνόν ἐσομένην ἱερῶν τε καὶ χρημάτων κατὰ τοῦς νόμους, μηκέτι τὴν ἐξουσίαν εἶναι τῷ πατρὶ πωλεῖν τὸν υἱόν. — Ulpian, 10, 1 :... Id enim lex XII tabularum jubet, his verbis : SI PATER FILIUM TER VENUM DUUIT, FILIUS A PATRE LIBER ESTO. — Dioclétien et Maximien, L. 1 C. *De patribus qui filios distraxerunt* 4, 43 (294) : Liberos a parentibus neque venditionis neque donationis titulo neque pignoris jure aut quolibet alio modo, nec sub prætextis ignorantiae accipientis in alium transferri posse manifesti juris est. — Constantin, L. 2, pr., même titre (329) : Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa filium filiamve sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantum casu valente emptor obtinendi ejus servitii habeat facultatem. — Paul, L. 5 *Quæ res pignori* 20, 3 : Creditor, qui sciens filium familias a parente pignori accepit, relegatur.

Ulpian, L. 12 pr. *De sponsalibus* 23, 1 :... Quæ patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur. § 1. Tunc autem solum dissentienti a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat. — Paul, L. 13, même titre : Filio familias dissentiente sponsalia nomine ejus fieri non possunt. — Paul, L. 2 *De R. N.* 23, 2 : Nuptiæ consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt. — Pr. I. *De nuptiis* 1, 10 : Justas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt.... sive patres familias sint sive filii familias dum tamen filii familias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt...

Gaius, 4, 75 : Ex maleficio filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint, aut injuriam commiserint, noxales

actiones proditæ sunt, uti liceret patri dominove aut litis æstimationem sufferre aut noxæ dedere: erat enim iniquum, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse. 76-79. — § 7, I. *De noxalibus actionibus* 4, 8: Sed veteres quidem hæc et in filiis familias masculis et feminis admiserunt, nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem recte respuendam existimavit et ab usu communi hæc penitus recessit. Quis enim patiatur, filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut pæne per corpus pater magis quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? Et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus sæpius dictum, ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri. — Voyez L. 33-35 *De noxalibus actionibus* 9, 4.

23. — La puissance paternelle est sans influence sur les droits publics du fils de famille; il a le *jus suffragii et honorum*, il est magistrat, tuteur, absolument comme le citoyen *sui juris*. Peut-être en a-t-il été autrement jadis, mais nous n'avons pas connaissance d'un état différent, lequel ne saurait, en aucun cas, avoir survécu à la constitution de Servius Tullius (1).

Pomponius, L. 9 *De his qui sui vel alieni juris sunt* 1, 6: Filiusfamilias in publicis causis loco patris familias habetur, veluti ut magistratum gerat, ut tutor detur. — L. 1 § ult. *De senatusconsulto Macedoniano* 14, 2. — § 4, I. *Quibus modis jus patriæ potestatis solvitur* 1, 12: Militia... vel consularis dignitas patris potestate filium non liberat.

(1) Pernice, *Labeo*, t. I, p. 103.

§ 9. — Effets de la puissance paternelle quant aux biens et à la capacité de droit privé (1).

24. Incapacité patrimoniale de l'enfant de famille. *Unitas personæ*. — 25. Le pécule profectice. — 26. Le pécule *castrense*. — 27. Le pécule *quasi-castrense*. — 28. Réformes des empereurs chrétiens. — 29. Réforme de Justinien. — 30. Engagements de l'enfant de famille.

24. — En principe, l'enfant de famille n'a rien à lui. Ce qu'il acquiert est acquis au père. Généralement capable, dès sa puberté, de faire des actes juridiques (2), tant de droit civil que de droit des gens, le fils y est l'instrument du père. Sa personnalité est absorbée par celle du père, ce que l'on exprime en disant qu'entre le père de famille et le fils, ainsi qu'entre fils du même père de famille, il existe unité de personne.

C'est au père que l'enfant de famille institué acquiert l'hérédité en faisant adition (3) ; c'est le père qu'il rend créancier en stipulant ; c'est encore le père qu'il rend propriétaire en acceptant les choses dont on lui fait tradition (4).

D'autre part, comme nul ne saurait être son propre créancier ni son propre débiteur, aucune obligation ne peut se former entre le père et le fils.

(1) Mandry, *Das gemeine Familiengüterrecht*, 1871-1876. — Pernice, *Labeo*, t. I, p. 158-168.

(2) Sauf les actes de dernière volonté, qu'il ne peut faire, puisqu'il n'a rien à lui. *Traité des successions*, § 14.

(3) *Traité des successions*, § 43.

(4) Ceci s'étend au delà et en dehors des acquisitions patrimoniales. On a vu au paragraphe 5 que la femme et les enfants du fils sont sous la puissance du père.

Tout ceci a été modifié dans le cours des temps, en dernier lieu transformé presque de tout point (1). Il est certain d'ailleurs que même sous le régime le plus rigoureux, l'habitude, fidèle peut-être à certaines traditions anciennes, faisait prévaloir dans la vie journalière une conception fort différente. Alors déjà, ce qui appartenait au père semblait appartenir à l'enfant ; cette manière de voir populaire, les juristes l'attestent et les auteurs

(1) Selon l'ancien droit français, en pays de droit écrit, la puissance paternelle romaine s'était maintenue au point de vue patrimonial. M. Viollet, p. 442, en expose les effets en ces termes : « A l'exception des pécules, tout appartient au père. Le père a la propriété des biens d'une certaine nature, et la jouissance de tous les autres. Le fils de famille ne peut s'obliger pour cause de prêt. Il ne peut tester, sauf en ce qui touche certains biens particuliers, à savoir le pécule *castrense* et le pécule *quasi-castrense*..... Ces effets durent autant que la vie même du père de famille. Le fils, quel que soit son âge, ne peut vaquer utilement et valablement à ses affaires s'il n'est émancipé. Le petit-fils dont le père est fils de famille vit sous la puissance de son aïeul paternel : il ne tombe sous la puissance de son père que par la mort de cet aïeul. Cette rigueur toute romaine est de règle dans la plupart des pays de droit écrit. »

Selon le Code Napoléon, et conformément au caractère de la puissance paternelle du droit français actuel, qui est ici d'origine coutumière et germanique, l'enfant est capable de propriété, il peut avoir sa fortune à lui, et celui des père et mère qui exerce la puissance paternelle n'en a que la jouissance. C. N., 384-387.

La doctrine romaine des pécules est encore en vigueur, dans ses traits principaux, en Allemagne, sauf qu'il n'y a plus de pécule profectice, donc plus d'action *de peculio* et plus d'action tributaire, que l'usufruit paternel ne survit pas à la puissance, et qu'il n'y a plus d'obstacle à ce que l'enfant fasse valablement des conventions avec son père.

comiques la font saisir sur le fait. On en trouve la consécration dans l'interdiction prononcée contre le prodigue (1), ainsi que dans l'hérédité de plein droit des *sui* (2).

Ulpien, 20, 10: Filius familiæ testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit. — Pr. I. *Quibus non est permissum testamenta facere* 2, 12 :... Hi, qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent, adeo quidem ut, quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis jure testari possint.... Præter hos igitur, qui castrense peculium vel quasi castrense habent, si quis alius filius familias testamentum fecerit, inutile est, licet suæ potestatis factus decesserit.

Gaius, 2, 86 : Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos quos in potestate, manu mancipiove habemus... 87. Igitur (quod) liberi nostri quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt, vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex aliquolibet causa adquirunt, id nobis adquiritur : ipse enim qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest. Et ideo si heres institutus sit, nisi nostro jussu hereditatem adire non potest ; et si jubentibus nobis adierit, hereditas nobis adquiritur, proinde ac si nos ipsi heredes instituti essemus. Et convenienter scilicet legatum per eos nobis adquiritur. 89. Non solum autem proprietas per eos, quos in potestate habemus, adquiritur nobis, sed etiam possessio : cujus enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur : unde etiam per eos usucapio procedit. 90. Per eas vero personas, quas in manu mancipiove habemus, proprietas quidem

(1) Ci-dessous, § 33, 111.

(2) Ci-dessus, § 2, 4. — *Traité des successions*, § 41.

adquiratur nobis ex omnibus causis, sicut per eos qui in potestate nostra sunt : an autem possessio adquiratur quæri solet, quia ipsas non possidemus. 96. In summa sciendum est, his, qui in potestate, manu mancipiove sunt, nihil in jure cedi posse : cum enim istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet ut nihil suum esse posse in jure vindicare possint. — 3, 104 : Præterea inutilis est stipulatio, si ab eo stipuletur qui juri meo subjectus est, item si is a me stipuletur... — 4, 78 : ... Nulla enim omnino inter me et eum qui in potestate mea est, obligatio nasci potest... — § 6, I. *De inutilibus stipulationibus* 3, 19 : Item inutilis est stipulatio, si ab eo stipuleris, qui juri tuo subjectus est, vel si is a te stipuletur. Sed servus quidem non solum domino suo obligari non potest, sed ne alii quidem ulli : filii vero familias aliis obligari possunt. — § 4, même titre : si quis alii, quam cujus juri subjectus sit, stipuletur, nihil agit.. — Ei, qui tuo juri subjectus est, si stipulatus sis tibi adquiris, quia vox tua tamquam filii sit, sicuti filii vox tamquam tua intellegitur in his rebus, quæ tibi adquiri possunt. — Papinien, L. 15 §§ 1-2 *De castrensi peculio* 49, 17. — Paul, L. 16 *De furtis* 47, 2 : Ne cum filio familias pater furti agere possit, non juris constitutio, sed natura rei impedimento est, quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi (ipsis ?) agere possumus.

25. — Le principe que l'enfant de famille n'a rien à lui, a subi des atteintes de droit et de fait.

De droit sous l'empire, par diverses innovations dont il sera traité plus loin, relatives aux gains militaires, aux gains civils assimilés aux militaires, aux biens dits adventices.

De fait, et déjà d'ancienne date, par l'habitude des

pères de famille de donner à leurs enfants, et notamment à leurs fils, comme aussi aux esclaves, un pécule, un petit patrimoine, une portion de patrimoine, pour en jouir et pour l'administrer plus ou moins librement (1). Ce pécule fait toujours partie du patrimoine du père, lequel peut le retirer à volonté. Mais en réalité c'est un quasi-patrimoine du fils, qui l'administre et peut même par cette administration, en dépit de l'unité de personne, devenir créancier ou débiteur naturel de son père. Si l'enfant est donné en adoption, le pécule ne le suit pas. Il va sans dire aussi que l'enfant n'en saurait disposer par testament, puisqu'il n'en est pas propriétaire ; d'ailleurs il ne peut tester (2).

Ulpian, l. 5 § 3 *De peculio* 15, 1 : *Peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum.* § 4. *Peculium autem Tubero quidem sic definit, ut Celsus libro VI Digestorum refert, quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur.* — Le même, L. 7 § 4, même titre : *In peculio autem res esse possunt omnes et mobiles et soli : vicarios quoque in peculium potest habere et vicariorum peculium : hoc*

(1) Mandry, *Ueber Begriff und Wesen des peculium*. 1869. — Le nom peut montrer qu'à l'origine c'était du petit bétail que le fils ou l'esclave pouvait élever pour son compte, à côté des troupeaux et sur les terres du maître. Le pécule des filles devait ordinairement, par la force des choses, être composé autrement que celui des fils : c'était leurs parures, leurs bijoux précieux, l'argent qu'elles économisaient. Les successeurs de Justinien ont compris dans le pécule ce que l'enfant recevait de la mère *πρὸς κόσμον καὶ τιμὴν*. — Zachariæ, § 49.

(2) Sauf ce qui sera dit plus loin, 26-27.

amplius et nomina debitorum. — Florentin, L. 39, même titre : Peculium et ex eo consistit, quod parsimonia sua quis paravit vel officio meruerit a quolibet sibi donari idque velut proprium patrimonium servum suum habere quis voluerit. — Marcien, L. 40 pr., même titre : Peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur, et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat peculium simile esse homini. — Paul, L. 46, même titre : Qui peculii administrationem concedit, videtur permittere generaliter, quod et specialiter permissurus est. — Pr. I. *Quibus non est permissum testamenta facere* 2, 12 : ... Jure civili omnium, qui in potestate parentum sunt, peculia perinde in bonis parentum computantur, ac si servorum peculia in bonis dominorum numerantur... — Paul, L. 8 *De peculio* 15, 1 : Non statim quod dominus voluit ex re sua peculii esse, peculium fecit, sed si tradidit aut, cum apud eum esset, pro tradito habuit : desiderat enim res naturalem dationem. Contra autem simulatque noluit, peculium servi desinit peculium esse. — Le même, L. 1 § 1 *Pro donato* 41, 6 : Si pater filio, quem in potestate habet, donet, deinde decedat, filius pro donato non capiet usu, quoniam nulla donatio fuit. — Africain, L. 38 *De C. I.* 12, 6 (Loi FRATER A FRATRE). Pr. § 1 : Quaesitum est, si pater filio crediderit isque emancipatus solvat, an repetere possit. Respondit, si nihil ex peculio apud patrem remanserit, non repetiturum : nam manere naturalem obligationem argumento esse, quod extraneo agente intra annum de peculio deduceret pater, quod sibi filius debuisset. § 2. Contra si pater quod filio debuisset eidem emancipato solverit, non repetet ; nam hic quoque manere naturalem obligationem eodem argumento probatur...

26. — Sous les empereurs païens, le soldat fils de

famille obtint la faculté de disposer par testament de ce qu'il avait gagné au camp, *in castris*, c'est-à-dire de sa solde et de sa part de butin. S'il mourait sans user de cette faculté, ces gains appartenaient à son père, comme le pécule.

On étendit cette faculté à tout ce que le soldat acquérait au service et à l'occasion du service, et on considéra ces acquisitions comme constituant un pécule, que l'on a nommé *peculium castrense* (1), par opposition au pécule proprement dit, lequel est désigné par Justinien sous le nom de *peculium paganum* et par les modernes sous les noms équipollents de pécule profectice (*quod a patre proficiscitur*) et de pécule concédé (*peculium concessum*). Le fils de famille a la libre administration du pécule *castrense*. Il a même le droit d'en disposer à cause de mort. S'il meurt intestat, le pécule, en droit de Justinien, n'appartient pas au père comme tel, mais à l'héritier légitime du fils (2).

En suite de la même évolution, la notion du pécule *castrense*, élargie de plus en plus, comprit même des gains faits par le fils de famille après avoir quitté le service.

Tit. D. 49, 17 *De castrensi peculio*.

Ulpien, 20, 10 :... Divus Augustus (Marcus) constituit, ut filius familiæ miles de eo peculio, quod in castris adquisivit, testamentum facere possit (3).

(1) Tertullien a écrit un *Liber singularis de castrensi peculio*. L. 4 *De castrensi peculio* 49, 17.

(2) *Traité des successions*, § 26. Monographie détaillée : Fitting, *Das castrense peculium*. 1871.

(3) Ulpien, L. 1 pr. *De testamento militis* 29, 1 : Militibus liberam

Paul 3, 4 a, 3 : Filius familias miles, quive militavit, de castrensi peculio, tam communi quam proprio jure, testamentum facere potest. Castrense autem peculium est, quod in castris acquiritur, vel quod proficiscenti ad militiam datur. — Macer, L. 11 *De castrensi peculio* : Castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est, vel quod ipse filius familias in militia adquisiit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset. Nam quod erat et sine militia adquisiturus, id peculium ejus castrense non est. — Ulpian, L. 5, même titre : Miles filius familias a commilitone vel ab eo, quem per militiam cognovit, heres institutus et citra jussum patris suo arbitrio recte pro herede geret. — Papinien, L. 13, même titre : Divus Hadrianus rescripsit in eo, quem militantem uxor heredem instituerat filium (familias), extitisse heredem et ab eo servos hereditarios manumissos proprios ejus libertos fieri. — Le même, L. 16 pr. : Dotem filio familias datam vel promissam in peculio castrensi non esse respondi. — Le même, L. 15 pr. : Pater militi filio reverso quod donat, castrensis peculii non facit, sed alterius peculii, perinde ac si filius numquam militasset.

Ulpian, l. 8, même titre : Si forte uxor vel cognatus vel quis alius non ex castris notus filio familias donaverit quid vel legaverit, et expresserit nominatim, ut in castrensi peculio habeat : an possit castrensi peculio adgregari ? Et non puto : veritatem enim spectamus, an vero (*vere*) castrensis

testamenti factionem primus quidem divus Julius Cæsar concessit : sed ea concessio temporalis erat. Postea vero primus divus Titus dedit : post hoc Domitianus : postea divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit : eamque et Trajanus secutus est, et exinde mandatis inseri cœpit caput tale... — Ceci a trait essentiellement à la forme des dernières volontés du militaire. *Traité des successions*, § 12, 5.

notitia vel affectio fuit, non quod quis finxit. — Le même, L. 2, même titre : Si filius familias miles decesserit, si quidem intestatus, bona ejus non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferuntur : si autem testamento facto, hic pro hereditate habetur castrense peculium. — Pr. I. *Quibus non est permissum testamenta facere* 2, 12 : ... Quibus (militibus qui in potestate parentum sunt) de eo, quod in castris adquisierint, permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere... Si vero intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum jure communi pertinebit. — Justinien, Novelle 118, ch. 1 :.. Licet enim defunctus sub alterius potestate fuerit, liberos tamen ejus... ipsis etiam parentibus, sub quorum potestate defunctus erat, præferri jubemus, in illis scilicet rebus, quæ secundum alias nostras leges parentibus non acquiruntur.

Ulpian, L. 1 § ult., L. 2 *De senatusconsulto Macedoniano* 14, 6 : In filio familias nihil dignitas facit, quominus senatusconsultum Macedonianum locum habeat : nam etiamsi consul sit vel cujusvis dignitatis, senatus consulto locus est : nisi forte castrense peculium habeat : tunc enim senatusconsultum cessabit usque ad quantitatem castrensis peculii, cum filii familias in castrensi peculio vice patrum familiarum fungantur. — Papinian, L. 15 § 1 *De castrensi peculio* : (Pater) si stipulanti filio spondeat, si quidem ex causa peculii castrensis, tenebit stipulatio : ceterum ex qualibet alia causa non tenebit. § 2. Si pater a filio stipulatur, eadem distinctio servabitur. § 3. Servus peculii, quod ad filium spectat, ab extero si stipuletur aut per traditionem accipiat, sine distinctione causarum res ad filium pertinebit : non enim ut filius duplex jus sustinet patris et filii familias...

27. — Les empereurs chrétiens assimilèrent au pécule *castrense* ce que le fils de famille gagne au service civil de l'État, à la cour, dans l'Église, ainsi que les dons qui lui sont faits par l'empereur et l'impératrice. C'est le pécule *quasi-castrense* (1).

Justinien, L. 37 § 1 C. *De inofficioso testamento* 3, 28 : In castrensibus etenim pecuniis introducta est et alia subdivisio et peculii triplex invenitur causa. Vel enim pagani est peculium vel castrense vel quod medietatem inter utrumque obtinet, quod quasi-castrense nuncupatur. In tali igitur peculio, quod quasi castrense appellatur, quibusdam personis licentia conceditur condere quidem testamenta, sed non quasi militibus quo voluerint modo, sed communi et licito et consueto ordine observando.....

Constantin, L. un. C. *De castrensi omnium palatinorum peculio* 12, 31 : Omnes palatinos, quos edicti nostri jam dudum certa privilegia superfundunt, rem, si quam, dum in palatio nostro morantur, vel... parsimonia propria quæsierint vel donis nostris fuerint consecuti, ut castrense peculium habere præcipimus... (326). — Constitutions d'Honorius et Théodose (422) et de Léon et Anthémios (469), accordant le pécule *quasi-castrense* aux avocats, L. 4 et 14 C. *De advocatis diversorum judiciorum* 2, 7 ; d'Honorius et Théodose (422), l'accordant aux assesseurs, L. 7 C. *De adsectoribus et domesticis et cancellariis judicum* 1, 51 ; de Léon (472) et de Justinien (531) l'accordant et la confirmant avec de nouvelles faveurs aux évêques, prêtres, diacres, L. 33 et 49 C. *De episcopis et clericis*..... et *privilegio eorum et castrensi peculio* 1, 3. — L. 7 C. *De bonis quæ liberis* 6, 61.

(1) Le pécule *quasi-castrense*, en pays de droit romain, est actuellement ce que le fils de famille gagne comme fonctionnaire, magistrat, avocat, ecclésiastique.

28. — L'incapacité patrimoniale de l'enfant de famille fut atteinte plus radicalement encore, par les changements apportés sous les empereurs chrétiens aux successions *ab intestat* (1). Constantin donna à l'enfant de famille l'héritage maternel (*bona materna, maternæ res*), tout en en attribuant l'usufruit et l'administration au père. Arcadius et Honorius assimilèrent à cet héritage ce qui est laissé ou donné par d'autres ascendants de la ligne maternelle (*bona materni generis*), et Théodose et Valentinien y ajoutèrent les gains nuptiaux (2).

Constantin, L. 1 C. *De bonis maternis et materni generis* 6, 60 : Res, quæ ex matris successione fuerint ad filios devolutæ, ita sint in parentum potestate, ut fruendi dumtaxat habeant facultatem, dominio videlicet earum ad liberos pertinente (319). — Arcadius et Honorius, L. 2, même titre (395). — Théodose et Valentinien, L. 1 *De bonis quæ liberis in potestate constitutis ex matrimonio vel aliter adquiruntur, et eorum administratione* 6, 61 : Cum venerandæ leges vetuerint patribus jure potestatis adquiri, quidquid eorum filiis avus avia proavus proavia a linea materna venientes quocumque titulo contulissent, hoc quoque convenit observari, ut, quidquid vel uxor marito non emancipato, vel maritus uxori in potestate positæ quocumque titulo vel jure contulerit seu transmiserit, hoc patri nullatenus adquiratur : atque in ejus tantum, cui delatum est, jure durabit (426).

29. — Enfin Justinien, par deux constitutions de 529 et 531, substitua à l'ancienne règle de l'acquisition

(1) *Traité des successions*, §§ 25-26.

(2) Ci-dessous, § 19, 66.

générale du père par l'intermédiaire de l'enfant la règle suivante :

Tous les biens que l'enfant de famille acquiert ou reçoit d'autre part que du patrimoine paternel, sont à lui. Ce sont les *bona adventitia: quod ei extrinsecus advenit*.

Le père en a l'usufruit et l'administration, et tout maître qu'il en est, l'enfant ne peut pas disposer de ces biens par testament ; ils sont forcément dévolus à ses héritiers *ab intestat* (1).

Justinien, L. 6 C. *De bonis quæ liberis in potestate constitutis ex matrimonio vel aliter adquiruntur, et eorum administratione* 6, 64 :... Si quis itaque filius familias, vel patris sui vel avi vel proavi in potestate constitutus, aliquid sibi adquisierit non ex ejus substantia, cujus in potestate sit, sed ab aliis quibuscumque causis, quæ ex liberalitate fortunæ vel laboribus suis ad eum perveniant, ea suis parentibus non in plenum, sicut antea erat sancitum, sed usque ad solum usumfructum adquirat, et eorum ususfructus quidem apud patrem vel avum vel proavum, quorum in sacris sit constitutus, permaneant, dominium autem filiis familias inhæreat ad exemplarum tam maternas quam ex nuptialibus causis filiis familias adquisitarum rerum... (529). — L. 8, même titre (531).

(1) Scipion Gentil (1563-1616) a écrit *de bonis maternis et adventitiis*.

Tel est encore en somme le droit de l'Éclogue, laquelle, conformément à la tendance signalée plus haut, confère à la mère survivante sur les *res paternæ* un droit correspondant à celui du père sur les *res maternæ*. Le droit justinienéen des pécules n'a pas été supprimé en Orient, mais il paraît s'être peu à peu affaibli et perdu. — Zachariæ, §§ 17-21.

30. — L'enfant de famille peut s'engager personnellement, le fils d'ancienne date et en tout cas déjà du temps de Plaute (1), la fille non pas encore, il est vrai, à l'époque des jurisconsultes classiques, mais indubitablement en droit nouveau.

Le père est responsable des délits de l'enfant, selon l'ancien droit, dans la mesure de l'action noxale (2).

Pour les conventions, il l'est en vertu et dans les limites des actions de qualité adjectice (3). Le créancier poursuit donc le père jusqu'à concurrence du pécule ou de la *merx peculiaris*, *peculio tenus* ; lorsque le père a donné ordre de contracter l'engagement, l'action *quod jussu* est intentée contre lui ; s'il est enrichi par l'affaire, on lui réclamera, en vertu des principes généraux, l'émolument (4). S'il a confié au fils un négoce ou un navire, le créancier lui intentera l'action insti-

(1) Plaute, *Mostellaria*, 578. Pernice, *Labeo*, t. I, p. 103 s. — On a soutenu le contraire, à tort. Il va sans dire que le fils de famille n'a jamais pu s'engager par *nexum*, au préjudice du droit de son père de famille. — Comparez Cicéron, *Philippiques*, 2, 46 : Quo ego tempore quanta mala florentissimæ familiæ, sedavi vel potius sustuli ! Patri persuasi, ut æs alienum filii dissolveret ; redimeret adolescentem, summa spe et animi et ingenii præditum, rei familiaris facultatibus. Un droit spécial régissait les vœux. Ulpien, L. 2 § 1 *De pollicitationibus* 50, 12 : Voto autem patres familiarum obligantur, puberes, sui juris : filius enim familias vel servus sine patris dominive auctoritate voto non obligantur. — Pernice, *Zum römischen Sacralrechte*. 1886.

(2) Ci-dessus, § 8, 22.

(3) Mandry, *Familiengüterrecht*, t. II, 3 : *Die Haftung des Hausvaters für das Hauskind*. 1876. — Baron, *Abhandlungen aus dem römischen Civilprocess*, II : *Die adjecticischen Klagen*. 1882.

(4) Lenel, § 104.

toire ou l'exercitoire (1). Enfin lorsque le pécule a servi, au su du père, à faire le commerce, les créanciers ont contre le père l'action tributoire, pour se faire payer sur cette fortune commerciale (2). Le détail de ces matières ne saurait être traité à propos du droit de famille, il appartient à la théorie des obligations.

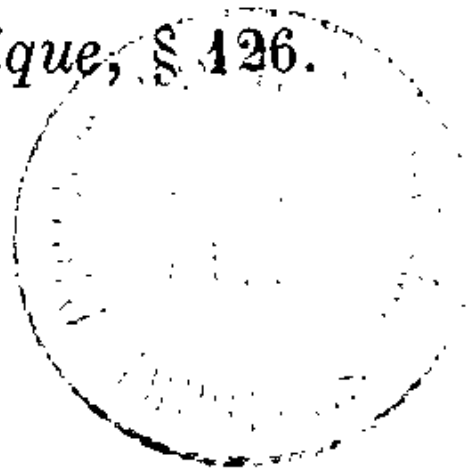
Le sénatusconsulte Macédonien, rendu sous Vespasien, à l'occasion d'un crime abominable, refuse l'action *mutui* à celui qui a prêté de l'argent à un fils de famille : « *Placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur : ut scirent, qui pessimo exemplo fœnerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri* ». Depuis lors, les fils de famille ne peuvent plus, par *mutuum*, contracter qu'une obligation naturelle (3).

Gaius, L. 39 *De O. et A.* 44, 7 : Filius familias ex omnibus causis tamquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patrefamilias potest. — Ulpien, L. 57 *De judiciis* 5, 1 : Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio : sed mortuo filio post litis contestationem transfertur judicium in patrem dumtaxat de peculio et quod in rem ejus versum erit... — Paul, L. 5 pr. *Quod cum eo qui in aliena potestate est* 14, 5 : Si filius familias vivo patre conventus et condemnatus sit, in emancipatum vel exheredatum postea judicati actio in id quod facere potest

(1) Lenel, §§ 101-102.

(2) Lenel, § 103.

(3) Dietzel, *Das SCtum Macedonianum*. 1856. — Mandry, ouvrage cité, t. I. — *Introduction historique*, § 126.



danda est. — Gaius, 3, 104 :... Sed servus quidem et qui in mancipio est et filia familias et quæ in manu est non solum ipsi, cujus juri subjecti subjectæve sunt, obligari non possunt, sed ne alii quidem ulli. — *Fragments du Vatican*, 99 : Paullus respondit, filiam familias ex dotis dictione obligari non potuisse. — Ulpian, L. 3 § 4 *Commodati* 13, 6 : Si filio familias servove commodatum sit, dumtaxat de peculio agendum erit : cum filio autem familias ipso et directo quis poterit. Sed et si ancillæ vel filiæ familias commodaverit, dumtaxat de peculio erit agendum.

Tit. I. 4, 7 *Quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicitur*. — Tit. D. 14, 3 *De institoria actione* ; 4 *De tributoria actione* ; 5 *Quod cum eo qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur* ; 15, 1 *De peculio* ; 2 *Quando de peculio actio annalis est* ; 3 *De in rem verso* ; 4 *Quod jussu*. — Tit. C. 4, 25 *De institoria et exercitoria actione*. — Gaius, 4, 70 :... Si jussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum prætor actionem in patrem dominumve comparavit ; et recte, quia qui ita negotium gerit, magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur. 71. Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam. Tunc autem exercitoria locum habet, cum pater dominusve filium servumve magistrum navi præposuerit, et quid cum eo ejus rei gratia cui præpositus fuerit, negotium gestum erit. Cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur, æquissimum esse visum est in solidum actionem in eum dari... Ideo autem exercitoria actio appellatur, quia exercitor vocatur is ad quem cottidianus navis quæstus pervenit. Institoria vero formula tum locum habet, cum quis tabernæ aut cuilibet negotiationi filium servumve aut quemlibet extraneum sive servum sive liberum præposuerit, et quid cum eo ejus rei gratia cui præpositus est, con-

tractum fuerit. Ideo autem institoria vocatur, quia qui tabernæ præponitur, institor appellatur. Quæ et ipsa formula in solidum est. 72. Præterea tributoria quoque actio in patrem dominumve constituta est, cum filius servusve in peculiari merce sciente patre dominove negotietur... 73. Ceterum dubium non est, quin et is qui jussu patris dominive contraxit cuique exercitoria vel institoria formula competit, de peculio aut de in rem verso agere possit...

Ulpian, L. 1 pr. *De peculio* : Ordinarium prætor arbitratus est prius eos contractus exponere eorum qui alienæ potestati subjecti sunt, qui in solidum tribuunt actionem, sic deinde ad hunc pervenire, ubi de peculio datur actio. § 1. Est autem triplex hoc edictum : aut enim de peculio aut de in rem verso aut quod jussu hinc oritur actio. § 2. Verba autem edicti talia sunt : « Quod cum eo, qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit ».

Ulpian, L. 44, même titre : Si quis cum filio familias contraxerit, duos habet debitores, filium in solidum et patrem dumtaxat de peculio. — Paul, L. 45, même titre : Ideoque si pater filio peculium ademisset, nihilominus creditores cum filio agere possunt.

Tit. *De SC^{to} Macedoniano* 14, 6. Tit. C. 4, 28. — Suétone, *Vespasien*, 11 : Auctor senatui fuit (Vespasianus) decernendi... neve filiorum familias fœneratoribus exigendi crediti jus unquam esset : hoc est, ne post patrum quidem mortem.

SECTION III. — *Comment on fait valoir en justice la puissance paternelle.*

§ 10.

31. *Vindicatio*, Interdits etc. — Poursuite *extra ordinem*.

31. — Le père de famille a, contre le tiers qui l'empêche d'exercer son droit, une action pétitoire analogue à la revendication, la *vindicatio filii* ou *vindicatio in potestatem*. Il a, en outre, les interdits *de liberis exhibendis* et *de liberis ducendis* (1). Il peut recourir encore à une action préjudicielle, ou même à l'action de vol, ou poursuivre *extra ordinem*.

Vis-à-vis de l'enfant, le père, s'il n'est pas en mesure de faire valoir sa puissance directement, peut, selon le droit impérial, demander l'assistance *extra ordinem* du magistrat.

Ulpien, L. 1 § 2 *De rei vindicatione* 6, 1 : Per hanc autem actionem liberæ personæ, quæ sunt juris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur : petuntur igitur aut præjudiciis aut interdictis aut cognitione prætoria, et ita Pomponius libro XXXVII : nisi forte, inquit, adjecta causa quis vindicet : si quis ita petit FILIUM SUUM vel IN POTESTATE EX JURE ROMANO, videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse : ait enim adjecta causa ex lege Quiritium vindicare posse.

(1) Lenel, § 262.

Tit. D. *De liberis exhibendis, item ducendis* 43, 30.

Ulpien, L. 1 pr. *De liberis exhibendis* : Ait prætor : « Qui quæve in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est dolove malo tuo factum est, quominus apud te esset, ita eum eamve exhibeas ». Hoc interdictum proponitur adversus eum, quem quis exhibere desiderat eum quem, in potestate sua esse dicit. Et ex verbis apparet, ei, cujus in potestate est, hoc interdictum competere.

Le même, L. 3 pr., même titre : Ait prætor : « Si Lucius Titius in potestate Lucii Titii est, quominus eum Lucio Titio ducere liceat, vim fieri veto ». § 1. Hoc... interdictum pertinet ad ductionem, ut ducere quis possit eos, in quos habet jus ductionis. Itaque prius interdictum, quod est de liberis exhibendis, præparatorium est hujus interdicti ; quo magis enim quis duci possit, exhibendus fuit. Hoc autem interdictum (de liberis ducendis) competit non adversus ipsum filium, quem quis ducere vult, sed utique esse debet... qui eum interdicto defendat ; ceterum cessat interdictum, et succedere poterit notio prætoria, ut apud eum disceptetur, utrum quis in potestate sit, an non sit.

Gaius, 3, 199 : Interdum autem etiam liberorum hominum furtum fit, velut si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sint, sive etiam uxor, quæ in manu nostra sit, sive adjudicatus vel auctoratus meus subreptus fuerit.

SECTION IV. — *Comment la puissance paternelle prend fin.*

§ 11.

32. Mort du père de famille. — Diminution de chef. — 33. L'émancipation. — 34. Autres modes d'extinction.

32. — L'enfant de famille devient *sui juris* par la mort ou la diminution de chef grande et moyenne du père de famille (1), si celui-ci l'avait sous sa puissance immédiate ; sinon, l'enfant ne fait que changer de puissance (2) ; si le père est adrogé, l'enfant change également de puissance et entre dans celle de l'adrogeant (3).

Tit. I. *Quibus modis jus potestatis solvitur* 1, 12 (Gaius, 1, 127) : Hi vero, qui in potestate parentis sunt, mortuo eo sui juris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit. Nam mortuo patre sane omnimodo filii filiaeve sui juris efficiuntur. Mortuo vero avo non omnimodo nepotes neptesve sui juris fiunt, sed ita, si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non

(1) La démence du père ne lui fait point perdre la puissance. Ulpien, L. 8 *De his qui sui* 1, 6 : Patre furioso liberi nihilominus in patris sui potestate sunt..... § 1. Adeo autem retinet jus potestatis pater furiosus, ut et adquiratur illi commodum ejus, quod filius adquisivit.

(2) Ci-dessus, § 2, 4.

(3) Ci-dessus, § 7, 19.

sunt. Itaque si moriente avo pater eorum et vivit, et in potestate patris sui est, tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt. Si vero is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est, aut exiit de potestate patris, tunc hi, quia in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.

33. — L'enfant de famille sortait encore de la puissance par l'émancipation (1), laquelle avait lieu dans l'ancien droit par un acte complexe, consistant pour le fils en trois mancipation de la part du père à un tiers, *pater fiduciarius* (2), chacune suivie d'un affranchissement *e mancipio*. Conformément à la loi des Douze Tables, le fils mancipé pour la troisième fois, puis affranchi, était désormais son propre maître, tandis que ses enfants déjà nés, ou même seulement conçus, restaient soumis à la puissance du père de famille. Pour la fille et pour les petits-enfants, il suffisait d'une seule mancipation et d'un seul affranchissement.

Ceci devait être simplifié et facilité. Anastase a introduit une émancipation par rescrit du prince, sur requête du père de famille, et Justinien a supprimé les anciennes mancipation et manumissions, pour les remplacer, comme il l'a fait pour l'adoption, par une simple déclaration en justice, laquelle était déjà

(1) *Emancipare* signifie aliéner par mancipation, et se dit des choses comme des personnes. Ainsi Plinius, *Épîtres*, 10, 3 : Fundos emancipavit.

(2) Comparez ci-dessus, § 8, 22 et § 7, 20, et ci-dessous, § 26, 87. — Gaius, 1, 166. Epitomé visigothique de Gaius, 1, 6 : Alius pater adhibetur, qui fiduciarius nominatur.

usitée en Orient (1); toujours l'enfant consentant (2).

L'émancipé sort non seulement de la puissance paternelle, mais encore de l'agnation; jadis, il sortait également de la *gens*.

En droit ancien, et à moins de volonté contraire du père, il conservait son pécule. En droit nouveau, le père

(1) Cet usage est attesté par le livre de droit syro-romain où l'on voit qu'un acte écrit était exigé. — Bruns, *Syrisch-ræmisches Rechtsbuch*, p. 183. — Les émancipations par mariage et par économie séparée, d'ancien droit grec, ont été consacrées expressément en Orient par Léon le Philosophe. — Zachariae, § 20.

En Occident, le Bréviaire d'Alaric a consacré la vieille émancipation par triple mancipation, qui doit s'opérer devant la curie. L'émancipation de Justinien a été usitée en France tant qu'a duré l'ancien régime. M. Viollet en cite un exemple très caractéristique de 1792, à Limoges. *Précis*, p. 444. — L'émancipation d'Anastase, par rescrit du prince, existe actuellement dans plusieurs pays. Les émancipations germaniques, par économie séparée, par mariage, n'ont jamais pénétré dans les pays de droit écrit.

Le décret du 28 août 1792 a fait cesser, dans toute la France, la puissance paternelle à la majorité. Dès lors l'émancipation n'est plus que la collation d'une majorité anticipée. Elle a lieu de plein droit par le mariage (C. N., 476); à part ce cas, le Code civil a admis une émancipation analogue à celle de Justinien (a. 477).

(2) Les Grecs connaissaient une sorte de répudiation de l'enfant par le père, ἀποχήρυξις. — Dioclétien et Maximien, L. 6 *De patria potestate*, 8, 46 (à Hermogène): Abdicatio, quæ Græco more ad alienandos liberos usurpabatur et apoceryxis dicebatur, Romanis legibus non comprobatur (288). — Cette répudiation, dont parlent Démosthène, Platon, Plutarque et d'autres, était en usage dans les pays grecs encore au III^e siècle. — Dareste, *L'ἀποχήρυξις dans l'Empire Romain* (Mémoires du Sylloge hellénique de Constantinople, 1888, p. 95). Bruns, *Syrisch-ræmisches Rechtsbuch*, p. 226. — L'ἀποχήρυξις supprime le lien de la puissance paternelle, que l'*abdicatio* romaine, sorte de bannissement, laisse intact. Ci-dessus, § 8, 22.

a l'usufruit de la moitié des adventices, à titre de *præmium emancipationis*.

Si l'émancipé est impubère, le père émancipant est tuteur légitime (1).

L'émancipé peut être replacé sous puissance pour ingratitude, comme indigne de la liberté.

Tit. D. *De adoptionibus et emancipationibus et aliis modis quibus potestas solvitur* 1, 7. — 37, 12 : *Si a parente quis manumissus sit.* — Tit. C. *De emancipationibus liberorum* 8, 48.

Gaius, 1, 132 : Emancipatione desinunt liberi in potestate parentum esse, sed filius quidem tribus mancipationibus, ceteri vero liberi, sive masculini sexus sive feminini, una mancipatione exeunt de parentum potestate : lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur... Eaque res ita agitur : mancipat pater filium alicui ; is eum vindicta manumittit : eo facto revertitur in potestatem patris ; is eum iterum mancipat vel eidem vel alii (sed in usu est eidem mancipari), isque eum similiter vindicta manumittit, quo facto cum rursus in potestatem patris fuerit reversus, tertio pater eum mancipat vel eidem vel alii (sed hoc in usu est ut eidem mancipetur), eaque mancipatione desinit in potestate patris esse, etiamsi nondum manumissus est, sed adhuc in causa mancipii...

Ulpien, 10, 1 : Liberi parentum potestate liberantur emancipatione, id est si posteaquam mancipati fuerint, manumissi sint. Sed filius quidem ter mancipatus, ter manumissus sui juris fit... Ceteri autem liberi præter filium, tam masculi quam feminæ, una mancipatione manumissioneque sui juris fiunt.

Anastase, L. 5 C. *De emancipationibus liberorum* (502). —

(1) Ci-dessus, § 26, 87.

Justinien, L. 6, même titre (531). — § 6, I. *Quibus modis jus potestatis solvitur* :... Nostra autem providentia et hoc in melius per constitutionem reformavit, ut fictione pristina explosa, recta via apud competentes judices vel magistratus parentes intrent et filios suos vel filias vel nepotes vel neptes ac deinceps sua manu dimitterent...

Tryphonin, L. 10 *De obsequiis* 37, 15 : Nullum jus libertatis causa impositorum habet in mancipato (emancipato) filio pater, quia nihil imponi liberis solet. Nec quisquam dixit jurejurando obligari filium patri manumissori ut libertum patrono : nam pietatem liberi parentibus, non operas debent.

Valentinien, Valens et Gratien, L. un. C. *De ingratis liberis* 8, 49 : Filios et filias ceterosque liberos contumaces, qui parentes vel acerbitate convicii vel cujuscumque atrocis injuriæ dolore pulsassent, leges emancipatione rescissa damno libertatis immeritæ multare voluerunt (367).

34. — On a vu que le fils de famille jouissait de tous les droits publics et politiques, comme le père de famille. Dès l'époque classique, deux très hautes dignités religieuses produisaient l'émancipation de plein droit : celle de flamine de Jupiter, pour l'enfant du sexe masculin, celle de vestale pour l'enfant du sexe féminin. Justinien accorda la même faveur aux évêques, et à un petit nombre de hauts fonctionnaires.

Gaius, 1, 130 : Præterea exeunt liberi virilis sexus de parentis potestate, si flamines diales inaugurentur, et feminini sexus, si virgines vestales capiuntur. — § 4, I. *Quibus modis* : Filius familias si militaverit, vel si senator vel consul fuerit factus, manet in patris potestate.... Sed ex constitutione nostra summa patriciatus dignitas illico ab imperialibus co-

dicillis præstitis a patria potestate liberat... — L. 5 C. *De consulibus* 12, 3 (531-533). — Novelle 81, *De libera sui potestate, constitutio quæ liberos dignitatibus et episcopatu a patria potestate liberat* (539).

Sous les empereurs chrétiens, le père de famille pouvait être privé de sa puissance pour certains actes révélant sa turpitude et son indignité ; tels que l'exposition illicite d'enfant, et le fait d'avoir livré sa fille.

Constitution de Théodose et de Valentinien (428), L. 6 C. *De spectaculis et scænicis et lenonibus*, 11, 40. Constitution de Valentinien, Valens et Gratien (374), L. 2 C. *De infantibus expositis*, 8, 52.

CHAPITRE III

LA *MANUS* ET LE MARIAGE

In manu nostra, quod et ipsum jus proprium civium Romanorum est.

GAIUS 1, 108.

Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ et consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio.

MODESTIN, L. 1 *De R. N.* 23, 2.

CHAPITRE III

LA *MANUS* ET LE MARIAGE

SECTION I^{re}. — *Le mariage avec et sans conventio in manum.*¹

§ 12. — **Notions générales. Mariage, concubinat, contubernium.**

35. *Iustæ nuptiæ et matrimonium juris gentium.* — 36. Caractères du mariage à Rome. — 37. Mariage *sine manu*. — 38. Le célibat et la loi *Julia et Papia Poppæa*. — 39. Le concubinat. — 40. Le *contubernium*.

35. — Malgré la décadence des mœurs, déshonneur éternel de l'empire, les jurisconsultes classiques ont conservé, comme un précieux héritage des ancêtres, une conception du mariage digne et élevée.

(1) Au dire d'Aulu-Gelle 4, 4, Neratius a écrit un traité *De nuptiis*. Voir là-dessus Dirksen, mémoire cité au § 13. Anciennes monographies de François et d'Antoine Hotman, de Brisson, Toullieu, Ayres. — Rosbach, *Untersuchungen über die römische Ehe*. 1853. Ouvrage remarquable et qui a fait date. — Brini, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*. 1886. — Labbé, *Du mariage romain et de*

C'est, pour eux, la relation exclusive entre un homme et une femme, relation de nature universelle et perpétuelle, *consortium omnis vitæ*, impliquant la communauté des éléments essentiels de l'existence, *communicatio divini et humani juris*, en ce sens que la femme participe au culte, à la condition juridique, économique et sociale du mari. Comme ses enfants, elle est soumise à la puissance paternelle, qui pour elle devient la puissance maritale, elle est *in manu mariti* (1).

Tel est le mariage par excellence, le mariage légitime ou juste, c'est-à-dire de droit civil, propre aux citoyens romains. Il n'a lieu qu'entre citoyen et citoyenne, conformément à l'antique et noble idée du *conubium*. L'épouse doit être de même race et de même condition que son époux, afin qu'en vertu de la *communica-*

la manus. *Nouvelle revue historique*, 1887. — Bernhœft, § 31 et 33. — Jhering, t. II, § 32. — Lange, t. I, § 34. — Voigt, *Die Zwölf Tafeln*, § 100, § 157-162. — Hœlder, *Die römische Ehe*. 1874. — Carle, *Origine del diritto romano*, p. 513-533. — Une monographie a été consacrée au *Mariage des soldats romains* par M. Mispoulet, dans la *Revue de Philologie*, 1884. — Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, 2^e éd. 1886. — Comparez, pour le mariage hindou et le mariage grec, Leist, *Jus gentium*, § 10-25, surtout § 19 s. Pour le mariage germanique, Dargun, *Mutterrecht und Raubehen und ihre Reste im germanischen Rechte und Leben*, dans les *Untersuchungen zur deutschen Staats und Rechtsgeschichte* de Gierke, t. XVI. Heusler, § 131 s. — Jolly, dans les *Bulletins de l'Académie de Munich*, 1876 : *Ueber die rechtl. Stellung der Frauen bei den alten Indern*.

(1) Πόσις, *potestas*. Ci-dessus, § 2, 3, p. 10. — Pour la conception primitive, selon laquelle la puissance du père sur les enfants que la femme met au monde, paraît découler de la puissance du mari sur la femme, voyez ci-dessus, § 5, 15, p. 53.

tio divini juris elle puisse accomplir avec lui les rites sacrés du culte domestique. Dans le principe, le patricien devait épouser une patricienne ; entre patriciens et plébéiens, toujours étrangers au point de vue des *sacra*, point de *conubium*, point de justes noces. La loi des Douze Tables maintint cette exclusion, inégalité dernière dans le ressort du droit privé, qui fut effacée par le plébiscite Canuléien (1).

Le *jus conubii* pouvait être conféré, par privilège exceptionnel, à une Latine ou pérégrine. Il y eut aussi, très probablement dès les plus anciens temps, des concessions conventionnelles et réciproques de *conubium* entre les États italiens ; la légende de l'enlèvement des Sabines se rattache peut-être à un fait de ce genre.

Cet ancien *jus conubii* perdit beaucoup de son importance, surtout depuis Caracalla, et finit par disparaître. Mais des notions nouvelles, qui lui sont comparables, ont été créées par les empereurs chrétiens, notions beaucoup plus strictes, car la sanction en est la nullité de l'union entre personnes incapables, jointe à des châtiments rigoureux. Par constitution de 388, Valentinien, Théodose et Arcadius ont interdit le mariage entre chrétiens et juifs, sous commination des peines de l'adultère (2). Quelques années auparavant, Valentinien

(1) De l'an 443 avant J.-C.

Il fut probablement un temps où, contrairement au principe de l'exogamie, la patricienne était le plus possible mariée dans sa *gens* et où la *gentis enuptio* formait exception rare.

(2) La disposition de la constitution de 388 a passé entre autres dans le Papien (20), et s'est maintenue dans la plus grande partie de l'Europe jusqu'à nos jours. Le *conubium* n'est généralement

et Valens avaient défendu sous peine de mort le mariage entre Romains et barbares, interdiction que Justinien n'a pas maintenue.

Il va sans dire qu'entre libres et esclaves, il n'y a jamais eu de mariage ; il pouvait y avoir *contubernium* (1).

Tit. I. *De nuptiis* 1, 10. Tit. D. *De Ritu Nuptiarum* (R. N.) 23, 2. Tit. C. *De nuptiis* 5, 4.

Modestin, L. 1 *De R. N.* : *Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ et consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio.* — § 1, I. *De patria potestate* 1, 9 : *Nuptiæ autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuum consuetudinem vitæ continens.* — Gordien, L. 4 C. *De crimine expilatæ hereditatis* 9, 32 : *Adversus uxorem, quæ socia rei humanæ atque divinæ domus (domum ?) suscipitur, mariti diem suum functi successores expilatæ hereditatis crimen intendere non possunt* (242).

Ulpien, 5, 2 : *Justum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt, conubium sit, et tam masculus pubes quam femina viri potens sit, et utrique consentiant, si sui juris sint, aut etiam parentes eorum, si in potestate sint.* 3. *Conubium est uxoris jure ducendæ facultas.* 4. *Conubium habent cives Romani cum civibus Romanis ; cum Latinis*

admis entre chrétiens et juifs que depuis l'introduction du mariage civil obligatoire.

Le droit postérieur à Justinien a interdit le mariage entre orthodoxes et hérétiques. Concile de la Trulle, de l'an 692. — Zachariæ, § 3.

Les obstacles que l'Église peut mettre aujourd'hui aux alliances entre personnes de confessions différentes, ne rentrent pas dans le cadre de ce Précis.

(1) Ci-dessous, 40. Les *servi publici* épousaient souvent des femmes libres.

autem et peregrinis ita si concessum sit. 5. Cum servis nulum est conubium.

Cicéron, *De re publica* 2, 37 : Duabus tabulis iniquarum legum additis, quibus etiam quæ disjunctis populis tribui solent conubia, hæc illi ut ne plebi et patribus essent, inhumanissima lege sanxerunt, quæ postea plebiscito Canuleio abrogata est.

Tite Live 4, 1 (an 443) :... Nam anni principio et de conubio patrum et plebis C. Canuleius tribunus plebis rogationem promulgavit, qua contaminari sanguinem suum patres confundique jura gentium rebantur. 2. Negabant consules, jam ultra ferri posse furores tribunicios, ventum jam ad finem esse, domi plus belli concitari quam foris. Quas quantasque res C. Canuleium adgressum? Colluvionem gentium, perturbationem auspiorum publicorum privatorumque adferre, ne quid sinceri ne quid incontaminati sit, ut discrimine omni sublato nec se quisquam nec suos noverit. Quam enim aliam vim conubia promiscue habere, nisi ut ferarum prope ritu vulgentur concubitus plebis patrumque? ut qui natus sit ignoret, cujus sanguinis, quorum sacrorum sit; dimidius patrum sit, dimidius plebis, ne secum quidem ipse concors. Parum id videri, quod omnia divina humanaque turbentur. 3. Canuleius pro legibus suis et adversus consules ita disseruit :... Altera (rogatione) conubium petimus, quod finitimis externisque dari solet, — nos quidem civitatem, quæ plus quam conubium est, hostibus etiam victis dedimus. 4. Hoc ipsum, ne conubium patribus cum plebe essent, non decemviri tulerunt paucis his annis pessimo (exemplo) publico cum summa injuria plebis? An esse ulla maior aut insignitior contumelia potest, quam partem civitatis velut contaminatam indignam conubio haberi? Quid est aliud quam exsilium intra eadem mœnia, quam relegationem pati?

Ne adfinitatibus, ne propinquitatibus immisceamur, cavent, ne societur sanguis. Quid ? Hoc si polluit nobilitatem vestram, quam plerique oriundi ex Albanis et Sabinis non genere nec sanguine sed per cooptationem in patres habetis..., sinceram servare privatis consiliis non poteratis nec ducendo ex plebe neque vestras filias sororesque enubere sinendo ex patribus ? Nemo plebeius patriciæ virgini vim adferret : patriciorum ista libido est. Nemo invitum pactionem nuptialem quemquam facere coegisset. Verumenimvero lege id prohiberi et conubium tolli patrum ac plebis, id demum contumeliosum plebi est. Cur enim non confertis, ne sit conubium divitibus ac pauperibus ? Quod privatorum consiliorum ubique semper fuit, ut in quam cuique feminæ convenisset domum nuberet, ex qua pactus esset vir domo in matrimonium duceret, id vos sub legis superbissimæ vincula conjicitis, qua dirimatis societatem civilem duasque ex una civitates faciatis. Cur non sancitis, ne vicinus patricio sit plebeius, nec eodem itinere eat, ne idem convivium ineat, ne in foro eodem consistat ? Quid enim in re est aliud, si plebeiam patricius duxerit, si patriciam plebeius ? Quid juris tandem immutatur ? Nempe patrem sequuntur liberi...

Valentinien, Théodose, Arcadius, L. 6 C. *De Judæis et cælicolis* 1, 9 : Ne quis Christianam mulierem in matrimonium Judæus accipiat neque Judææ Christianus conjugium sortiatur. Nam si quis aliquid hujusmodi admiserit, adulterii vicem commissi hujus crimen obtinebit libertate in accusandum publicis quoque vocibus relaxata (388). — Valentinien et Valens, L. un. C. Théod., *De nuptiis gentilium* 3, 17 : Nulli provincialium, cujuscumque ordinis aut loci fuerit, cum barbara sit uxore conjugium, nec ulli gentilium provincialis femina copuletur. Quodsi quæ inter provinciales atque gentiles adfinitates ex hujusmodi nuptiis exstiterint, (quod in iis

suspectum vel noxium detegitur) capitaliter expietur (365).

La procréation d'enfants et surtout de fils, continuateurs du nom et du culte, forme le but et l'espoir du mariage. C'est le mode légal et naturel de continuer la famille, d'assurer les *sacra*, de perpétuer le sang romain, de maintenir la force et l'éclat de la *gens* et de la cité : devoir civique et religieux, titre d'honneur du citoyen. Aussi la matrone, gardienne respectée du foyer, est-elle qualifiée *uxor liberorum quærendorum causa* (1), et ceci contribue à marquer sa supériorité sur la concubine non moins que sur la simple maîtresse ou amie, laquelle est prise, comme la concubine, en vue de buts d'ordre inférieur (2).

Callistrate, L. 220 § 3 *De V. S.* 50, 16 : Præter hæc omnia natura nos quoque docet parentes pios, qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt, filiorum appellatione omnes qui ex nobis descendunt continere : nec enim

(1) De même aux Indes, selon les Sûtras, pour le culte des ancêtres, et en Grèce : *παίδων ἐπ' ἀρότῳ γνησίῳν*.

Histoire de Sp. Carvilius Ruga : Aulu-Gelle, 4, 3. Ci-dessous, § 18, 62-63. Plus tard, l'*orbité* sera punie.

On peut rapprocher la définition que donnait du mariage le Code valaque de 1817, III, 16, 1.

(2) Comparez ci-dessous, 38. Déjà Tullus Hostilius a récompensé la fécondité en prescrivant que trois fils jumeaux seraient nourris aux frais de l'État. Cette loi royale fut en vigueur jusqu'à Auguste. Le *Jus liberorum* joue un grand rôle sous les empereurs. — Voigt, *Leges regię*, § 15. — Démosthènes, contre Neæra, 1386, 19 : Τὰς μὲν γὰρ ἐταίρας ἡδονῆς ἕνεκ' ἔχομεν · τὰς δὲ παλλακὰς τῆς καθ' ἡμέραν θεραπείας τοῦ σώματος · τὰς δὲ γυναῖκας τοῦ παιδοποιεῖσθαι γνησίως καὶ τῶν ἑνδον φύλακα πίστην ἔχειν.

dulciore nomine possumus nepotes nostros quam filii appellare. Etenim idcirco filios filiasve concipimus atque edimus, ut ex prole eorum earumve diuturnitatis nobis memoriam in ævum relinquamus.

L'union formée alors que le *conubium* faisait défaut, n'était pas un juste mariage. Il n'y pouvait être question ni de puissance maritale, ni de puissance paternelle. La famille fondée par cette union n'était que la famille naturelle, non la famille civile. L'union même était bien un mariage, mais seulement de droit des gens, *matrimonium juris gentium*, *mere juris gentium*; l'épouse, quelque honorée qu'elle fût d'ailleurs, était *tantummodo uxor*, *uxor injusta*.

En vertu du droit des gens, l'enfant suivait la condition de la mère. Une loi *Minicia*, de date incertaine, prescrivit que lorsqu'un des conjoints était pérégrin, l'enfant serait toujours et en tout cas pérégrin (1).

Le mariage du droit des gens dut perdre une grande partie de sa raison d'être lorsque Caracalla octroya la cité à tous les habitants de l'empire. Il n'a pu disparaître entièrement qu'après la suppression de la latinité et pérégrinité artificielle (2).

Dans le dernier état du droit de Justinien, tout mariage valable est *matrimonium justum*.

(1) *Introduction historique*, § 47. — Avant la loi *Canuleia*, l'enfant né d'un mariage entre patricien et plébéienne appartenait nécessairement à la plèbe, comme alors et depuis l'enfant d'une patricienne et d'un plébéien.

(2) *Introduction historique*, § 166. — Tit. C. 7, 5 *De dediticia libertate tollenda* (530); 6 *De latina libertate tollenda* (531). — Citedessous, § 22, 75.

Ulpien, 5, 8 : Conubio interveniente liberi semper patrem sequuntur : non interveniente conubio matris conditioni accedunt, excepto eo, quod ex peregrino et cive Romana peregrinus nascitur, quoniam lex Minicia ex alterutro peregrino natum deterioris parentis condicionem sequi jubet. 9. Ex cive Romano et Latina Latinus nascitur, et ex libero et ancilla servus ; quoniam, cum his casibus conubiæ non sint, partus sequitur matrem. — Gaius, I, 78 : ... Sed hoc maxime casu necessaria lex Minicia ; nam remota ea lege matris conditionem sequeretur ; ex eis enim inter quos non est conubium, qui nascitur, jure gentium matris conditioni accedit. Qua parte autem jubet lex ex cive Romano et peregrina peregrinum nasci, supervacua videtur ; nam et remota ea lege hoc utique jure gentium futurum erat.

Au reste, jusqu'au droit nouveau et à part quelques lois exceptionnelles dont la plus importante est la loi *Julia et Papia Poppæa*, le mariage romain est demeuré en une forte mesure, malgré son immense importance juridique, du domaine de la morale et de la liberté, tant de la *gens* que du père de famille. Le législateur a généralement observé, à son égard, une réserve respectueuse (1).

36. — Que le mariage soit juste ou qu'il soit seulement de droit des gens, toujours il présente les caractères d'ordre supérieur, la perpétuité, l'intimité, l'union étroite et respectueuse des deux existences, qu'expriment les

(1) Toute autre a été, au moyen âge et dans les temps modernes, la tendance de l'Église catholique et du droit canon, et aussi de certains États protestants.

mots *honor et affectio maritalis, dignitas uxoris* (1). Termes bien significatifs. La femme, à Rome, était placée plus haut que chez les autres peuples de l'antiquité (2). Le mariage y a toujours été, en théorie du moins, de par le droit public et sacré, digne, chaste et pur. Certaines institutions de la haute antiquité lui sont absolument étrangères, qu'en Grèce on pratiquait sans vergogne et sans la retenue religieuse qui, à l'origine, les avait sanctifiées (3).

(1) Comparez Papinien, L. 31 pr. *De donationibus* 39, 5 : *Donationes in concubinam collatas non posse revocari convenit, nec, si matrimonium inter eosdem postea fuerit contractum, ad irritum recidere quod ante jure valuit. An autem maritalis honor et affectio pridem præcesserit, personis comparatis, vitæ conjunctione considerata perpendendum esse respondi: neque enim tabulas facere matrimonium.*

(2) Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*. 1867, 2^e éd. 1886. — Moscatelli, *La condizione della donna nella famiglia e nell'antico diritto romano*. 1886.

Il est à remarquer cependant que la femme est tenue rigoureusement au deuil du mari, et que cette obligation n'est pas réciproque. Paul, L. 9 *De his qui notantur infamia* 3, 2: *Uxores viri lugere non compelluntur.*

(3) Que l'on songe au *niyoga* des Hindous, qu'on appelle parfois improprement *lévirat* et qui se retrouve à Sparte et chez les Germains (Grimm, *Rechtsalterthümer*, 443); à l'assignation des *épiclères*; au mariage polyphratric de Sparte, admis en Inde seulement à titre d'exception. On peut rappeler le *jus primæ noctis*, si répandu dans l'antiquité et qu'on voit pratiqué encore au moyen âge et même plus récemment. Voir aussi Cornelius Nepos, dans sa préface.

Bernhöft, *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, t. IV, 2^e partie, p. 241-244. — Dargun, dans la *Zeitschrift de Grünhut*, t. XIII, p. 192-195.

Le livre de droit syriaque nous montre qu'au Ve siècle il se

L'épouse a pour premier devoir d'être chaste et fidèle. Le commerce avec un homme qui n'est pas son mari est un adultère, profanation terrible, crime affreux, sévèrement puni de tout temps (1), et auquel Auguste a consacré une loi fameuse, la loi *Julia de adulteriis coercendis* (2). Le mari, ou le père ayant la femme sous sa puissance, qui la surprenait en flagrant délit, pouvait, d'ancienne date, la mettre à mort avec son complice. La loi *Julia* a limité les droits antiques de la famille pour remettre à la justice publique la punition de l'adultère ; elle se méfie du mari, moins du père, et cherche à sauvegarder à tous les points de vue les intérêts de la morale publique, de la société.

Ce n'est d'ailleurs que par la femme et son complice que le crime d'adultère est commis (3) ; le mari n'est

formait encore, en Syrie, des traités de *fraternité*, qui sont déclarés illicites et par lesquels les contractants mettaient en commun non seulement leurs biens, mais encore leurs femmes et leurs enfants. — Bruns et Sachau, *Syrisch-Römisches Rechtsbuch*, p. 254 s.

(1) Le tribunal domestique prononçait même la peine de mort. Denis, 2, 25. — Cependant une peine moindre devint habituelle ; c'était le bannissement. Tacite, *Annales*, 2, 50.

(2) Loi *Julia de adulteriis*, rendue vers l'an 18 avant notre ère. *Introduction historique*, § 118. — Papinien, Paul, Ulpien l'ont commentée. — Esmein, *Le délit d'adultère à Rome et la loi Julia de adulteriis*, dans les *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, 1886. M. Esmein résume le caractère de la loi, eu égard à l'ancien droit, p. 87 : « La loi nouvelle lui enlèvera (au mari) un à un presque tous ses privilèges ; moyennant certaines conditions, tout étranger pourra se porter accusateur de la femme et du complice : l'époux lui-même sera poursuivi à propos de la faute de l'épouse. Les complaisances injustifiables, les lâchetés, les trafics honteux des maris sont signalés et frappés tour à tour ».

(3) *Adulter* signifie *corruptor conjugis alienæ*. *Adulterare* signi-

point tenu envers sa femme à la fidélité qu'elle lui doit ; ceci répond à la nature du mariage ancien et n'est point absolument étranger au mariage moderne (1).

La religieuse sévérité de l'union conjugale est un trait essentiellement aryen ; longtemps le droit romain est resté plus près que d'autres du type primitif (2). Quant à la pratique, les scandales des derniers temps du régime consulaire et surtout ceux de l'empire ne sont que trop connus (3). La législation païenne fut impuissante à y porter remède. L'Église chrétienne réussit mieux. Les

ne corrompre (rendre autre). — Bréal et Bailly, au mot *Alter*. — Papinien, L. 6 § 1 *Ad legem Juliam de adulteriis* 48, 5 : *Proprie adulterium in nupta committitur, propter partum ex altero conceptum composito nomine. Stuprum vero in virginem viduamve committitur.*

(1) En droit moderne aussi le devoir de fidélité de la femme est différent de celui du mari. Code Napoléon, 212, 229, 230. Les réformateurs idéalistes qui blâment cette différence, oublient la gravité des suites de l'adultère de la femme, et ferment les yeux sur ce qui se passe journellement et en tout lieu.

Le droit allemand, suivant en cela la doctrine canonique, a mis dès longtemps sur la même ligne l'infidélité de la femme et celle du mari.

(2) Voyez, par exemple, l'éloge de Turia par son mari : *Domestica bona pudicitiae, obsequii, comitatis, facilitatis, lanificiis tuis adsiduitatis, religionis sine superstitione, ornatus non conspiciendi, cultus modici cur memorem ? Cur dicam de tuorum caritate, familiae pietate, cum æque matrem meam ac tuos parentes colueris eandemque requiem illi quam tuis curaveris, cetera innumerabilia habueris communia cum omnibus matronis dignam famam colentibus ? Propria sunt tua, quæ vindico ac prædico...*

(3) Pour la République, il est utile de relire dans Plutarque les histoires galantes de la famille de Caton d'Utique, de César, d'Hortensius. — Plutarque, *Cato Minor*, 24-25, 52.

décisions des synodes liaient les consciences et leur influence purifiante a inspiré, depuis Constantin, les constitutions des empereurs, en une mesure moindre cependant qu'on ne devrait l'attendre (1).

Aulu-Gelle, 10, 23 : ... Verba Marci Catonis adscripti ex oratione, quæ inscribitur « de dote », in qua id quoque scriptum est, in adulterio uxores deprehensas jus fuisse maritis necare : Vir, inquit, cum divortium fecit, mulieri judex pro censore est, imperium, quod videtur, habet ; si quid perverse tætreque factum est a muliere, multitur ; si vinum bibit, si cum alieno viro probri quid fecit, condemnatur. De jure autem occidendi ita scriptum : In adulterio uxorem tuam si prendisses, sine judicio impune necares ; illa te, si adulterares sive tu adulterarere, digito non auderet contingere, neque jus est.

Tit. D. 48, 5 *Ad legem Juliam de adulteriis coercendis*. Tit. C. 9, 9 *Ad legem Juliam de adulteriis et de stupro*. Spécialement *Collatio*, tit. 4 *De adulteriis*. — Ulpien, L. 14 § 1 *Ad legem Juliam* : Plane sive justa uxor fuit sive injusta, accusationem instituere vir poterit : nam et, (ut) Sextus Cæcilius ait, hæc lex ad omnia matrimonia pertinet, et illud Homericum adfert : nec enim soli, inquit, Atridæ uxores suas

(1) Par la novelle 131, de l'an 539, ch. 1, Justinien a donné force de loi générale aux canons des conciles de Nicée, de Constantinople, d'Éphèse et de Chalcédoine.

L'Église, qui voit dans le mariage un sacrement, devint de plus en plus dominante, tant sous les empereurs d'Orient, qu'en Occident sous les rois francs des premières races. Le droit canonique s'empare peu à peu du mariage, qui lui appartient entièrement à partir du IX^e siècle. Durant tout le moyen âge et bien avant dans l'époque moderne, et dans plusieurs pays encore de nos jours, la juridiction en matière matrimoniale est la juridiction ecclésiastique.

amant. § 2. Sed et in ea uxore potest maritus adulterium vindicare, quæ vulgaris fuerit, quamvis, si vidua esset, impune in ea stuprum committeretur. — *Collatio*, 4, 5 (Paul, *libro singulari de adulteriis*) : Civis Romanus, qui sine conubio civem vel peregrinam in matrimonio habuit, jure quidem mariti eam adulteram non postulat. — Ulpian, L. 14 § 5 *Ad legem Juliam* : Judex adulterii ante oculos habere debet et inquirere, an maritus pudice vivens mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit : periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat : quæ res potest et virum damnare, non rem ob compensationem mutui criminis communicare. — Papinian, L. 24, même titre : Patri datur jus occidendi adulterum cum filia quam in potestate habet : itaque nemo alius ex patribus (*parentibus*?) idem jure faciet : sed nec filius familias pater. — Ulpian, L. 24, même titre : Quod ait lex : « in filia adulterum deprehenderit », non otiosum videtur : voluit enim ita demum hanc potestatem patri competere, si in ipsa turpitudine filiam de adulterio deprehendat. Labeo quoque ita probat, et Pomponius scripsit, in ipsis rebus Veneris deprehensum occidi : et hoc est quod Solo et Draco dicunt ἐν ἑργῷ. — Papinian, L. 22 § 4 : Ideo autem patri, non marito mulierem et omnem adulterum remissum est occidere, quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit : ceterum mariti calor et impetus facile decernentis fuit refrenandus. — *Collatio*, 4, 2 § 2 : ... Secundo capite permittitur pater, si in filia sua, quam in potestate habet, aut in ea, quæ eo auctore, cum in potestate esset, viro in manum convenerit, adulterum domi suæ generive sui deprehenderit, isque in eam rem socerum adhibuerit, ut is pater eum adulterum sine fraude sua occidat ita, ut filiam in continenti occidat.

37. — J'ai représenté le juste mariage comme impliquant la puissance du mari sur la femme, et il était en effet, dans le principe, inséparable de cette puissance.

Cependant, la loi des Douze Tables reconnaît un juste mariage sans *manus*. Sans doute, la *manus* forme la règle, si bien même, qu'au bout d'un an de cohabitation conjugale elle est acquise de plein droit ; mais la loi permet d'empêcher cette usucapion par une interruption conventionnelle (*trium noctium usurpatio*), et ce mariage *sine manu*, de plus en plus habituel, où le mari n'est plus comme le père de sa femme, mais uniquement son mari, finira, après plusieurs siècles de coexistence, par supplanter le mariage *cum in manum conventionione*. Il devait paraître préférable dans l'intérêt des agnats et de la *gens*, lorsque l'épouse, avant son mariage, était *sui juris* (1).

Peut-être le mariage *sine manu*, qu'on appelle aussi, assez improprement, mariage libre, se rattachait-il aux institutions des peuples préaryens de l'Italie, conservées dans les classes inférieures et remises en honneur avec l'élévation de la plèbe. Il est sûr, en tout cas, que l'apparition de ce mariage et surtout sa généralisation graduelle annoncent le déclin des vieilles mœurs nationales et l'affaïssement de l'antique esprit familial. En se modernisant, le mariage s'est dénationalisé (2).

(1) Labbé, article cité, p. 6 et suivantes. — Ci-dessous, § 16, 52 ; § 31, 108-109.

(2) Comparez Bernhœft, §§ 31-33.

L'idée d'expliquer l'avènement du mariage *sine manu*, comme de diverses autres apparentes nouveautés, par le droit préaryen

On verra au § 14 des règles communes à tout juste mariage, aux *duæ formæ matrimoniorum* ; au § 15 les principes qui sont particuliers au mariage *cum manu* ; au § 16 ceux qui sont spéciaux au mariage *sine manu*.

38. — Dès les plus anciens temps et conformément à la tradition aryenne, que l'on constate notamment en Inde et en Grèce, le mariage était l'accomplissement d'un devoir religieux et, comme tel, honoré et favorisé, tandis que le célibat était mal vu du public et du censeur, réprouvé, frappé de charges spéciales (*æs uxorium, tributum*) (1). Ceci fut poussé à outrance par Auguste, en dépit de la résistance obstinée des ordres privilégiés, surtout de l'ordre équestre. Les comices votèrent, après vingt ans de lutte, un vaste code matrimonial, la loi *Julia et Papia Poppæa*, aussi appelée *Leges* dans un sens spécial, parce qu'elle était composée de deux lois, la loi *Julia de maritandis ordinibus* de l'an 4 de notre ère, et la loi *Papia Poppæa* de l'an 9. Ce code fut développé et perfectionné, durant plusieurs siècles, par le sénat, l'empereur, les jurisconsultes (2).

des anciennes populations italiques est certainement intéressante et séduisante. — Mais le mariage *sine manu* peut fort bien être aussi d'origine aryenne, et l'hypothèse du *matriarcat* n'est nullement nécessaire pour l'expliquer.

(1) Festus, au mot *Uxorium* : *Uxorium pependisse dicitur, qui, quod uxorem non habuerit, res populo dedit.*

(2). Les *Leges* ont été commentées par Gaius, Terentius Clemens, Mauricien, Marcellus, Ulpien, Paul. — *Introduction historique*, § 121. *Traité des successions*, § 90. — Anciens et excellents travaux de Jacques Godefroy (1617), de Ramos de Manzano, de Heineccius.

Le but de la loi *Julia et Papia* est d'encourager le mariage et la procréation d'enfants au moyen d'inconvénients pécuniaires infligés aux *cælibes* et aux *orbi* et de récompenses accordées au mariage et à la fécondité. Elle tend aussi à relever la dignité du mariage, en limitant dans le choix de leurs épouses les membres des familles sénatoriales, les chevaliers, tous les ingénus. Le mariage ne doit pas être une mésalliance ; s'il l'est, il ne libère pas des peines du célibat, et la fécondité n'y procure pas les profits légaux. Le mariage est d'ailleurs facilité le plus possible, le divorce soumis à des restrictions. Le veuf, la veuve doivent se remarier dans un certain délai. Tout cela durant l'âge légal, entre vingt-cinq et soixante ans pour les hommes, vingt et cinquante pour les femmes.

La loi *Julia et Papia*, avec la législation qui s'y rattache, prétendait régénérer la famille tout en enrichissant le fisc, et malgré son but moralisateur elle était naïvement et profondément immorale. Il est évident que, depuis l'avènement du christianisme, elle ne répondait plus à l'esprit nouveau qui désormais devait inspirer les empereurs. D'ailleurs le célibat devint chose méritoire, le signe respecté d'une vie purifiée. Les peines infligées aux célibataires et aux gens sans enfants furent abolies par Constantin ; Honorius et Théodose, puis Justinien, supprimèrent les primes de la fécondité.

Cicéron, *De legibus* 3, 3 : Censores... cælibes esse prohibento. — Ulpien, 13 *De cælibe, orbo et solitario patre* ; 14 *De pæna legis Julix* ; 15 *De decimis* ; 16 *De solidi capacitate inter virum et uxorem* ; 17 *De caducis* ; 18 *Qui habeant jus antiquum*

in caducis. — Tit. C. *De caducis tollendis* 6, 51. — Tit. C. Théod., *De infirmandis pœnis cœlibatus et orbitatis* 8, 6. — Paul, L. 44 *De R. N.* 23, 2 : Lege Julia ita cavetur : « Qui senator est quive filius neposve ex filio proneposve ex filio nato cujus eorum est erit, ne quis eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto libertinam aut eam, quæ ipsa cujusve pater materve artem ludicram facit fecerit. Neve senatoris filia neptisve ex filio proneptisve ex nepote filio nato nata libertino eive, qui ipse cujusve pater materve artem ludicram facit fecerit, sponsa nuptave sciens dolo malo esto neve quis eorum dolo malo sciens sponsam uxoremve eam habeto ». — Celse, L. 23, même titre : Lege Papia cavetur, omnibus ingenuis præter senatores eorumque liberos libertinam uxorem habere licere. — Ulpien, 13, 1 : Lege Julia prohibentur uxores ducere senatores quidem liberique eorum libertinas et quæ ipsæ quarumve pater materve artem ludicram fecerit. Ceteri autem ingenui prohibentur ducere corpore quæstum facientem, lenam et a lenone lenave manumissam, et in adulterio deprehensam, et judicio publico damnatam et quæ artem ludicram fecerit. — Gaius, 2, 286 : Cælibes quoque, qui per legem Juliam hereditates legataque capere prohibentur... Item orbi, qui per legem Papiam ob id, quod liberos non habebant, dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt... — 1, 143 : Ex lege Julia et Papia Poppæa jure liberorum a tutela liberantur feminæ. — 2, 206 : Post legem vero Papiam deficientis portio caduca fit et ad eos pertinet, qui in eo testamento liberos habent. — Ulpien, 17, 2 : Hodie ex constitutione Imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur, sed servato jure antiquo liberis et parentibus.

Constantin (*ad populum*), L. 1 C. *De infirmandis pœnis cœlibatus et orbitatis* 8, 57 : Qui jure veteri cælibes habe-

bantur, imminentibus legum terroribus liberentur atque ita vivant, ac si numero maritorum matrimonii fœdere fulcirentur, sitque omnibus æqua condicio capessendi quod quisque mereatur. Nec vero quisquam orbus habeatur: proposita huic nomini damna non noceant. Quam rem et circa feminas æstimamus earumque cervicibus imposita juris imperia velut quædam juga solvimus promiscue omnibus (320). — Honorius et Théodose, L. 2, même titre : Inter virum et uxorem rationem cessare ex lege Papia decimarum et quamvis non interveniant liberi, ex suis quoque eos solidum capere testamentis, nisi forte lex alia minuerit derelicta, decernimus. Tantum igitur post hæc maritus vel uxor sibi invicem derelinquant, quantum superstes amor exegerit (410). — Les mêmes, même date, L. 1 C. *De jure liberorum* 8, 58 : Nemo post hæc a nobis jus liberorum petat, quod simul hac lege omnibus concedimus. — Justinien, L. 2, même titre : Illam injuriam, quæ contra matrem defuncti vel defunctæ præteritis fiebat temporibus, pro justitiæ ratione amputamus et legitima jura, quæ ex Tertulliano senatus consulto ei præstantur, omni modo eam habere sancimus, licet tres liberos ingenua vel libertina quattuor minime pepererit (528).

39. — La loi *Julia et Papia* a sanctionné, au moins implicitement, une union subalterne, monogamique comme le mariage, mais où manque l'affection maritale, et où la femme, quoique astreinte à la fidélité, n'a pas la dignité d'épouse. Cette union, peut-être introduite par l'influence des mœurs grecques, devait d'après la loi se contracter régulièrement devant témoins ; elle est honorable lorsque la femme est de condition inférieure et qu'ainsi le mariage serait une mésalliance, notamment

lorsqu'une affranchie s'unit à son patron. On l'appelle le concubinat (1).

(1) Leonhard, *Kritische Vierteljahrsschrift*, t. 23, p. 343 et s. — Wolf, *Legitimatio*, p. 28 et s. — Giraud, dans le *Journal des Savants*. 1880. — Moscatelli, *Le unioni e i figli illegittimi nel diritto romano*. 1887. — Le regretté Paul Gide (*Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. 4, 1880) et, après lui, M. J.-B. Mispoulet (même recueil, t. 9, 1885) se sont efforcés de représenter le concubinat romain comme un vulgaire concubinage. L'opinion dominante y voit au contraire, avec raison, un mariage subalterne. Je crois que les partisans, très peu nombreux d'ailleurs, de la première opinion ne tiennent notamment pas assez de compte de la distance qui sépare les enfants issus du concubinat des simples bâtards ou enfants naturels dans le sens actuel du mot, ni de la place qu'occupe dans les Pandectes et le Code le titre *De concubinis*, non plus que du témoignage positif transcrit plus loin : que le concubinat a reçu par la loi *Julia et Papia* un *nomen*, ce qui ne veut pas dire un simple nom, mais une existence juridique. La novelle 18 est absolument contraire à leur point de vue. — Au reste, jusqu'aux empereurs chrétiens la terminologie n'est point concluante ; on parle aussi du *pater naturalis* d'un *vulgo quæsitus*, et les inscriptions en offrent des exemples nombreux. — Paul dit à la L. 14 § 2 *De R. N.* 23, 2 : *Nec vulgo quæsitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere*.

Anciennement d'ailleurs le fait d'avoir une amie, *pellex*, de condition subalterne, n'avait rien de blâmable pour l'homme non marié, s'il était fils de famille et si son père ne le mariait pas. — Ci-dessous, § 14, 42. — Plutarque, *Caton l'Ancien*, 24. — Plaute, *Pseudolus*, 433 : ... *Ut nunc mos est, maxume,*

Quid mirum fecit, quid novum, adolescens homo

Si amat, si amicam liberat ?

Des analogues du concubinat se retrouvent chez divers peuples aryens.

Le droit canonique et la législation impériale du moyen âge ont rejeté le concubinat.

L'Eglise l'avait d'abord toléré. Le premier concile de Tolède (400) n'excluait point le concubinaire de la sainte communion :

Les enfants issus du concubinat sont dits, selon une terminologie du droit nouveau, *liberi naturales* dans un sens spécial et technique. Leur situation est fort différente de celle des bâtards, *spurii*, *vulgo quæsitii* ou *concepti*, lesquels sont *filii sine patre* (1). Ils ont un père, et ils peuvent être légitimés (2). Depuis Justinien, ils ont droit à des aliments, ainsi qu'un droit de succession *ab intestat* dans les biens de leur père, lequel à son tour en a un dans leurs biens.

Paul, 2, 20 : *Eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest. Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur.*

Tit. D. 25, 7, C. 5, 26 *De concubinis*. Tit. C. 5, 27 *De naturalibus liberis et matribus eorum et ex quibus causis justi efficiuntur*. Ci-dessus, § 6, 17.

Marcien, L. 3 *De concubinis* : *In concubinato potest esse vel aliena liberta et ingenua et (del. Mommsen) maxime ea quae obscuro loco nata est vel quæstum corpore fecit. Alioquin si*

Ceterum, qui non habet uxorem et pro uxore concubinam habet, a communione non repellatur; tamen unius mulieris aut concubinæ (ut ei placuerit) sit conjunctione contentus. Et Isidore dit : Christiano, non dicam plurimas, sed nec duas si mulhabere licitum est; nisi unam tantum, aut uxorem, aut certe loco uxoris (si conjux deest) concubinam.

Léon le Philosophe a déclaré, qu'entre le mariage et le célibat il n'y a pas d'intermédiaire, et sa Novelle 91 (887-891) porte : *Ut concubinam habere non liceat*. — D'après l'Éclogue (740), tout concubinat devait être traité comme mariage. — Zachariæ, § 2.

Le mariage morganatique, actuellement usité dans une grande partie de l'Europe, peut être comparé au concubinat romain, mais ne s'y rattache nullement, étant d'origine germanique.

(1) Ci-dessus, § 3, 10.

(2) Ci-dessus, § 6, 17.

honestæ vitæ et ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur, sed necesse est ei vel uxorem eam habere vel hoc recusantem stuprum cum ea committere. — Modestin, L. 24 *De R. N.* 23, 2 : In liberæ mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiæ intelligendæ sunt, si non corpore quæstum fecerit. — Ulpien, L. 1 pr. *De concubinis* :... Quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam quam matrem familias habere. § 4. Cujuscumque ætatis concubinam habere posse palam est, nisi minor annis duodecim sit. — Paul, L. 4 : Concubinam ex sola animi destinatione æstimari oportet. — Marcien, L. 3 citée, § 1 :... Quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis pœnam est.. — Constantin, L. un. C. *De concubinis* : Nemini licentiatur constante matrimonio concubinam penes se habere (326).

Paul, L. 144 *De V. S.* 50, 16 : Libro Memorialium Massurius scribit, pellicem apud antiquos eam habitam, quæ, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat, quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari. Granius Flaccus in libro de jure Papiriano scribit, pellicem nunc volgo vocari, quæ cum eo, cui uxor sit, corpus misceat : quosdam (quondam ?) eam, quæ uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam *παλλακήν* Græci vocant. — Démosthènes, contre Neæra, 1386, 19 : ci-dessus, 35. — Ulpien, L. 3 § 1 *De D. i. V. et U.* 24, 1 :... Divus tamen Severus in liberta Pontii Paulini senatoris contra statuit, quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinæ. — Le même, L. 14 pr. *Ad legem Juliam de adulteriis* 48, 5 : Si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit, jure quidem mariti accusare eam non poterit, quæ uxor non fuit, jure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur, si modo ea sit, quæ in concubinatum se dando matronæ nomen non amisit, ut puta quæ patroni concubina fuit.

Justinien, nouvelle 18, ch. 5 (536), nouvelle 89 *De naturalibus liberis* (539).

40. — Une autre relation, également monogamique et licite, est le *contubernium*, qui chez les esclaves tient lieu de mariage, ou qui est, si l'on veut, le mariage des esclaves (1).

Il en résulte, en vertu de l'usage, non de la loi, une parenté entre parents et enfants et entre enfants. Cette *cognatio servilis* forme, après l'affranchissement, empêchement au mariage. Les empereurs chrétiens y attachèrent un droit de succession *ab intestat*.

Il existait aussi, sous les empereurs, un *contubernium*

(1) L'exact analogue du *contubernium* (communauté de cabane) se retrouve dans l'esclavage moderne. Il y a peu d'années encore, aux Antilles espagnoles, ni l'Eglise, ni l'Etat ne connaissaient un mariage entre esclaves. Quand un noir voulait s'unir à une compagne de son choix, il demandait à son maître la permission de partager avec elle sa cabane, et ces unions ne pouvaient se dissoudre qu'avec l'autorisation du maître. — Comparez Plaute, *Casina*, Prologue, vers 67 et s. :

Sunt hic, quos credo nunc inter se dicere:
 Quæso hercle, quid istuc est? Serviles nuptiæ?
 Servine uxorem ducent aut poscent sibi?
 Novom attulerunt, quod fit nusquam gentium.
 At ego aio hoc fieri in Græcia et in Carthagini,
 Et hic in nostra terra et in Apulia;
 Majoreque opera ibi serviles nuptiæ
 Quam liberales etiam curari solent.

La législation post-justinianéenne, en Orient, a reconnu le mariage des esclaves comme mariage véritable; Alexis Comnène a ordonné qu'il reçoive la bénédiction. Les alliances entre libres et esclaves, encore prohibées par Irène, sont déclarées mariages par Léon le Philosophe. — Zachariæ, § 3.

entre libres et esclaves. Selon la règle du droit des gens, l'enfant suivait la condition maternelle.

Un sénatus-consulte Claudien (1) régla le commerce des femmes libres avec les esclaves d'autrui. Si ce commerce avait lieu sciemment et contre le gré du maître, la femme devenait esclave ; des arrangements pouvaient être pris concernant le sort des enfants. Justinien a abrogé ce sénatus-consulte, qui jette un jour peu flatteur sur la dignité des dames romaines de la décadence.

Paul, L. 2 § 2 *De R. N.* 23, 2 : Serviles quoque cognationes in hoc jure observandæ sunt. Igitur suam matrem manumissus non ducet uxorem : tantundem juris est et in sorore et in sororis filia. Idem a contrario dicendum est, ut pater filiam non possit ducere, si ex servitute manumissi sint, et si dubitetur patrem eum esse... § 3. Idem tamen quod in servilibus cognationibus constitutum est, etiam in servilibus adfinitatibus servandum est, veluti ut eam quæ, in contubernio patris fuerit, quasi novercam non possim ducere... — Pomponius, L. 8, même titre : Libertinus libertinam matrem aut sororem uxorem ducere non potest, quia hoc jus moribus, non legibus introductum est. — Paul, 2, 19, 6 : Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest.

Justinien, L. 4 § 10 C. *De bonis libertorum et de jure patronatus* 6, 4 (531).

Paul, 2, 21 a *De mulieribus, quæ se servis alienis junxerint, vel ad Sc^{tum} Claudianum*. Tit. C. 7, 24 *De Sc^{to} Claudiano tollendo*. — Suétone, *Vespasien* 11 : Auctor senatui fuit decernendo, ut quæ se alieno servo junxisset, ancilla haberetur. — Tacite, *Annales*, 12, 53.

(1) *Introduction historique*, § 125.

§ 13. — **Les fiançailles** (1).41. — Stipulation, arrhes, *osculum interveniens*.

41. — Les fiançailles, *sponsalia*, convention de mariage futur (2), avaient anciennement une solennité et une importance qu'à Rome elles ont perdues, mais qui se sont maintenues dans certains droits locaux et même aux portes de la Ville (3). Elles se faisaient, dans le prin-

(1) Pacchioni, *Archivio giuridico*, t. 39. Sur ce travail, voir Schneider, *Kritische Vierteljahrsschrift*, t. 13, p. 254 et s. — Voigt, *Die Zwölf Tafeln*, § 157. — Buhl, *S. Julianus*, § 24.

(2) Le droit canonique appelle les fiançailles proprement dites *sponsalia de futuro*, et le mariage même *sponsalia de præsenti*. Cette terminologie a persisté dans le mot *épousailles*, et dans *époux*, *épouses*.

(3) Fiançailles aryennes et grecques (*ἐγγύησις*) : Leist, *Jus gentium*, § 22. — En Islande, où le droit représente un état plus ancien que celui de Suède, de Norwège et du Danemark, les fiançailles sont la vente de la future épouse par son père ou son tuteur, qui est son plus proche parent mâle, et la livraison, qui doit avoir lieu dans l'année, constitue le mariage. Dareste, p. 348. — Sohm, *Trauung und Verlobung*. 1876. — La même conception, germanique, des fiançailles représentant l'ancien achat se retrouve en France, jusqu'aux temps modernes. Viollet, p. 355-358. — Fiançailles latines : Aulu-Gelle, 4, 4, transcrit ci-après. — Fiançailles espagnoles. Il est permis de citer un fragment de Sénèque, qui fut communiqué par Paul Sadolet à l'historien Arnoul Le Ferron, commentateur de la Coutume de Bordeaux (mort en 1563) : *Corubenses nostri, ut maxime laudarunt nuptias, ita qui sine his convenissent excluderunt cretione hereditatum; etiam pactam ne osculo quidem, nisi Cereri fecissent et hymnos cecinissent, adtingi voluerunt: si quis osculo solo, octo parentibus aut vicinis non ad-*

cipe, par stipulation du fiancé s'il était *sui juris*, sinon de son père, le père ou le tuteur de la fiancée promettant; et il est probable que si le mariage ne suivait pas, le stipulateur avait l'action *ex sponsu* en indemnité. Dans la suite, la stipulation fut remplacée par un simple pacte, qui n'était assujéti à aucune condition de forme, se faisait même entre absents, par lettres, et contenait un engagement non plus unilatéral, mais réciproque, dépourvu d'ailleurs de sanction juridique.

En outre, un principe d'ordre plus élevé prévalut, en vertu duquel la liberté du consentement devait demeurer absolument entière jusqu'au mariage, à tel point qu'on ne pouvait même pas, à l'époque classique, la restreindre par une clause pénale. Seulement, l'oubli non justifié de la parole donnée entraînait la perte des cadeaux de fiançailles ou arrhes (*sponsalitia largitas, arrha sponsalitia*), lesquels comprenaient habituellement un anneau (1).

Le droit nouveau est ici moins délicat que le droit classique. Sous les empereurs chrétiens, on put conve-

hibitis, adtigisset, huic abducendæ quidem sponsæ jus erat, ita tamen ut tertia parte bonorum sobolem suam parens, si vellet, multaret. — Dirksen, *Die Wirksamkeit der Ehegelæbnisse nach der Bestimmungen einzelner Ortsrechte im Bereiche der Ræmischen Herrschaft* (1848). Dans les *Hinterlassene Schriften*. 1871. — Tertullien, le père de l'Église, *De velandis virginibus*, c. 11 : (Virgines) ad desponsationem velantur, quia et corpore et spiritu masculo mixta sunt per osculum et dexteram, per quæ primum resignarunt pudorem spiritu.

(1) Hofmann, *Über den Verlobungs-und Trauring*. 1870. — Sur les donations entre fiancés, *infra*, § 17, 61.

nir d'une peine pécuniaire montant jusqu'au quadruple des arrhes (1).

Celui qui s'était engagé dans deux fiançailles à la fois, ainsi que le père de famille coupable, était frappé d'infamie (2).

On peut fiancer un impubère et une jeune fille non encore nubile, pourvu qu'ils soient sortis de l'enfance, *infantia maiores* (3).

Une coutume, peut-être d'origine espagnole et ibérique, et d'ailleurs fort naturelle, paraît avoir été générale sous les empereurs chrétiens ; c'était de sceller l'accord par un baiser solennel (4).

(1) En droit nouveau, les arrhes ont pu prendre un caractère pénitentiel, que l'on constate dans le Papien (27).

Le droit byzantin a continué dans la voie du retour au passé. La stipulation de peines conventionnelles est devenue légale sous Léon le Philosophe, au profit du fisc. En même temps, les fiançailles commencèrent à être bénies par l'Église. — Zachariæ, § 6. — Le droit canonique et la pratique moderne en divers pays sont revenus à l'ancienne contrainte en admettant une action *ex sponsu*, *matrimonialis*, ou *condictio ex sponsalibus*, en dommages-intérêts ou mariage. On a même prescrit le mariage forcé (en cas de grossesse de la fiancée). La rupture n'est autorisée, en droit canonique, que pour motifs déterminés.

De nos jours, dans les pays du Code Napoléon, la promesse de mariage n'a plus comme telle de valeur juridique.

(2) Lenel, § 16.

(3) Ceci a été confirmé par le droit canonique. C. 4 X. *De desponsatione impuberum* 4, 2.

(4) Voyez ci-devant, p. 135, note 3. — La généralisation de la coutume du baiser, *osculum*, au-delà du midi occidental de l'Europe, ressort du fait que Théodose et Justinien ont inséré dans leurs codes une constitution de Constantin, transcrite au § 17, p. 220, la L. 16 C. (Just.) *De donationibus ante nuptias* 5, 1, et aussi du recueil

La rupture, soit de la part du fiancé, soit de celle de la fiancée, *repudium*, *divortium*, s'opérait au moyen d'une déclaration expresse, ordinairement transmise par messenger : *renuntiatio*, *nuntii remissio*.

Tit. D. 23, 1 *De sponsalibus*. C. 5, 1 *De sponsalibus et arris sponsaliciis et proxeneticis*. Nouvelle 123, ch. 39.

Varron, *De lingua latina* 6, 69-72. — 70 : Spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa ; appellabatur et pecunia et quæ desponsa erat, sponsa... — 71. Qui spoponderat filiam, despondisse dicebatur, quod de sponte ejus, id est de voluntate exierat ; non enim si volebat, dabat, quod sponsu erat alligatus ; — quod tum et prætorium jus ad legem, et censorium judicium ad æquum existimabatur... — 72... Non spondet ille, statim qui dixit « spondeo », si jocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. Itaque quisquis dicit, in tragœdia : « Meministine te despondere mihi gnatam tuam » ? Quod sine sponte sua dixit, cum eo non potest agi ex sponsu.

Aulu-Gelle, 4, 4 : Sponsalia in ea parte Italiæ, quæ Latium appellatur, hoc more atque jure solita fieri, scripsit Servius Sulpicius in libro quem scripsit de dotibus : « Qui uxorem, inquit, ducturus erat, ab eo unde ducenda erat, stipulabatur,

syriaque, du Ve siècle, que Bruns et Sachau ont publié et commenté. *Introduction historique*, § 201.

Le baiser de fiançailles, accompagné d'une donation dite elle-même *oscle*, *osclage*, *ouscle*, *ousclage*, a longtemps été considéré dans le midi et le centre de la France comme indispensable, ainsi que la remise d'un anneau, ou d'une pièce d'argent, ou des deux. L'*oscle*, encore mentionné à Limoges au XVIII^e siècle, désigne dans le Poitou, l'Aunis, l'Angoumois un gain de survie.

Ci-dessous, § 17, 61. — Viollet, p. 357. — Esmein, *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, p. 63.

eam in matrimonium daturum ; ductum iri, qui ducturus erat itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur « sponsalia ». Tum, quæ promissa erat, « sponsa » appellabatur, qui spoponderat ducturum, « sponsus ». Sed si post eas stipulationes uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur ex sponsu agebat. Iudices cognoscebant. Iudex, quamobrem data acceptave non esset uxor, quærebat. Si nihil justæ causæ videbatur, litem pecunia æstimabat, quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari, eum qui spoponderat (qui stipulatus erat), condemnabat ». Hoc jus sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus, quo civitas universo Latio lege Julia data est. Hæc eadem Neratius scripsit in libro quem de nuptiis composuit.

Florentin, L. 1 *De sponsalibus* : Sponsalia sunt mentio (1) et repromissio nuptiarum futurarum. — Ulpian, L. 2, même titre : Sponsalia autem dicta sunt a spondendo, nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras. — Le même, L. 4 : Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia : denique constat et absenti absentem desponderi posse, et hoc cottidie fieri. — Pomponius, L. 5 : Hæc ita, si scientibus his qui absint sponsalia fiant aut si postea ratum habuerint. — Paul, L. 7 : In sponsalibus nihil interest, utrum testatio interponatur, an aliquis sine scriptura spondeat. § 1. In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur, intelligi tamen semper filiæ patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Julianus scribit. — Julien, L. 11 : Sponsalia sicut nuptiæ consensu contrahentium fiunt : et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus

(1) M. Mommsen conjecture ici, sans motif suffisant, *conventio* au lieu de *mentio*, tout en reconnaissant que *mentio* est appuyé par les Grecs, qui ont *μνήμη*.

filiam familias consentire oportet. — Ulpien, L. 12, Paul, L. 13, même titre. *Suprà*, § 8, 22.

Dioclétien et Maximien (293), L. 1 C. *De sponsalibus* : Alii desponsata renuntiare condicioni ac nubere alii non prohibetur. L. 2 C. *De inutilibus stipulationibus* 8, 38. — Constantin (319), L. 15 C. *De donationibus ante nuptias* 5, 3. — Gratien, Valentinien et Théodose, L. 3 C. *De sponsalibus* : Arris sponsaliorum nomine datis, si interea sponsus vel sponsa decesserit, quæ data sunt jubemus restitui, nisi causam, ut nuptiæ non celebrentur, defuncta persona jam præbuerit (380). — Les mêmes, Code Théod., L. 1 *Si provinciæ* 3, 6 : Jubemus, ut deinceps, sive parentes, sive eadem mutaverint voluntatem, non modo juris laqueis liberentur pœnæque expertes sint, quæ quadruplum statuit... — Léon et Anthémios, L. 5 § 5 C. *De sponsalibus* :.. Quadrupli videlicet pœna, quæ anterioribus legibus definita erat, in qua et arrarum quantitas imputabatur, cessante... (472).

Julien, L. 1 *De his qui notantur infamia* 3, 2 : Prætoris verba dicunt : « Infamia notatur..... quive suo nomine non jussu ejus in cujus potestate esset, ejusve nomine quem quamve in potestate haberet, bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit ». — Ulpien, L. 13 § 1, même titre : Si quis alieno nomine bina sponsalia constituerit, non notatur, nisi ejus nomine constituat, quem quamve in potestate haberet : certe qui filium vel filiam constituere patitur, quodam modo ipse videtur constituisse. § 2. Quod ait prætor « eodem tempore », non initium sponsaliorum eodem tempore factum accipiendum est, sed si in idem tempus concurrant. § 3. Item si alteri sponsa, alteri nupta sit, ex sententia edicti punitur.

Paul, L. 134 pr. *De V. O.* 45, 1 : Titia, quæ ab alio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Sejo habenti filiam ; et

tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seji filio Titiae desponderetur; et interpositum est instrumentum, et adjecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset; postea Gaius Sejus constante matrimonio diem suum obiit, et filia ejus noluit nubere; quæro, an Gaii Seji heredes teneantur ex stipulatione. Respondit, ex stipulatione, quæ proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est, vinculo poenæ matrimonia obstringi, sive futura, sive jam contracta. — Valérien et Gallien, L. 2 C. *De repudiis* 5, 17: Liberum est filiae tuæ, si sponsum suum post tres peregrinationis annos expectandum sibi ultra non putat, omissa spe hujus conjunctionis matrimonium facere, ne opportunum nubendi tempus amittat... (259).

Paul, 2, 19, 1: Sponsalia tam inter puberes quam inter impuberes contrahi possunt. — Modestin, L. 14 *De sponsalibus*: In sponsalibus contrahendis ætas contrahentium definita non est ut in matrimoniis. Quapropter et a primordio ætatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intellegatur, id est, si non sint minores quam septem annis.

Gaius, L. 2 § 2 *De divortiis et repudiis* 24, 2: In sponsalibus quoque discutiendis placuit renuntiationem intervenire oportere; in qua re hæc verba probata sunt: *Condicione tua non utor.*

Paul, L. 9 § 1 *De his qui notantur infamia* 3, 2: Sponsi nullus luctus est.

§ 14. — Conditions requises pour le mariage,
et empêchements au mariage (1).

42. Le consentement. — 43. Les empêchements et le mariage putatif.
— 44. Puberté et nubilité. Virilité. — 45. Le principe monogamique.
— 46. Mésalliances. — 47. Unions incestueuses. — 48. Prohibitions
diverses.

42. — Dans l'état de civilisation avancée que représente le droit classique et nouveau, il faut avant tout, pour qu'il y ait mariage, le consentement des deux conjoints, avec celui de leurs pères de famille s'ils sont sous puissance, et pour l'épouse *sui juris* celui de son tuteur (2). Dans un état moins avancé, dont les restes ont

(1) Plusieurs des conditions énoncées au présent paragraphe sont exigées encore aujourd'hui dans les pays de civilisation chrétienne. Cependant c'est plutôt le droit canonique qui régit cette matière chez les catholiques, surtout le Décret du concile de Trente, session XXIV, *De reformatione matrimonii*. Chez les protestants, les conditions du mariage sont fixées par les législations particulières, ordonnances ecclésiastiques et autres. Dans plusieurs pays, dont le nombre va croissant, le droit matrimonial est entièrement sécularisé ; tels sont, en général, les pays du Code Napoléon ; en Allemagne, le mariage est régi par la loi impériale du 6 février 1875, en Autriche par celle de 1868 ; en Suisse la sécularisation générale date de 1874.

(2) Le mariage étant un sacrement, le droit canonique attache moins d'importance au consentement paternel. On peut suivre cette tendance depuis les premiers siècles du moyen âge jusqu'au concile de Trente, lequel a frappé d'anathème ceux « qui falso affirmant, matrimonia a filiis familias sine consensu parentum contracta irrita esse, et parentes ea rata vel irrita facere posse ». Session XXIV, *Decretum de reformatione matrimonii*, ch. I. — Le droit français a lutté contre cette doctrine, et sous l'ancien régime le consentement paternel était inexorablement exigé ; des

subsisté longtemps, le consentement de l'épouse n'était point requis, celui de son père ou de son tuteur suffisait ; ce n'était pas l'épouse qui se mariait, c'était son père ou son tuteur qui la donnait en mariage, comme le père donnait son enfant en adoption (1). De même, dans le bon vieux temps, pour le fils de famille : il ne se mariait pas, son père le mariait. A l'époque des jurisconsultes classiques, la fille ne peut refuser l'époux auquel son père l'accorde, que si cet époux est indigne, tandis que le fils ne peut jamais être contraint à prendre une femme qu'il ne veut pas.

Le consentement du père de famille est un ordre, *jussus*. La loi *Julia et Papia* obligeait, dans certaines conditions, les pères de famille à donner leur consentement.

Il va sans dire que le consentement doit être réel et vrai, non surpris ni extorqué (2), et que les per-

rigueurs du vieux droit, il ne subsiste aujourd'hui que la formalité assez vaine des actes respectueux. — Viollet, p. 342-348.

Le Papien (37) contient des dispositions particulières qui se rattachent peut-être à une coutume provinciale : *Nuptiæ legitimæ contrahuntur, si consensu parentum aut ingenuorum virorum, interveniente nuptiali donatione, legitime celebrentur. Quodsi parentes defuerint, honestarum personarum consensus perficit nuptias, si tamen nuptialis donatio solemniter celebretur.*

L'Éclogue de Léon et Constantin (740) substituait au consentement paternel celui des père et mère, que l'enfant fût sous puissance ou non. Les Basiliques sont revenues au droit de Justinien.

(1) Le droit grec en est resté là. A défaut du père, ce sont les frères qui marient leur sœur.

(2) Les principes généraux touchant l'erreur, le dol, la contrainte, la simulation sont applicables au consentement nuptial.

sonnes dénuées d'intelligence ne peuvent consentir.

Le consentement requis est le consentement nuptial, *de præsenti*, par opposition au consentement *de futuro* qui est le *consensus sponsalitiis*.

Pour le mariage même, sauf un très petit nombre de cas dont il sera parlé au § 16, c'est le simple consentement, *nudus consensus*, sans formalité aucune (1).

Diverses cérémonies, remontant à la haute antiquité gréco-italique et indo-européenne, rappelant le rapt, la lutte, la réconciliation, symbolisant la vie commune, empreintes d'ailleurs d'un caractère manifestement reli-

(1) Les Arméniens avaient conservé comme mode de conclusion du mariage l'achat de la femme avec prix, réel ou fictif. Justinien leur a enjoint, par la nouvelle 21, de l'an 536, de renoncer à cette vieille coutume, comme aux privilèges de masculinité et à l'exclusion des femmes de l'hérédité : *Expresse quoque lege illud etiam... corrigendum esse putavimus, ne barbarorum more viri quidem parentibus, fratribus reliquisve cognatis succedant, feminae vero non item, neve illae sine dote nubant, nec a maritis futuris emanantur...* — Voir aussi l'édit 3^e de Justinien, de 535. — Sur le mariage par achat, ci-dessous, § 15, 50.

Il existait dans l'empire, à la même époque, des populations qui avaient conservé le mariage par rapt ; il en existait encore en Europe jusque dans notre siècle : les Slaves méridionaux. — Comparez Post, *Studien zur Entwicklungsgeschichte des Familienrechts*, p. 141 et en général p. 137-157. — C'est à quoi a trait un passage bien connu de Justinien, L. un. § 2 C. *De raptu virginum* 9, 13, de l'an 533 :... *Nulla modo nullo tempore datur a nostra serenitate licentia eis consentire, qui hostili more in nostra republica matrimonium student sibi conjungere.*

Le mariage par simple consentement déclaré, sans autre, subsiste encore aujourd'hui aux États-Unis et en Écosse, et en général partout où les canons du concile de Trente n'ont pas été promulgués et où le mariage n'a été ni sécularisé ni soumis à des lois spéciales. Voir la note en tête de ce paragraphe.

gieux, étaient d'usage dans le mariage des vierges. Elles n'étaient, à l'époque à nous connue, nullement essentielles, mais elles ont pu et dû l'être autrefois, et certaines ont même donné leur nom au mariage. C'est d'abord la prise du voile écarlate, *flammeum*, signe antique des fiançailles : la fiancée se couvre, *nubit*, elle sera désormais *nupta*, d'où les *nuptiæ* et le *conubium* (1). Puis la *dextrarum junctio* ou *permissio dextræ*, qui fait songer naturellement à la *conventio in manum* ; puis le sacrifice d'une brebis, jadis d'une truie ; la *pellis lanata* ; le tour de l'autel ; le repas. Ensuite la *deductio in domum mariti* avec un simulacre de violence (2), des pleurs, des cris, le soir, à la lueur des flambeaux, les fuseaux et la quenouille figurant dans le cortège nuptial ; les chants joyeux et même licencieux ; les paroles sacramentelles échangées au seuil de la maison conjugale : *Ubi tu Gaius, ego Gaia*, correspondant à une vieille formule hindoue ; la consécration de la maison par la mariée ; le seuil franchi par elle sans le toucher du pied ; les trois as qu'elle apporte et dépose ; enfin la communication de l'eau et du feu, marquant sa réception dans la famille du mari (3). De ces divers actes

(1) Ce voile était une couverture de tête qui ne cachait pas le visage. La coutume du voile était commune aux Italiens et aux Grecs, qui nomment la fiancée *νύμφη* ; on peut comparer la *Haube* germanique.

(2) Festus : Rapi simulatur virgo ex gremio matris, aut, si ea non est, ex proxima necessitudine, cum ad virum trahitur.

(3) On retrouve plusieurs des cérémonies romaines, avec des variétés nombreuses, en Grèce et un peu partout dans le monde indo-européen, à diverses époques et encore de nos jours.

plus ou moins solennels, dont je n'ai mentionné que quelques-uns, le plus important de beaucoup est la *domum ductio*. L'époux *ducit uxorem*, l'épouse *ducitur*.

Il va sans dire que le mariage ne doit pas être célébré en un jour prohibé par la religion ni sous des présages funestes ; non plus qu'en violation de l'an de deuil (1).

J'ai dit que si l'épouse était *sui juris*, elle ne pouvait consentir que sous l'autorité de son tuteur. Un moment vint où l'autorisation n'était guère refusée, pour peu que le mariage fût raisonnable ; en cas de tutelle légitime, le mariage était bien probablement une des *magnæ causæ* où le magistrat se réservait d'intervenir, et

Voir entre autres Varron, *De re rustica*, 2, 4 :... In Hetruria, in conjunctione maritali nova nupta et novus maritus primum porcam immolant. Prisci quoque Latini, etiam Græci in Italia idem factitasse videntur. — Sur Gaius et Gaia : Valère-Maxime, 10. — Plutarque, *Quæstiones Romanæ*, 30 : Διὰ τί τὴν νύμφην εἰνάγοντες λέγειν κελεύουσιν : "Οπου σὺ Γάιος, ἐγὼ Γαία. Πότερον, ὥσπερ ἐπὶ ῥητοῖς εὐθὺς εἴσεισι τῷ κοινωνεῖν ἀπάντων καὶ συνάρχειν, καὶ τὸ μὲν δηλούμενόν ἐστιν Ὅπου σὺ κύριος καὶ οἰκοδεσπότης, καὶ ἐγὼ κυρία καὶ οἰκοδέσποινα.

Rosbach, p. 352-359, 254-389. — Karlowa, *Die Formen der Römischen Ehe und Manus*. 1868. — Voigt, *Die Zwölf Tafeln*, § 158. — Leist, *Jus gentium*, §§ 19-25 : Eheeingehung, Ehegründung, Eheeingesetzung, Ehevollziehung.

Sur les trois as, Nonius, 363 : Nubentes veteri lege Romana asses tres ad maritum venientes solere pervehere, atque unum, quem in manu tenerent, tamquam emendi causa marito dare ; alium, quem in pede haberent, in foco Larium familiare ponere ; tertium, quem in sacciperione condidissent, conpito vicinali solere resenare (*reservare ? resonare ?*) ;... quos ritus Varro de vita P. R. percucurrit.

(1) Ci-dessous, § 20, 69.

quant aux tuteurs *alterius generis*, il pouvait les contraindre à autoriser (1).

La puissance maritale se fondait, comme on le verra plus loin, au moyen de certains actes remontant à une antiquité reculée, et que l'on peut concevoir comme étant les modes de contracter le mariage avec puissance maritale (2). C'est l'acte religieux de la *confarreatio*, marquant la communion de vie et de culte; c'est aussi l'acte civil de la *coemptio*, souvenir de l'ancien mariage par achat.

Elle se fondait encore par usucapion. L'usucapion suppose un mariage déjà existant, et la *coemptio* peut également avoir lieu durant le mariage, afin de transformer l'union *sine manu* en mariage *cum in manum conventionem*.

Le fait de la consommation (*copula carnalis*), auquel le droit canonique devait donner tant d'importance, n'en avait aucune en droit romain.

Tit. I. *De nuptiis* 1, 10. Tit. D. *De ritu nuptiarum* (R. N.) 23, 2. Tit. C. *De nuptiis* 5, 4; *De incestis et inutilibus nuptiis* 5, 5; *De interdicto matrimonio inter pupillam et tutorem seu curatorem liberosque eorum* 5, 6; *Si quacumque præditus potestate vel ad eum pertinentes ad suppositarum jurisdictioni suæ adspirare tentaverint nuptias* 5, 7; *Si nuptiæ ex rescripto petantur* 5, 8; *De secundis nuptiis* 5, 9; *De raptu virginum seu viduarum necnon sanctimonialium* 9, 13. — Nouvelles 134, ch. 12; 143, 150, 157. — Pr. I. *De nuptiis*: Justas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secun-

(1) Ci-dessous, § 31, 108.

(2) Ci-dessous, § 15, 50.

dum præcepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminae autem viri potentes, sive patres familias sint, sive filii familias, dum tamen filii familias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet in tantum, ut jussum parentis præcedere debeat. — Paul, L. 2 *De R. N.*; Julien, L. 11 *De sponsalibus*; Ulpien, L. 12, Paul, L. 13 même titre. *Supra*, § 8, 22; § 13, 41. — Gordien, L. 8 C. *De nuptiis*: In copulandis nuptiis nec curatoris, qui solum rei familiaris sustinet administrationem nec cognatorum vel affinium ulla auctoritas potest intervenire, sed spectanda est ejus voluntas, de cujus conjunctione tractatur (241). — L. 19 *De R. N. Infra*, § 17, 55.

Ulpien, § 2. *Supra* § 12, 35. — Paul, 2, 19, 2: Eorum, qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus matrimonia non contrahuntur; sed contracta non solvuntur; contemplatio enim publicæ utilitatis privatorum commodis præfertur (1).

Ulpien, L. 30 *De R. J.* 50, 17: Nuptias non concubitus, sed consensus facit. — Le même, L. 15 *De C. et D.* 35, 1: Cui fuerit sub hac condicione legatum « si in familia nupsisset », videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit: nuptias enim non concubitus, sed consensus facit.

Pomponius, L. 5 *De R. N.*: Mulierem absenti per literas ejus vel per nuntium posse nubere placet, si in domum ejus deduceretur: eam vero, quæ abesset, ex literis vel nuntio suo duci a marito non posse: deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum (2), quasi in domicilium matri-

(1) Le sens de ce texte est que si le mariage a été contracté (avec le consentement du père de famille), celui-ci ne pourra pas, par un acte de sa volonté, le dissoudre.

(2) Deductione enim opus esse uxoris in mariti domum. Mommsen, Pagenstecher.

monii. — Ulpien, L. 6, même titre : Denique Cinna scribit : eum, qui absens (1) accepit uxorem, deinde rediens a cena juxta Tiberim perisset, ab uxore lugendum responsum est. — Paul, L. 7, même titre : Ideoque potest fieri, ut hoc casu aliqua virgo et dotem et de dote habeat actionem.

Paul, II, 19, 7 : Neque furiosus neque furiosa matrimonium contrahere possunt ; sed contractum matrimonium furore non tollitur. — Pr. I. *De nuptiis* : ...Unde quæsitum est, an furiosi filia nubere aut furiosi filius uxorem ducere possit ? Cumque super filio variabatur, nostra processit decisio, qua permissum est ad exemplum filiae furiosi filium quoque posse et sine patris interventu matrimonium sibi copulare secundum datum ex constitutione modum. — Justinien, L. 25 C. *De nuptiis* (530).

43. — Pour que le consentement, tel que je l'ai caractérisé, produise un juste mariage, certaines conditions doivent être réalisées, dont les unes sont générales et absolues, tandis que les autres ont trait aux relations qui existent entre les personnes qui veulent s'unir. L'absence des conditions requises constitue des empêchements, qui sont ou bien absolus ou relatifs. Ils sont encore ou dirimants, c'est-à-dire que le mariage contracté malgré l'empêchement est nul, ou simplement prohibitifs, c'est-à-dire que ce mariage n'est pas nul, mais qu'il entraîne certains inconvénients. Cette terminologie, usuelle aujourd'hui, est d'origine canonique, non romaine.

Le mariage contracté de bonne foi, dans l'ignorance

(1) Pierre Dufaur conjecture ainsi avec raison. La Florentine porte *absentem*.

de l'empêchement dirimant, est appelé par les modernes mariage putatif. L'enfant qui en est provenu avant la déclaration de nullité, est assimilé aux légitimes, d'après un rescrit de Marc-Aurèle et Vérus (1).

Marcien, L. 57 a *De R. N.* : Divi Marcus et Lucius Imperatores Flaviæ Tertullæ per mensorem libertum ita rescripserunt : « Movemur et temporis diuturnitate, quo ignara juris in matrimonio avunculi tui fuisti, et quod ab avia tua collocata es, et numero liberorum vestrorum : idcircoque cum hæc omnia in unum concurrunt, confirmamus statum liberorum vestrorum in eo matrimonio quæditorum, quod ante annos quadraginta contractum est, perinde atque si legitime concepti fuissent ». — Valentinien, Théodose et Arcadius, L. 4 C. *De incestis ac inutilibus nuptiis* 5, 5.

44. — Une première condition requise est que le mari soit pubère et la femme nubile, parce que le fondement matériel du mariage est l'union des sexes, *conjunctio maris et feminæ*, et son but la procréation d'enfants. La puberté, comme la nubilité, est un état physique, qui se constatait dans la haute antiquité par un examen corporel et se manifestait par le changement solennel de costume, opéré dans la fête annuelle des *liberalia*. Cet état physique s'établissant normalement à un certain âge, il est naturel que cet âge moyen se soit substitué peu à peu à l'ancienne constatation ; les Proculiens déclaraient celle-ci inutile, tandis que les

(1) Ceci a été développé par le droit canonique, et consacré par les articles 201 et 202 du Code Napoléon. — Cap. 2, 14, 15 X. *Qui filii sint legitimi* 4, 17.

Sabiniens insistaient sur l'habitude du corps et que certains jurisconsultes, fidèles probablement à la tradition, exigeaient l'un et l'autre. Justinien a consacré officiellement la doctrine proculienne, laquelle était sans aucun doute reçue depuis longtemps. L'âge requis était, déjà sous la République et en vertu de la coutume, la quatorzième année révolue pour les garçons, la douzième pour les filles; mais on peut conjecturer qu'il était primitivement de dix-sept ou dix-huit ans pour les garçons, en Italie comme en Grèce; cet âge marque l'étape la plus importante dans la vie des Aryens méridionaux, et à Rome même, il en est resté plus d'une trace (1).

(1) Godanavidhi des Hindous; droit grec de Solon, Pittacus et Charondas. Constataion aryenne de la puberté: Leist, *Rechtsgeschichte*, § 13. — Aulu-Gelle, 10, 28: K. Tubero in Historiarum primo scripsit, Servium Tullium, regem populi Romani, cum illas quinque classes seniorum et juniorum census faciendi gratia institueret, pueros esse existimasse, qui minores essent annis septem decem, atque inde ab anno septimo decimo, quo idoneos jam esse reipublicæ arbitraretur, milites scripsisse.... Eam rem propterea notavi, ut discrimina, quæ fuerint iudicio moribusque majorum pueritiæ, juventæ, senectæ, ex ista censione Servii Tullii, prudentissimi regis, noscerentur. — Ulpien, L. 1 § 3 *De postulando* 3, 1: ... Pueritiam, dum minorem annis decem et septem, qui eos non in totum complevit, prætor prohibet postulare... — Paul, 3, 4a, 2: Spadones eo tempore testamentum facere possunt, quo plerique pubescunt, id est annorum decem et octo. — Modestin, L. 40 § 1 *De adoptionibus* 1, 7. Ci-dessus, § 7, 21. — La 18^e année révolue pour les garçons, la 14^e pour les filles sont prises en considération comme dates finales de l'obligation alimentaire limitée à l'impuberté.

Sur la détermination de la puberté, v. notamment Gaius, 1, 196; Ulpien, 11, 28; Isidore, 11, 2; Pr. I. *Quibus modis tutela finitur* 1, 22. — *Pubes* signifie adolescent, *pubescere* entrer dans

L'eunuque, *castratus*, ne saurait contracter mariage, tandis que le simple *frigidus*, impuissant de nature et non par suite d'une opération dont les résultats sont manifestes, peut se marier. Les Romains ne fouillaient pas certains secrets où les modernes se sont complus (1).

La coutume, dont la loi *Julia et Papia* a tenu compte, interdisait le mariage aux personnes âgées. La limite était fixée à soixante ans pour les hommes, à cinquante pour les femmes. Un sénatus-consulte rendu sous Tibère paraît avoir étendu au-delà de cette limite les dispositions de la loi ; il fut rapporté partiellement et modifié sous Claude et sous Néron (2). Justinien assimila le mariage des gens âgés à tout autre mariage.

Ulpien, 5, 2. Ci-dessus, § 12, 35. — Pr. I. *De nuptiis* 1, 10. Ci-dessus, 42. — Pomponius, L. 4 *De R. N.* : *Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset duodecim annos.*

l'adolescence. L'origine étymologique est incertaine. — Bréal et Bailly, au mot *Pubes*.

En France, les mariages entre jeunes gens de quatorze et douze ans étaient assez fréquents au moyen âge et jusqu'en plein XVIII^e siècle, au dire de M. Viollet, p. 353. Aujourd'hui, les législations fixent diversement l'âge requis pour contracter mariage.

La doctrine des Sabinien, transmise par Isidore de Séville, a influé sur le droit canonique.

(1) L'impuissance est d'ailleurs en droit nouveau un motif de divorce. Ci-dessous, § 18, 64. Le droit canonique a considéré l'impuissance du mari, inconnue à la femme au moment du mariage, comme constituant un cas d'erreur sur la personne et de nullité. A partir du XIII^e siècle, s'est introduite en France la scandaleuse procédure du congrès, que le parlement de Paris n'abolit qu'en 1677.

(2) Sénatus-consultes Persicien et Calvisien.

Ulpien, L. 39 § 1 *De J. D.* 23,3: Si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror, castratus fuerit necne, ut in castrato dicas dotem non esse: in eo, qui castratus non est, quia est matrimonium, et dos et dotis actio est.

Suétone, *Clàude*, 23: Capiti Papiæ Poppææ legis, a Tiberio Cæsare, quasi sexagenarii generare non possent, edicto abrogavit.

Justinien, L. 27 C. *De nuptiis*: Sancimus nuptias, quæ inter masculos et feminas majores vel minores sexagenariis vel quinquagenariis lege Julia vel Papia prohibitæ sunt, homines volentes contrahere et ex nullo modo vel ex nulla parte tales nuptiæ impediri (531 ou 532).

45. — Les conjoints doivent être libres de tout lien antérieur. Les Romains étaient strictement monogames (1).

Gaius, 1, 63: ... Neque eadem duobus nupta esse potest,

(1) Le concubinat même est monogamique. La bigamie n'est pas, à proprement parler, une notion de droit privé, car le mariage contracté par une personne déjà mariée est nul, et les enfants qui en sont issus sont *spurii*. Au point de vue pénal, la bigamie est envisagée, selon les cas, soit comme adultère, soit comme *stuprum*. Le bigame est frappé d'infamie. — On lit dans Suétone, *César* 52, que le tribun Helius Cinna déclarait que César avait rédigé ou fait rédiger un projet de loi autorisant la polygamie: *uti uxores liberorum quærendorum causa quas et quot ducere vellent, liceret*.

La polygynie permise aux Gaulois selon César, aux Germains selon Tacite et même longtemps après leur établissement dans les Gaules, était usitée chez les Slaves, les Hindous et les Perses. La polyandrie a existé chez les Hindous et les Germains, et fut longtemps pratiquée chez les Bretons; elle n'était point inconnue à Sparte. — César, *De bello Gallico* 5, 14; 6, 19. Tacite, *Germanie*, 16.

neque idem duas uxores habere. — Dioclétien et Maximien, L. 2 C. *De incestis at inutilibus nuptiis* : Neminem, qui sub ditione sit Romani nominis, binas uxores habere posse vulgo patet, cum et in edicto prætoris hujusmodi viri infamia notati sint. Quam rem competens judex inultam esse non patietur (285).

46. — Admis depuis la loi *Canuleia* entre patriciens et plébéiens, le juste mariage l'était aussi, vers la fin de la République (1), entre ingénus et affranchis. Mais cette alliance était réputée peu honorable (2), et selon la loi *Julia de maritandis ordinibus* c'est pour les membres de familles sénatoriales une mésalliance, comme le mariage des ingénus avec certaines femmes dégradées, prostituées, danseuses, comédiennes (3). Marc-Aurèle frappa même de nullité le mariage entre sénatoriens et affranchis, ce qui fut abrogé par Justinien.

Ulpien, 16, 2 : Aliquando (vir et uxor) nihil inter se capiunt : id est, si contra legem Juliam Papiamve Poppæam contraxerint matrimonium, verbi gratia si famosam ingenuus uxorem duxerit, aut libertinam senator. — Paul, L. 16 pr. *De R. N.*

(1) Il ne l'était pas encore entre la 2^e et la 3^e guerre punique. Un sénatus-consulte souvent cité, de l'an 186 avant notre ère, permit à l'affranchie Hispalla Fecennia, en guise de récompense, « uti ei ingenuo nubere liceret neu quid ei qui eam duxisset ob id fraudi ignominiaëve esset ». Tite-Live, 39, 19.

(2) Cicéron (*Philippiques* 2, 2) reproche à Antoine d'être gendre d'un *libertinus* : Cum te omnes recordarentur libertini generum, et liberos tuos nepotes Q. Fadii, libertini hominis, fuisse. Caton épousa, dans sa vieillesse, la fille d'un affranchi, et ce fut une des taches de son déclin.

(3) *Introduction historique*, § 121. Ci-dessus, § 12, 38.

23, 2 : Oratione D. Marci cavetur ut, si senatoris filia libertino nupsisset, nec nuptiæ essent : quam et senatusconsultum secutum est. — Justinien, l. 29 C. *De nuptiis* 5, 4. *Novelle 117 De diversis capitibus et solutione matrimonii*, ch. 6 : ... Constantini vero piæ memoriæ legem ad Gregorium scriptam, ejusque interpretationem a Marciano piæ memoriæ factam, per quas mulierum conjunctiones, quas Constantini lex abjectas vocavit, cum quibusdam dignitatibus decoratis prohibentur, nullo plane modo valere permittimus, sed licentiam illis, qui volunt, præbemus, etsi quibuslibet magnis dignitatibus ornentur, tales mulieres instrumentis dotalibus factis sibi jungendi. Reliquis vero, præter eos qui magnis dignitatibus ornati sunt, liceat hujusmodi mulieres, sive scriptis voluerint, sive sola maritali affectione, in matrimonium accipere, modo liberæ sint et tales cum quibus nuptias contrahere permissum est (542).

47. — Le mariage était prohibé entre proches parents (1), en ligne directe à l'infini, en ligne collatérale à l'origine jusqu'au sixième degré inclusivement, plus tard jusqu'au quatrième. L'usage l'autorisa entre cousins germains (2), et Claude, épris d'Agrippine, permet

(1) Le mariage entre frère et sœur, permis à Athènes, au moins avec la sœur consanguine, a toujours été proscrit à Rome comme incestueux. Les Perses toléraient et encourageaient l'inceste, même en ligne directe, tandis que les Sûtras de l'Inde interdisent le mariage jusqu'au 4^e degré du côté de la mère et jusqu'au 6^e du côté paternel. Plutarque, *Questions romaines*, 108, expose les particularités romaines en matière d'empêchement pour parenté. Cornelius Nepos, *De excellentibus ducibus*, préface : Neque enim Cimoni fuit turpe, Atheniensium summo viro, sororem germanam habere in matrimonio, quippe cum cives ejus eodem uterentur instituto. At id quidem nostris moribus nefas habetur.

(2) Déjà du temps de Cicéron. *Pro Cluentio*, 5. D'après une

à l'oncle paternel d'épouser sa nièce ; ceci dura, non sans intermittences, jusqu'à Zénon. Dès lors le plus proche degré licite est de rechef le quatrième (1).

Le mariage est d'ailleurs interdit entre personnes dont l'une est vis-à-vis de l'autre en situation d'observer le *respectus parentelæ* : frères ou sœurs d'ascendants, descendants de frères ou sœurs.

Des motifs d'ordre moral s'opposent au mariage entre personnes qui sont dans un rapport de proche parenté par suite d'adoption, ainsi qu'entre alliés. Entre parents adoptifs en ligne directe, l'empêchement subsiste même après que la relation d'adoption a cessé ; entre collatéraux il prend fin avec celle-ci. L'affinité en ligne directe a toujours constitué un empêchement au moins moral (2). Les empereurs chrétiens ont interdit le mariage entre beau-frère et belle-sœur, déjà condamné par l'Église (3) ; il y a empêchement pour quasi-affinité entre alliés par adoption, aux mêmes degrés. De même entre

constitution de Théodose I, qui est perdue, il fallait obtenir sous les empereurs chrétiens, au moins en Occident, une dispense. — Honorius et Théodose (409), L. unique, C. Théod. *Si nuptiæ ex rescripto petantur* 3, 10 :... Exceptis his, quos consobrinorum, hoc est quarti gradus, conjunctionem lex triumphalis memoriæ patris nostri, exemplo indultorum, supplicare non vetavit.

(1) L'empêchement de parenté a été considérablement étendu par le droit canonique, ainsi que le système des dispenses.

(2) Cicéron, *Pro Cluentio* 5, nous montre une belle-mère épousant son gendre *contra fas*.

(3) Conciles d'Elvire (305 ou 306), de Néocésarée (entre 311 et 325). Jusqu'à Zénon, il était possible d'obtenir des dispenses. — Bruns, *Syrisch-ræmisches Rechtsbuch*, p. 279.

un fiancé et les ascendants ou descendants de l'autre.

Alexandre Sévère interdit au fils d'épouser la concubine de son père.

Le mariage incestueux est criminel et frappé de nullité. Les enfants, que les modernes appellent incestueux, sont *spurii* (1).

Tite-Live, fragment du livre XX (*Hermes*, 1870, p. 372) : P. Cælius patricius primus adversus veterem morem intra septimum cognationis gradum duxit uxorem. (Peu avant la 2^e guerre punique, entre 241 et 219.) — Tacite, *Annales* 12, 6 : « Nova nobis in fratrum filias conjugia. Sed aliis gentibus solemnia, nec lege ulla prohibita : et sobrinarum, diu ignorata, tempore addito percrebuisse ». (An 50 de notre ère.) — Paul, L. 39 pr. *De R. N.* 23, 2 : Sororis proneptem non possum ducere uxorem, quoniam parentis loco ei sum. — Dioclétien et Maximien, L. 17. C. *De nuptiis* 5, 4 : Nemi ni liceat contrahere matrimonium cum filia nepte pronepte, itemque matre avia proavia et ex latere amita ac matertera, sorore sororis filia et ex ea nepte, praeterea fratris filia et ex ea nepte, itemque ex adfinibus privigna noverca nuru socru ceterisque, quæ jure antiquo prohibentur : a quibus cunctos volumus abstinere (295). — Zénon, L. 9 *De incestis et inutilibus nuptiis* 5, 5 : Ab incestis nuptiis universi qui nostro reguntur imperio noverint temperandum. Nam rescripta quoque omnia vel pragmaticas formas aut constitutiones impias, quæ quibusdam personis tyrannidis tempore

(1) L'inceste entre parents en ligne directe est *incestus jure gentium*, en ligne collatérale *incestus juris civilis*. Le commerce avec une vestale est aussi un inceste. — Paul, L. 68. *De R. N.* 23, 2 : Jure gentium incestum committit, qui ex gradu ascendentium vel descendentium uxorem duxerit... — Papinien, L. 39 § 2 *Ad legem Juliam de adulteriis* 48, 5.

permiserunt scelesto contubernio matrimonii nomen imponere, ut fratris filiam vel sororis et eam, quæ cum fratre quondam nuptiali jure habitaverat, uxorem legitimam turpissimo consortio licere amplecti, aut ut alia hujus modi committerentur, viribus carere decernimus, ne dissimulatione culpabili nefanda licentia roboretur (476-484).

Gaius 1, 58-64. — Ulpien, 5, 6, 7 : Si quis eam, quam non licet, uxorem duxerit, incestum matrimonium contrahit, ideoque liberi in potestate ejus non fiunt, sed quasi vulgo concepti spurii sunt. — §§ 1-4, I. *De nuptiis* 1, 10 : Duorum autem fratrum vel sororum liberi vel fratris et sororis jungi possunt. §§ 5-10. — Arcadius et Honorius, L. 19 C. *De nuptiis* : Celebrandis inter consobrinos matrimoniis licentia hujus legis salubritate indulta est, ut revocata prisca juris auctoritate restinctisque calumniarum fomentis matrimonium inter consobrinos habeatur legitimum, sive ex duobus fratribus sive ex duobus sororibus sive ex fratre et sorore nati sunt, et ex eo matrimonio editi legitimi et suis patribus successores habeantur (405).

Valentinien, Théodose et Arcadius, L. 5, même titre : Fratris uxorem ducendi vel duabus sororibus conjungendi penitus licentiam submovemus, nec dissoluto quocumque modo conjugio (393).

Alexandre Sévère, L. 4 C. *De nuptiis* : Liberi concubinas parentum suorum uxores ducere non possunt, quia minus religiosam et probabilem rem facere videntur. Qui si contra hoc fecerint, crimen stupri commitunt (228) (1).

(1) Comparez Ulpien, L. 1 § 3 *De concubinis* 25, 7 : Si qua in patroni fuit concubinato, deinde filii esse coepit vel in nepotis, vel contra, non puto eam recte facere, quia prope nefaria est hujus modi conjunctio et ideo hujus modi facinus prohibendum est.

Justinien a défendu au parrain d'épouser sa filleule, introduisant ainsi dans le droit romain la parenté spirituelle, inconnue auparavant (1).

Justinien, L. 26 C. *De nuptiis* : Ea videlicet persona omnimodo ad nuptias venire prohibenda, quam aliquis, sive alumna sit, sive non, a sacrosancto suscepit baptismo, cum nihil aliud sic inducere potest paternam affectionem et justam nuptiarum prohibitionem, quam hujusmodi nexus, per quem Deo mediante animæ eorum copulatæ sunt (530).

On avait discuté la question de savoir si le mariage avec l'*alumna*, c'est-à-dire l'enfant qu'on a élevée et affranchie, n'était pas illicite. Le motif du doute n'était pas la notion d'une parenté spirituelle, mais une supposition ou vraisemblance de paternité. Justinien a déclaré ce mariage parfaitement licite.

Justinien, L. 26 C. *De nuptiis* : Si quis alumnam suam libertate donaverit, et in matrimonio suo collocaverit, dubitabatur apud antiquos, utrumne hujusmodi nuptiæ legitimæ esse videantur an non. Nos itaque vetustam ambiguitatem decidentes, non esse vetitum matrimonium censemus. Si enim ex affectu omnes introducuntur nuptiæ, et nihil impium nec legibus contrarium in tali copulatione spectamus, quare prædictas nuptias inhibendas existimaverimus? Nec enim homo sic impius invenitur, ut, quam ab initio loco filiæ habuit, eam postea in suo collocaverit matrimonio, sed ei credendum est, qui eam et ab initio non ut filiam educavit, et

(1) Le droit canonique a étendu cette interdiction, et créé une relation quasi-parentale même entre parrain et marraine. Concile de Trente, session XXIV, ch. 2. Cet empêchement n'a été abrogé en Allemagne qu'en 1875.

libertate donavit, et dignam esse postea suo putavit matrimonio (530).

48. — La loi *Julia de adulteriis* a interdit le mariage entre l'adultère et son complice (1). Constantin, puis Justinien ont interdit le mariage entre le ravisseur et la personne enlevée.

Papinien, L. 13 *De his quæ ut indignis* 34, 9 : Claudius Seleucus Papiniano suo salutem. Mævius in adulterio Sempronie damnatus eandem Semproniam non damnatam duxit uxorem : qui moriens heredem eam reliquit. Quæro, an justum matrimonium fuerit et an mulier ad hereditatem admittatur. Respondi, neque tale matrimonium stare neque hereditatis lucrum ad mulierem pertinere... — Cf. L. 12 § 11, L. 30 § 1 *Ad legem Juliam de adulteriis* 48, 5. — Justinien, nov. 134, ch. 12 (536).

Constantin, L. 1 C. Théod. *De raptu virginum vel viduarum* 9, 24 (320). — Justinien, L. un. C. 9, 13 *De raptu virginum seu viduarum necnon sanctimonialium*. § 2 : Nec sit facultas raptæ virgini vel viduæ vel cuilibet mulieri raptorem suum sibi maritum exposcere ... (533).

Des mandats impériaux ont défendu aux fonctionnaires d'épouser des provinciales de leur ressort.

(1) Code Napoléon, 298. La prohibition du mariage entre adultère et complice s'est maintenue dans la plupart des pays ; elle n'existe pas en Angleterre, ni, depuis 1874, en Suisse. Le droit canonique a mitigé sur ce point le droit romain. Des décrétales d'Alexandre III ne font de l'adultère un empêchement au mariage que lorsque les coupables ou l'un d'eux ont attenté à la vie de l'époux trompé, ou lorsqu'ils se sont promis le mariage de son vivant. C. 3 et 6 X. *De eo qui duxit in matrimonium quam poluit per adulterium* 4,7.

§ 15. — MARIAGE AVEC PUISSANCE MARITALE. 161

Paul, L. 38 *De R. N.* 23, 2 : Si quis officium in aliqua provincia administrat, inde oriundam vel ibi domicilium habentem uxorem ducere non potest, quamvis sponsare non prohibeatur, ita scilicet ut, si post officium depositum noluerit mulier nuptias contrahere, liceat ei hoc facere arris tantum modo redditis quas acceperat. § 1. Veterem sponsam in provincia, qua quis administrat, uxorem ducere potest et dos data non fit caduca. — L. 63, même titre.

Un sénatus-consulte rendu sous Marc-Aurèle et Commode a interdit au tuteur et à son fils ou petit-fils d'épouser la pupille, tant que le tuteur n'a pas reçu décharge complète de son administration.

Paul, L. 59 *De R. N.* : Senatusconsulto, quo cautum est, ne tutor pupillam vel filio suo vel sibi nuptum collocet, etiam nepos significatur. — L. 60, L. 62, même titre.

§ 15. — Le mariage avec puissance maritale (1).

49. Caractère de ce mariage, situation de la femme *in manu mariti*. — 50. Comment se fait la *conventio in manum*. — 51. Disparition du mariage *cum in manum conventionem*.

49. — Le mariage avec entrée ou remise de la femme en la puissance du mari (*cum in manum conventionem*)

(1) Rossbach, Karlowa, ouvrages cités. — Esmein, *La manus, la paternité et le divorce dans l'ancien droit romain*, dans les *Mélanges d'histoire du droit et de critique*. — Labbé, article cité, *Nouvelle Revue historique*, 1887. — P. Matter, *De la manus mariti et des sociétés de tous biens entre époux* (Thèse de doctorat). 1890. — Voigt, *Die Zwölf Tafeln*, §§ 159-160. — Différence du mariage romain d'avec l'ancien mariage aryen, par suite de la formation romaine de la puissance paternelle : Leist, *Jus gentium*, §§ 17-18.

était, sous le régime consulaire et même encore au temps des jurisconsultes classiques, le vrai mariage romain, où la femme avait plus particulièrement droit au titre de *materfamilias* (1) et à la pleine dignité de la matrone.

La puissance maritale, on l'a vu, ne différait pas intrinsèquement de la puissance paternelle, bien qu'en raison de la nature même du mariage, elle dût être de moindre intensité. La femme *in manu* était comme la fille du mari, *uxor filiae loco* ; si le mari était fils de famille, elle était sous la puissance paternelle du père, *neptis loco*, comme petite-fille. Elle avait ainsi subi, en se mariant, une diminution de chef par changement de famille, devenant *alieni juris* si elle était libre, passant d'une puissance à l'autre si elle était *filiafamilias*. Elle avait renoncé à sa famille civile pour entrer, absolument et complètement, dans celle de son mari, laquelle était la sienne désormais comme si elle y avait été admise par adoption.

Devenant étrangère à sa propre famille civile, la fille *sui juris* qui entraît *in manum mariti*, était libérée par là des obligations du culte familial ; on verra plus loin

(1) Le mot *materfamilias* a eu divers sens. Primitivement il paraît avoir désigné seulement la femme du chef de la famille. Festus, *hoc vº* : *Materfamilia non ante dicebatur, quam vir ejus pater familiae dictus esset ; nec possunt hoc nomine plures in una familia praeter unam appellari. Sed nec vidua hoc nomine, nec quæ sine filiis est appellari potest.*

Pour Ulpien, la *materfamilias* est simplement la femme *sui juris*.

Mater signifie celle qui met au monde, la mère, et ce mot se retrouve dans toutes les langues indo-européennes. — Bréal et Bailly, au mot *Mater*.

l'exploitation abusive à laquelle cette règle donna lieu (1).

Comme les enfants, la femme est soumise à la justice domestique ; ses cognats étaient régulièrement appelés à faire partie du conseil, qui était moins, semble-t-il, un *consilium* proprement dit qu'un tribunal (2). Les dernières traces de juridiction maritale datent de Néron.

On attribuait à Romulus une loi défendant au mari de vendre sa femme en esclavage, sous commination de peines terribles.

La femme *in manu*, si un tiers la soustrayait frauduleusement au mari, pouvait être réclamée par l'action de vol (3).

Il est probable que dans le principe le mari avait le droit de faire abandon noxal ; mais la nature du mariage devait s'opposer à l'exercice de ce droit, qui selon toute vraisemblance tomba de bonne heure en désuétude (4).

(1) Le mari, en effet, n'assume point ces obligations, lesquelles s'éteignent comme les dettes. Ce qui nous est rapporté par Cicéron (*De legibus* II, 19, 21) de la transmission des *sacra*, suppose la mort de l'obligé et n'a aucunement trait au cas de *familiæ mutatio*. — Ci-dessous, § 21 et § 31.

(2) Ci-dessus, § 2, 5 et § 3, 8. — Divers exemples chez Voigt, *Zwælf Tafeln*, § 94. Les crimes ou délits étaient principalement l'adultère, le manquement à la chasteté, à la tempérance ; C. Sulpicius Gallus, préteur en 210, condamna sa femme pour avoir en rue laissé voir sa jambe nue. Il est question du *decretum cognatorum, propinquorum*.

(3) Gaius, 3, 199. Ci-dessus, § 10, 31.

(4) P. F. Girard, article cité p. 80. — Schlesinger, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. VIII : *Noxalklagen wegen der Personen in manu und mancipio*. — Il est permis de penser que Gaius adû par-

La femme *in manu* n'a rien à elle (1). Ce qu'elle acquiert est acquis au mari ou au père de celui-ci. Ce qu'elle apporte en mariage, leur est acquis également. Ainsi que l'enfant sous puissance, elle peut, par concession du mari ou du père, posséder un pécule (2).

Ses dettes antérieures devaient s'éteindre par la *conventio in manum*, selon la rigueur du droit strict. Mais le préteur est venu en aide aux créanciers au moyen d'une restitution en entier ; il leur donnait une action utile contre le mari, et les autorisait même à faire vendre les biens que la femme avait apportés.

Un droit analogue fut reconnu à l'égard des dettes faites par elle durant le mariage. Elle ne pouvait, par convention, ni s'obliger elle-même civilement ni engager son mari. Mais lorsqu'il ne voulait pas payer, le préteur permettait la vente des biens qui auraient été à elle si elle n'était pas entrée en puissance maritale.

Malgré les apparences, il y a dans la situation de la femme, *filix loco*, beaucoup de dignité et une idée de ten-

ler de l'action noxale du mari et de la *noxæ deditio* de la femme aux §§ 80-81, incomplets, de son 4^e livre.

(1) Ainsi l'ancien droit aryen (Leist, *Jus gentium*, §§ 11, § 79-80), mais avec une portée différente. La femme, en Inde, n'hérite pas et n'a pas de dot, elle n'a que sa parure nuptiale, origine de la dot.

(2) On l'a contesté sans motif. Nous voyons, par exemple, des esclaves appartenant à la femme. Plaute, *Casina*, 93 :

Nam peculii probam nihil habere addecet
Clam virum...

L'histoire a conservé le souvenir de diverses occurrences où les dames romaines firent don à l'État de sommes ou de bijoux. Tite Live, 5, 23, 50 ; 22, 1 ; 27, 37.

dresse profonde. La femme est socialement l'égale du mari. Par son choix, il en a fait sa plus proche agnate : il la chérit et la protège comme s'il l'avait engendrée. Pour les enfants, elle est à la fois mère et sœur aînée. Veuve, ses fils la protégeront comme des frères ; une loi royale assurait sa position vis-à-vis de ses brus (1). Elle héritera de son mari en qualité de *sua* ; les observations de Gaius et de Paul, reproduites plus haut (2), s'appliquent à elle aussi bien qu'aux enfants. Elle est considérée à divers égards, non seulement par le peuple, mais par les juristes eux-mêmes, comme copropriétaire de fait des biens de son mari, et ceci est conforme à l'idée primitive de la complète communauté, de l'*individua vitæ consuetudo*, de la *communicatio juris divini et humani*. Elle partage avec lui le gouvernement de la maison, elle participe à ses Dieux, à son culte, et, dans la sphère d'autorité qui lui est reconnue, elle règne ; les clefs lui sont confiées (3). C'est à elle qu'incombe la première éducation des enfants (4). Les ri-

(1) Festus, v^o *Plorare* : ... Apud antiquos plane inclamare ; in regis Romuli et Tatii legibus : Si nurus (*socrui obambulassit, ast olla plorassit*), sacra Divis parentum estod. — Voigt, *Leges regiae*, § 7.

(2) Ci-dessus, § 2, 4, p. 18-19.

(3) Sauf la clef du cellier. — Denis, 2, 25 : Γυνή κυρία τοῦ οἴκου τὸν αὐτὸν τρόπον ἦν, ὅνπερ ὁ ἀνὴρ. — Macrobe, *Saturn.*, p. 15, 22 : Nuptam in domo viri dominium incipere oportet adipisci.

(4) Horace, *Odes*, 3, 6 : Sed rusticorum mascula militum
Proles, sabellis docta ligonibus
Versare glebas, et severæ
Matris ad arbitrium recisos
Portare fustes...

gueurs qui pourraient découler de son incapacité en matière patrimoniale, sont tempérées nécessairement par ses hautes attributions de *materfamilias*, ainsi que par l'affectueuse intimité de la vie commune (1).

Cicéron, *Topiques* 3, 14 : Genus est uxor, ejus duæ formæ : una matrum familias, eæ sunt quæ in manum conveniant; altera earum quæ tantummodo uxores habentur. — Boèce, sur Cicéron, *Topiques*, 3, 14 : Quæ autem in manum per coemptionem convenerant, eæ matres familias vocabantur, quæ vero usu vel farreo, minime. — Isidore, *Origines* 9, 7, 13 : Matres familias, quæ jam per quandam juris solemnitatem in familiam mariti transierunt. — Festus, v^o *Familia*... : Princeps generis vocabatur pater et mater familiæ.

Tacite, *Annales* 13, 32 : Superstitionis externæ rea mariti judicio permissa, isque prisco instituti propinquis coram de capite famaue conjugis cognovit. — Tite Live (Épitomé 48) : Publicia et Licinia..., quæ viros suos consulares necasse insimulabantur, cognita causa cum prætori pro se vades dedissent, cognatorum decreto necatæ sunt. — Denis 2, 25 : Ταῦτα οἱ συγγενεῖς μετὰ τοῦ ἀνδρὸς ἐδίκαζον ἑν οἷς ἦν φθορὰ σώματος, καὶ... εἴ τις ὄινον ἐυρεθείη πιούσα γυνή. Ἀμφότερα γὰρ ταῦτα θανάτῳ ξημιοῦν συνεχώρησεν ὁ Ῥωμύλος.

Le même, au même endroit : Ὁ δὲ Ῥωμύλος... ἓνα νόμον... καταστησάμενος εἰς σωφροσύνην... ἤγαγε τὰς γυναῖκας. Ἦν δὲ τοιόσδε ὁ νόμος Ἰυναῖκα γαμετὴν τὴν κατὰ γάμους ἱερῶς συνελθοῦσαν ἀνδρὶ κοινωνόν ἀπάντων εἶναι χρημάτων τε καὶ ἱερῶν. — Plutarque, *Questions romaines*, 30 ; ci-dessus p. 146, note. *Romulus*, 22 : ... Τὸν δ'ἀποδόμενον γυναῖκα θύεσθαι χθονίοις θεοῖς.

(1) Ulpian, L. 4 *De curatoribus furioso* 27, 10 :... Pietas enim parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, æqua debetur. — Voigt, *Die Zwölf Tafeln*, t. II, § 92.

Cicéron, *Topiques*, 4, 23 : Cum mulier viro in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt viri fiunt, dotis nomine. — Gaius 2, 86, 90, 96, *supra* § 9, 24. — 98 : Si cui heredes facti simus, sive cujus bonorum possessionem petierimus, sive cujus bona emerimus, sive quem adoptaverimus, sive quam in manum ut uxorem recipimus, ejus res ad nos transeunt.

Le même, 1, 148 : Uxori quæ in manu est, proinde ac filiæ, item nurui quæ in filii manu est, proinde ac nepti tutor dari potest. — Aulu-Gelle, 18, 6 :.... Sed matronam non esse appellatam, nisi quæ semel peperit, neque matrem familias nisi quæ sæpius, nullius veterum scriptorum auctoritatibus confirmari potest. Enimvero illud impendio probabilius est, quod idonei vocum antiquarum enarratores tradiderunt, matronam dictam esse proprie, quæ in matrimonium cum viro convenisset, quoad in matrimonio maneret..., matrem autem familias appellatam esse eam solam, quæ in mariti manu mancipioque aut in ejus, in cujus maritus manu mancipioque esset, quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset.

Gaius, 3, 83 : Ecce enim, cum pater familias se in adoptionem dedit, mulierve in manum convenit, omnes ejus res incorporales et corporales quæque ei debitæ sunt, patri adoptivo coemptionatorive adquiruntur, exceptis his, quæ per capitis diminutionem percunt, quales sunt ususfructus, operarum obligatio libertinorum, quæ per jusjurandum contracta est, et lites contestae legitimo judicio. 84. Ex diverso, quod is debuit, qui se in adoptionem dedit, quæve in manum convenit, non transit ad coemptionatorem aut ad patrem adoptivum nisi si hereditarium æs alienum fuerit, tunc enim quia ipse pater adoptivus aut coemptionator heres

fit, directo tenetur jure ; is vero qui se adoptandum dedit quæve in manum convenit, desinit esse heres. De eo vero, quod proprio nomine eæ personæ debuerint, licet neque pater adoptivus teneatur neque coemptionator, et ne ipse quidem, qui se in adoptionem dedit quæve in manum convenit, maneat obligatus obligatave, quia scilicet per capitis diminutionem liberatur, tamen in eum eamve utilis actio datur rescissa capitis diminutione, et si adversus hanc actionem non defendantur, quæ bona eorum futura fuissent, si se alieno juri non subjecissent, universa vendere creditoribus prætor permittit. — 4, 80... Quod vero ad eas personas (pertinet) quæ in manu mancipiove sunt, ita jus dicitur, ut cum ex contractu (1) earum agatur, nisi ab eo cujus juri subjectæ sint, in solidum defendantur, bona quæ earum futura forent, si ejus juri subjectæ non essent, veneant : sed cum rescissa capitis diminutione imperio continenti judicio agitur... — 3, 104 ; ci-dessus, § 9, 30. — 4, 38 ; ci-dessus, § 7, 19.

Ulpian, L. 9 § 1 *Quod falso tutore* 27, 6 : In factum actiones... adversus eas personas, quæ alieno juri subjectæ sunt, noxales erunt (2).

Paul, L. 1 *De actione rerum amotarum* 25, 2. *Infra*, § 16, 52.

50. — La puissance maritale prenait naissance de trois manières : dans le mariage, par *usus* ; avec le mariage, par *confarreatio* et *coemptio* (3).

La *confarreatio* était un acte solennel et religieux, ré-

(1) Girard, p. 423 de l'article cité p. 80. — Mandry, *Das gemeine Familiengüterrecht*, t. II, p. 348.

(2) Schlesinger, article cité p. 163.

(3) Rossbach, p. 93-162. — Voigt, *Zwölf Tafeln*, § 159. — Karlowa, ouvrage cité. — Bernhoeft, § 33. — Hœlder, *Die römische Ehe*, p. 17-24. — Cug, p. 214-222.

servé aux patriciens et que l'on rattachait à Romulus. Le grand pontife, le flamine de Jupiter et dix témoins, réunis en un lieu sacré, y coopéraient. On faisait à Jupiter une offrande, d'un pain de farine ou d'un gâteau de fruits : *libum farreum, mola salsa, fruges*. Des paroles sacramentelles, *certa et solemnia verba*, étaient prononcées ; les époux se plaçaient sur deux sièges réunis que recouvrait la toison de la brebis immolée (1).

On voit que le peuple est intéressé à ce mariage, acte public qui est qualifié *nuptiæ sacræ et legitimæ*, et dont la cérémonie est destinée à mettre en relief la pleine communauté religieuse et civile qui doit exister entre la femme et le mari. Le mariage religieux répond à une vieille idée aryenne, que l'on voit répandue presque partout dans l'antiquité et qui dominait encore tout récemment dans la majeure partie de l'Europe (2). C'est la forme la plus aristocratique du mariage ; elle était réservée originellement aux patriciens ; elle est imposée aux flamines majeurs et au *rex sacrorum* ; les enfants qui

(1) Servius, sur l'*Énéide* 4, 374 : Mos apud veteres fuit flaminibus ac flaminibus, ut per farreationem in nuptias convenirent, sellas duas jugatas ovili pelle superinjecta poni, ... et ibi nubentes velatis capitibus in confarreatione... residerent. — Bien que Servius ne parle ici que du mariage du flamine, la cérémonie avait sans doute lieu dans toute confarreation. Un siège recouvert d'une *pellis lanata* figure dans tous les mariages (ci-dessus § 14, 42), mais alors c'est l'épouse seule qui s'y assied. — Analogie frappante du mariage hindou actuel : Rossbach, p. 203.

(2) Le protestantisme a réalisé cette idée d'une façon plus complète que le catholicisme, par le rôle donné au pasteur qui unit les époux. — Kohler, *Revue de Bernhæft*, t. V.

naissent de telles unions, *patrimi et matrimi*, peuvent seuls prétendre à certaines dignités religieuses.

La *coemtio*, mariage civil, était accessible aux plébéiens. C'est une mancipation; la formule sacramentelle en indique le but, qui est la constitution de la *manus*, et marque la différence d'avec la *mancipatio in mancipium* ou *in servitutem* (1). L'acheteur est originairement l'époux; s'il est sous puissance, il acquiert, *jussu patris*, la puissance à son père. Le vendeur était, sans doute, dans le principe, le père ou le tuteur de l'épouse; les sources la montrent elle-même partie contractante, et l'on dit d'elle : *coemptionem facit* (2). La *mancipatio* est suivie d'interrogations et de réponses solennelles (3).

Il est difficile de décider quant à l'ancienneté relative de la *confarreatio* et de la *coemtio*. Si la cérémonie religieuse et patricienne paraît à première vue avoir un

(1) On ne connaît pas la formule de mancipation, à laquelle Cicéron fait allusion, qui était déjà ignorée de maint avocat de son temps, et que Boèce rapporte en termes évidemment erronés, dans les passages transcrits au texte. On peut conjecturer quelque chose d'analogue à ceci : *Hanc ego ex jure Quiritium matrem familias meam (?) liberorum quærundorum causa esse aio, eaque mihi emta esto hoc ære æneaque libra.* — Baron, *Institutionen*, § 30. — Les paroles solennelles : *Ubi tu Gaius, ego Gaia*, mentionnées au § 14, ne sont nullement particulières à la *coemtio*. — Cicéron, *pro Murena* 12. *De Oratore* 1, 56. — Rossbach, p. 65-95.

(2) Cf. Hœlder, *Die Römische Ehe*, p. 20-22, 44-45. D'après M. Hœlder la femme achète en quelque sorte la participation à la famille du mari.

(3) *Anne tu mihi mater familias esse velis ? Volo.* — *Anne tu mihi pater familias esse velis ? Volo.* — Ceci suppose que l'époux est *sui juris*. S'il était fils de famille, les termes étaient naturellement différents.

cachet de haute antiquité et remonter même au-delà des premiers temps de Rome, on fait remarquer d'autre part que le symbole de l'achat de la femme est un reste d'une antiquité plus reculée encore, et en tout cas d'un état social plus grossier (1). Cependant, plusieurs auteurs pensent que la *coemptio* est une création relativement récente, datant peut-être de Servius Tullius (2).

L'*usus* était l'usucapion de la puissance au moyen d'une année de cohabitation matrimoniale continue et ininterrompue. Il y avait interruption, selon la loi des Douze Tables, quand la femme avait découché trois nuits de suite (*trium noctium usurpatio*), ce qu'il fallait naturellement renouveler chaque année. Ce troisième mode de *conventio in manum*, encore usité du temps de Cicé-

(1) Il n'est pas possible de nier la relation qui existe entre la *coemptio*, quelque transformée ou défigurée qu'elle paraisse, et l'achat de la femme tel qu'on le trouve partout, chez les Hindous, les Perses, les Grecs, les Germains et les Scandinaves, les Celtes, les Slaves, les populations du Caucase où il est en usage encore aujourd'hui, de l'Afghanistan etc. — Il doit y avoir eu des moyens termes, des formes de transition. — Leist, *Jus gentium*, p. 129-133. Sur le mariage par achat chez divers peuples, aujourd'hui : Post, *Studien*, §§ 24-26. L'idée d'un achat mutuel, que défend encore Muirhead (p. 65, 441-443), est trop artificielle et doit être rejetée. *Cum* dans *co-emere* pourrait indiquer l'acquisition, de même que dans *comparare*, *corripere*, *conquirere*. *Emere* a signifié prendre, avant de signifier acheter. Festus : *Emere antiqui dicebant pro accipere*. Mais il y a bien ici un achat, puisqu'il y a mancipation. Comparez Bréa et Bailly, aux mots *Cum* et *Emo* ; *coemo* y est rendu par « acheter en même temps ». — M. Cuq (p. 215), rattache la confarréation au mariage d'époux appartenant à des *gentes* différentes.

(2) Ainsi M. Karlowa, p. 45 ; M. Bernhœft, p. 186 ; Muirhead, p. 64 s. — Cf. Carle, p. 525 s.

ron, ne l'était plus lorsque Gaius rédigeait ses commentaires (1).

La *confarreatio* s'est perpétuée jusqu'à la fin de l'ancienne religion, en vue des sacerdoces patriciens du flaminat majeur et de la royauté des *sacra*. Mais ses effets furent restreints dès le commencement de l'époque impériale : afin de faciliter le recrutement des prêtrises, on décida qu'elle ne produirait plus la *manus* qu'au point de vue des *sacra* (2).

La *coemptio* est restée le seul mode usuel et pleinement efficace de *conventio in manum* jusqu'à la dispa-

(1) On remarque que les auteurs anciens, quand ils énumèrent les modes d'acquisition de la *manus* citent l'*usus* en premier, ce qui peut s'expliquer par le fait que ce mode appartenait déjà à l'histoire alors que les autres étaient encore en usage, plutôt que par le fait, d'ailleurs possible, d'une antériorité de l'*usus* sur les autres modes. Gaius, Boèce, Servius ne songeaient pas, je pense, à classer par ordre d'ancienneté. La conclusion indiquée ci-dessus ne peut naturellement pas s'appliquer à Cicéron, ainsi que le fait fort justement remarquer M. Cuq. Selon cet auteur, l'*usus* serait le mode le plus ancien. Rossbach, Karlowa, et maints autres le tiennent au contraire pour le plus récent.

M. Schulin (§ 51) pense que c'était le mode le plus usité, lorsqu'il s'agissait de transformer un mariage *sine manu* en mariage *cum manu* ; c'était en tout cas le plus commode. Sa prompte disparition ne peut guère s'expliquer que par un acte législatif : la force d'inertie suffisait à le maintenir. On pourrait attribuer cet acte à Auguste, qui a modernisé le mariage, mais nous en serions informés.

Analogues danois et norvégiens de l'*usus* : Dareste, 309, 326. Ici c'est le concubinat qui se transforme en mariage.

(2) Tacite, *Annales* 4, 16 : *Lata lex qua flaminica dialis sacrorum causa in potestate viri, cetera promiscuo feminarum jure ageret.*

rition de la *manus*. Servius le scoliaste, contemporain de Théodose le Grand, en parle comme d'une institution des temps passés.

Gaius 1, 110: Olim itaque tribus modis in manum conveniebant, usu, farreo, coemptione. 111. Usu in manum conveniebat, quæ anno continuo nupta perseverabat; quæ enim veluti annua possessione usu capiebatur, in familiam viri transibat filiaque locum obtinebat. Itaque lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinotio abesset atque eo modo (*usum*) cujusque anni interrumperet. Sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est. 112. Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod Jovi farreo fit: in quo farrens panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur; complura præterea hujus juris ordinanda gratia cum certis et sollemnibus verbis, præsentibus decem testibus, aguntur et fiunt; quod jus etiam nostris temporibus in usu est: nam flamines majores, id est diales, martiales, quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nati non leguntur: ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt. 113. Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem: nam adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit is mulierem, cujus in manum convenit. — 123. Si tamen quærat aliquis, quare mulier, quæ coemptionem facit, non deducitur in servilem condicionem, a parentibus et a coemptionatoribus vero mancipati mancipatæve servorum loco constituuntur, adeo quidem ut ab eo, cujus in mancipio sunt, neque hereditatem neque legata aliter capere possint, quam si simul eodem testamento liberi esse jubeantur, sicuti juris est in persona servorum. Sed dif-

ferentiæ ratio manifesta est, cum a parentibus et a coemptionatoribus iisdem verbis mancipio accipiantur, quibus servi; quod non similiter fit in coemptione. — Ulpian, 9: Farreo convenit uxor in manum certis verbis et testibus decem præsentibus et sollemni sacrificio facto, in quo panis quoque farreus adhibetur. — Servius, sur l'*Énéide*, 4, 103: Coemptio est, ubi libra atque aes adhibetur, et mulier atque vir in se quasi emptionem faciunt. — Cicéron, *De Oratore* 1, 56: Neque illud est mirandum, qui, quibus verbis coemptio fiat, nesciat, eundem ejus mulieris, quæ coemptionem fecerit, causam posse defendere. — Cicéron, *pro Flacco*, 34, 84. — Boèce, sur les *Topiques* de Cicéron, 3, 14: Tribus modis uxor habebatur, usu, farreo, coemptione; sed confarreatio solis pontificibus conveniebat... Coemptio vero certis solemnitatibus peragebatur, et sese in coemendo invicem interrogabant, vir ita: an sibi mulier materfamilias esse vellet? Illa respondebat velle. Item mulier interrogabat: an vir sibi paterfamilias esse vellet? Ille respondebat, velle. Quam solemnitatem in suis Institutis Ulpianus exponit.

Aulu-Gelle 3, 2: Q. quoque Mucium jurisconsultum dicere solitum legi, non esse usurpatam mulierem, quæ, cum Kalendis Januariis apud virum matrimonii causa esse cœpisset, ante diem IV Kalendas Januarias sequentes usurpatum isset: non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex XII tabulis deberet, quoniam tertiæ noctis posterioris sex horæ alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis.

51. — Le mariage avec puissance maritale a disparu sous les empereurs chrétiens. Déjà bien avant Constantin, il était habituel de se marier sans *conventio in manum*, et lorsque Théodose I^{er}, dans son travail impitoya-

ble d'extirpation des anciennes croyances, eut supprimé les vieilles prêtrises patriciennes, la *manus* n'eut plus de raison d'être. Elle n'existe plus en droit justinienéen, mais la date de sa disparition définitive ne saurait être précisée (1).

§ 16. — **Le mariage sine manu** (2).

52. Caractères du mariage *sine manu*. — 53. Célébration de ce mariage.

52. — Les règles juridiques du mariage *sine manu*, sauf en ce qui concerne le régime des biens, sont peu nombreuses; la réserve que gardaient le droit et la justice du peuple à l'égard de la famille du citoyen, se manifeste ici d'une façon particulièrement frappante.

La femme partageait le rang, le domicile et le for du mari. Abstraction faite des effets de la puissance, les relations personnelles d'intimité et de mutuels devoirs, le *consortium vitæ* dans ses manifestations principales, ne différaient pas sensiblement d'un mariage à l'autre, et le mari n'avait pas moins sur les enfants la puissance paternelle.

Mais, qu'elle fût *sui juris* ou encore sous la puissance de son père, la femme ne rompait pas ses liens de famille; elle ne subissait en se mariant aucune diminution de chef; si elle était sous tutelle, elle y restait. Mariée, elle

(1) On la voit encore dans un texte attribué à Paul et inséré aux *Fragments du Vatican* (115); or ce recueil date probablement de la fin du IV^e siècle.

(2) Voigt, *Die Zwælf Tafeln*, §§ 158, 160.

acquérait pour elle-même ou pour son père. Son mari n'avait, comme tel, aucun droit sur ses biens. Les patrimoines restaient distincts.

La communauté d'existence, le *consortium vitæ* produisait naturellement des conséquences, tant au point de vue personnel qu'au point de vue économique. Les époux ne pouvaient s'intenter aucune action pénale durant le mariage, et le mariage dissous aucune action infamante. Le vol était, selon plusieurs juristes, impossible entre eux ; en tout cas, ils n'avaient pas l'un contre l'autre l'action *furti* ; seulement l'époux lésé pouvait, après la dissolution du mariage, intenter une action de détournement, *actio rerum amotarum*, laquelle ne différait guère, quant au fond, de la condiction furtive (1).

Le mari doit entretenir sa femme et supporter les frais du mariage ; on verra plus loin ce que l'on fait pour alléger cette charge. D'autre part, la femme doit au mari les services que la vie commune peut entraîner.

Elle lui doit la *reverentia*, comme on la doit aux père et mère. Elle est tenue de le suivre et d'habiter avec lui. Il la protège, la représente en justice, et poursuit en son propre nom celui qui l'a injuriée. Il exerce sur elle la justice domestique, et il appelle ses cognats à elle à siéger dans le conseil. Il n'a pas d'action civile contre elle pour la forcer à faire son devoir, pour la contraindre à la vie commune (2), mais, dans le droit

(1) Lenel, § 115.

(2) On ne voit pas trace à Rome de préceptes correspondant aux exigences canoniques et modernes concernant le devoir con-

nouveau, il a l'interdit *de uxore exhibenda et ducenda* contre les tiers (1), et le père même de la femme fut considéré comme un tiers, de telle sorte que la qualité de mari l'emporta sur la puissance de père (2); à bien plus forte raison devait-elle l'emporter sur la tutelle.

L'adultère est un crime aussi grave que dans le mariage *cum manu*. Il est probable cependant que le mari n'a pas eu le droit de tuer; quant à l'accusation criminelle *ex lege Julia*, il la portait *jure extranei*, non *jure mariti*.

On peut voir dans les divers droits du mari privé de *manus* une autorité maritale qui n'est plus la puissance paternelle appliquée à la femme, mais au contraire une autorité *sui generis*, effet du mariage comme tel et de la prépondérance naturelle du mari; source romaine de la puissance de mari telle qu'elle existe de nos jours (3).

L'Édit du préteur donnait au conjoint survivant un droit de succession, *bonorum possessio unde vir et uxor* (4); en revanche, en vertu de la coutume, les donations entre époux sont sans effet (5).

Des édits impériaux, d'Auguste et de Claude, que le sénatus-consulte Velléien, de l'an 46, a généralisés, ont

jugal, *debitum carnale*. Comparez c. 3, C. XXXII, qu. 2, et C. XXXIII, qu. 5.

(1) Lenel, § 262, note 4.

(2) Comparez ci-dessous, § 18, 62, pour le divorce.

(3) Le droit français et moderne s'est plutôt, en cette matière, inspiré du droit germanique. C. N. 213, 215-219. *Miroir de Saxe*, 1, 31, 45, § 2, 46. *Miroir de Souabe*, 9 et 74.

(4) *Infrà*, § 19, 68. — *Traité des successions*, § 24, 2, § 26, 4.

(5) *Infrà*, § 17, 60.

interdit à la femme d'intercéder pour son mari (1).

Paul, L. 22 § 1 *Ad municipalem et de incolis* 50, 1 : Vidua mulier amissi mariti domicilium retinet exemplo clarissimæ personæ per maritum factæ : sed utrumque aliis intervenientibus nuptiis permutatur. — Papirius Justus, L. 38 § 3, même titre : Item rescripserunt (imperatores Antoninus et Verus), mulierem, quamdiu nupta est, incolam ejusdem civitatis videri, cujus maritus est, et ibi, unde originem trahit, non cogi muneribus fungi. — Valentinien, Théodose, Arcadius, L. 13. C. *De dignitatibus* 12, 1 : Mulieres honore maritorum erigimus, genere nobilitamus et forum ex eorum persona statuimus et domicilia mutamus. Sin autem minoris ordinis virum postea sortitæ sunt, priore dignitate privatæ posterioris mariti sequantur condicionem (392).

Tit. D. 25, 2, C. 5, 21 *De actione rerum amotarum*.

Ulpien, L. 65 *De judiciis* 5, 1 : Exigere dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est : nec enim id genus contractus est, ut et (*del.*) eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum in cujus domicilium et ipsa mulier per condicionem matrimonii erat reditura, — Paul, L. 1 *De actione rerum amotarum* : Rerum amotarum judicium singulare introductum est adversus eam, quæ uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse, quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere, ut Nerva, Cassio, quia societas vitæ quodam modo dominam eam faceret, aliis, ut Sabino et Proculo, furtum quidem eam fa-

(1) *Introduction historique*, § 126. — Sur le sénatus-consulte Velléien en France : Viollet, p. 684-686. Dans plusieurs provinces, la clause de renonciation devint de style. Il fut législativement aboli en 1606, 1683, 1703, et pourtant ne disparut que sous le Code civil.

cere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto jure ; in qua sententia et Julianus rectissime est. — Gaius, L. 2, même titre : Nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur. — Le même, L. 26, même titre : Rerum amotarum actio condictio est. — Ulpien, L. 17 § 1, même titre : Divortii causa res amotas dicimus non solum eas, quas mulier amovit, cum divortii consilium inisset, sed etiam eas, quas nupta amoverit, si, cum discederet, eas celaverit. — Dioclétien et Maximien, L. 2 C. *Rerum amotarum* : Divortii gratia rebus uxoris amotis a marito vel ab uxore mariti rerum amotarum Edicto perpetuo permittitur actio. Constante etenim matrimonio neutri eorum neque pœnalis neque famosa actio competit, sed de damno in factum datur actio (293).

Ulpien, L. 14 § 1 *Solutio matrimonii* 24, 3 :... Quippe cum contra receptam reverentiam, quæ maritis exhibenda est, id esse apparet. — Hermogénien, L. 48 pr. *De operis libertorum* 38, 1 :... Qui libertæ nuptiis consensit, operarum exactionem amittit : nam hæc, cujus matrimonio consensit, in officio mariti esse debet. — Paul, L. 2 *De injuriis* 47, 10 : Quod si viro injuria facta sit, uxor non agit, quia defendi uxores a viris, non viros ab uxoribus æquum est. — Ulpien, L. 1 § 3, même titre :... Spectat.. ad nos injuria quæ in his fit, qui vel potestati nostræ vel affectui subjecti sint. § 9... Ait Neratius, ex una injuria interdum tribus oriri.. injuriarum actionem neque ullius actionem per alium consumi, ut puta uxori meæ filiæ familias injuria facta est : et mihi et patri ejus et ipsi injuriarum actio incipiet competere.

Paul, 5, 6, 15 : Bene concordans matrimonium separari a patre divus Pius prohibuit.

Ulpien, L. 1 § 5 *De liberis exhibendis* 43, 30 : Si quis filiam suam, quæ mihi nupta sit, velit abducere vel exhiberi sibi de-

sideret, an adversus interdictum exceptio danda sit, si forte pater concordans matrimonium, forte et liberis subnixum, velit dissolvere ? Et certo jure utimur, ne bene concordantia matrimonia jure patriæ potestatis turbentur. Quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadeatur, ne acerbe patriam potestatem exerceat. — Hermogénien, L. 2, même titre : Imo magis de uxore exhibenda ac ducenda pater, etiam qui filiam in potestate habet, a marito recte convenitur.

Dioclétien et Maximien, L. 11 C. *De nuptiis* 5, 4 : Si invita detinetur uxor tua a parentibus suis, interpellatus rector provinciæ amicus noster exhibita muliere voluntatem ejus secutus desiderio tuo medebitur.

Ulpien, L. 2 pr. *Ad senatusconsultum Velleianum* 16, 1 : Et primo quidem temporibus divi Augusti, mox deinde Claudii edictis eorum erat interdictum, ne feminæ pro viris suis intercederent. § 1. Postea factum est senatusconsultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est... — Paul, L. 1 pr., même titre : Velleiano senatusconsulto plenissime comprehensum est, ne pro ullo feminæ intercederent. § 1. Nam sicut moribus civilia officia adempta sunt feminis et pleraque ipso jure non valent ; ita multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris.

53. — Il résulte de ce qui a été dit plus haut, qu'aucune formalité n'était prescrite, en général, pour contracter mariage *sine manu* (1).

Mais comme les relations économiques entre époux étaient, dans ce mariage, importantes et souvent compliquées, l'habitude se forma très naturellement, pour

(1) Karlowa, *Formen der römischen Ehe*, p. 68.

faciliter la preuve, de les régler par écrit, et cette habitude devint si générale que l'on put prendre les instruments dotaux pour de véritables actes de mariage, et que Papinien jugea utile de rappeler dans une consultation : *tabulas non facere matrimonium* (1). Justinien a rendu l'écriture obligatoire dans certains cas : lorsqu'on épouse sa concubine, et pour le mariage de hauts dignitaires à partir de la classe des *illustres* (2).

Naturellement encore, les cérémonies d'usage, en particulier l'entrée solennelle de la mariée dans la maison conjugale, prirent plus d'importance dans ce mariage qu'elles n'en avaient dans les actes, déjà solennels en eux-mêmes, de la *confarreatio* et de la *coemptio*. La *domum ductio* put être considérée, sinon comme une manifestation indispensable du consentement des époux, du moins comme la marque du moment précis où ce consentement était réputé donné ; ceci fut admis même en cas d'absence du mari.

Le christianisme et l'influence croissante de l'Église

(1) L. 31 pr. *De donationibus* 39, 5. Le livre de droit syro-romain distingue les pays où l'on se marie avec dot et donation et actes écrits, de ceux où l'on se marie par simple consentement et *domum ductio*. — Bruns, *Syrisch-römisches Rechtsbuch*, p. 267.

(2) Quand on épouse sa concubine : § 2 I. *de hereditatibus quae ab intestato* 3, 1 ; L. 10 C. *De naturalibus liberis* 5, 27 (529). Pour le mariage de hauts dignitaires, voir les nouvelles 22 (536) et 117 (542). Les successeurs de Justinien ont généralisé l'obligation d'une conclusion formelle et solennelle. Léon l'Isaurien et Constantin exigent, en règle, la forme écrite. Basile, tout en revenant au droit de Justinien, exige la publicité, et considère d'ailleurs la bénédiction nuptiale comme naturelle et ordinaire. — Zachariæ, § 5.

devaient conduire à une célébration religieuse du mariage, répondant à l'idée de l'antique confarréation. Justinien, par sa nouvelle 74, de l'an 538, a consacré dans certains cas le mariage religieux pour les dignitaires et personnages de distinction : *quicumque in gravioribus militiis et omnino in professionibus dignioribus constitutus est* (1).

Gaius, L. 4 *De fide instrumentorum* 22, 4 : *Fiunt enim de his (obligationibus quæ consensu contrahuntur) scripturæ, ut quod actum est per eas facilius probari possit : et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem, sicut et nuptiæ sunt, licet testatio sine scriptis habita sit.*

Pomponius, L. 5 *De R. N.* 23, 2. *Supra*, § 14, 42. — Scévola, L. 66 § 1 *De donationibus inter V. et U.* 24, 1 : *Virgini in hortos deductæ ante diem tertium quam ibi nuptiæ fierent, cum in separata diæta ab eo esset, die*

(1) Léon le Philosophe (886-910), dans sa nouvelle 89, a prescrit à peine de nullité la bénédiction nuptiale : ... *Igitur quemadmodum sub sacris invocationibus adoptionem procedere praecepimus, sic etiam sacræ benedictionis testimonio matrimonia confirmari jubemus, ut, ubi a nubentibus hæc forma adhibita non fuerit, ne omnino matrimonium dicatur, neque ejus jura talem conjunctionem sequantur.*

La publicité de la bénédiction du mariage était considérée comme allant sans dire, mais c'est seulement à partir du XIV^e siècle que l'information du *parochus proprius* paraît avoir été exigée officiellement. — Zachariæ, § cité.

En Occident, le mariage religieux n'est devenu généralement obligatoire que par le Concile de Trente, session XXIV, *Decretum de reformatione matrimonii*, chap. 1 : ... *Parocho et duobus vel tribus testibus præsentibus matrimonium celebretur.* — Le mariage est redevenu civil en France en 1792, dans l'empire allemand par la loi du 6 février 1875 ; il l'est dans toute la Suisse depuis 1874.

nuptiarum, priusquam ad eum transiret et priusquam aqua et igni acciperetur, id est nuptiæ celebrentur, optulit decem aureos dono : quæsitum est, post nuptias contractas divortio facto, an summa donata repeti possit. Respondit id, quod ante nuptias donatum proponeretur, non posse de dote deduci. — Aurélien, L. 6 C. *De donationibus ante nuptias* 5, 3 : Cum in te simplicem donationem dicas factam esse die nuptiarum et in ambiguo possit venire, utrum a sponso an a marito donatum sit, sic distinguendum est, ut, si in tua domo donum acceptum est, ante nuptias videatur facta esse donatio, quodsi penes se dedit sponsus, retrahi possit : uxor enim fuisti (270-275).

Théodose et Valentinien, L. 22 C. *De nuptiis* : Si donatum ante nuptias vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam aliaque nuptiarum celebritas omittatur, nullus æstimet ob id deesse recte alias inito matrimonio firmitatem, vel ex eo natis liberis jura posse legitimorum auferri, inter pares honestate personas nulla lege impediante consortium, quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmatur (428). — Justinien, nov. 74, ch. 4, § 1 : Quicumque vero in gravioribus militiis et omnino in professionibus dignioribus constitutus est, si uxori legitime jungi, neque nuptialia instrumenta facere velit, non frustra et sine cautela et dissolute ac sine probatione hoc agat, sed oratorium quoddam adeat, et cum sanctissimæ illius Ecclesiæ defensore rem communicet, qui adhibitis tribus aut quatuor religiosissimis clericis illius loci instrumentum conficiat, quo declaret, illa indicatione, illo mense, illa die mensis, illo imperii anno, illo consule illum illamve ad se in hoc oratorium venisse, sibi que mutuo junctos esse (538).

§ 17. — Relations patrimoniales entre époux (1).

54. Dans le mariage *cum manu*. — 55. Dans le mariage *sine manu*. — 56. Constitution de la dot. — 57. En quoi peut consister la dot. — 58. Droits du mari et droits de la femme sur la dot. *Pacta dotalia*. — 59. Les paraphernaux. La présomption mucienne. — 60. Les donations entre époux. — 61. La donation *ante nuptias, propter nuptias*.

54. — Les relations économiques, naturellement simples, entre époux mariés avec puissance maritale ont été exposées au § 15.

(1) Ancien et célèbre ouvrage : Finestres y Monsalvo, *De jure dotium*. 1754. — Hasse, *Das Güterrecht der Ehegatten*. 1824. — Monographies récentes : Bechmann, *Das Römische Dotalrecht*. 1863-1867. Czyhlarz, *Das Römische Dotalrecht*. 1870. — Voigt, *Zwölf Tafeln*, § 162. — Danz, § 97. — Pellat, *Textes sur la dot traduits et commentés*. 1853. — Gide, *Du caractère de la dot en droit romain*. 1871. — Sur l'existence très problématique et les dispositions d'une loi *Mænia de dote*, votée en l'an 185, dans l'année même des Bacchanales, voir M. Voigt, *Lex Mænia de dote* (1866), et Arndts, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. VII, p. 1-44 (1867). — Servius Sulpicius a écrit un traité *de dotibus*, Gaius un traité intitulé *Dotalitio*.

La dot, en usage chez les Perses, était inconnue aux Arméniens, nouvelle 21 (536). En droit hindou, la mariée ne recevait qu'une parure. En Grèce, la dot existait antérieurement à Solon. — Leist, *Jus gentium*, § 80. — Kohler, *Revue de Bernhœft*, t. III. — Maine, *Histoire primitive du régime des biens des femmes mariées*, dans les *Études sur l'histoire des institutions primitives*, trad. Durieu de Leyriz. 1880.

Dans le droit germanique, tel que Tacite (*Germanie*, 18) nous le montre, et après lui les *leges populorum*, le correspondant de la dot romaine est ce que « ipsa (uxor) viro armorum aliquid offert », la *Gerade* ou le *Malschatz*. Ce que Tacite appelle dot, est la fortune que le mari assure à la femme, pour lui donner la situation convenable dans sa famille, dans sa maison, et pour le cas de

Lorsque la femme passait de la puissance paternelle sous celle du mari, la coutume imposait à son père, pour peu qu'il en eût les moyens, le devoir de donner

veuvage : c'est un douaire. Le droit germanique en matière de régime des biens des époux est magistralement exposé par M. Heusler, t. II, §§ 134-135.

Le droit byzantin a été développé par l'Éclogue dans un sens intéressant et original ; la fortune conjugale y apparaît comme une communauté, dont, à la mort d'un des époux, le survivant devient seul maître dans une mesure plus ou moins étendue selon qu'il existe ou non des enfants du mariage ; ce système est exposé par M. Zachariæ de Lingenthal en son § 11. Mais Basile le Macédonien ramena le droit justinianéen, qui dès lors s'est maintenu dans son ensemble, avec diverses modifications, dues surtout à Léon le Philosophe et à des influences coutumières locales, soit d'origine étrangère, soit plutôt se rattachant à l'ancien droit de l'Éclogue. A part ces modifications, « le droit de Justinien s'est maintenu jusqu'aux derniers temps ; ce qu'il prescrit touchant la constitution de la dot, son estimation, sa restitution, les droits qu'y a le mari durant le mariage, les privilèges de la dot et de la donation pour cause de noces, les inconvénients des secondes noces, les suites économiques du divorce, les donations entre époux, tout cela est resté en vigueur ». Zachariæ § 13 ; §§ 12-16. C'est le droit exposé par Blastarès et par Harménopoulos, en vigueur aujourd'hui en Grèce avec les *ἐθίμα* sus-mentionnés, et consacré en Valachie et en Moldavie par les Codes nationaux ainsi que par le Code civil qui les a remplacés. — *Introduction historique*, § 211.

Dans la France méridionale, le régime dotal romain antérieur à Justinien s'est perpétué jusqu'au Code civil. La Normandie avait également ici le droit romain. Ailleurs, la dot était inconnue. On cite un joli passage de d'Argentré, sur la coutume de Bretagne. « Tibi domum reverso... multa dediscenda sunt ; nam jure patrio nulla nobis dos, ut illo quidem jure, nulla constituta dotis jura, nullus fundus dotalis, nulla lex Julia, nulla usucapiendi inhabilitas ; mulieris patrimonium sic in ejus bonis est, ut mariti non sit, alienabile, commerciale, praescriptibile, quomodo alterius

au mari une portion de patrimoine, somme d'argent, choses ou droits, qu'on appelait dot (1), qui assurait la dignité de l'épouse et l'indemnisait en quelque mesure de la perte de son droit d'hérédité dans la fortune paternelle, et dont le revenu devait aider le mari à défrayer la vie commune, à subvenir à l'entretien du ménage et à l'éducation des enfants.

Si l'épouse était *sui juris* avant son mariage, on considérait, déjà du temps de Cicéron, la fortune qu'elle apportait en mariage comme formant sa dot.

Conformément à ce qui a été dit des relations économiques entre époux dans le mariage *cum manu*, la dot est, dans le principe, acquise au mari définitivement : *Dotis causa perpetua est* (2).

cujuscumque. — Le Code civil a admis le régime dotal comme l'un des régimes légaux, 1392, 1540-1581. On en use encore fréquemment dans les anciens pays de droit écrit et en Normandie, cependant le régime de la communauté fait des progrès. — Plusieurs différences importantes entre le régime dotal actuel et la dot romaine seront mentionnées ci-après. Le régime dotal est le régime légal du canton de Vaud (Code civil vaudois, 1042-1111). — Ancien et classique ouvrage sur la dot en France avant le Code : Roussilhe, *Traité de la dot à l'usage du pays de droit écrit et de celui de coutume* 1785, réédité 1856. — Viollet, p. 658, 681-688, 692-698.

Quant à l'Allemagne, il n'est guère possible d'admettre que le droit dotal y soit encore en vigueur. — Rathmann, *Ueber das eheliche Güterrecht nach heutigem gemeinen Recht in Deutschland*. 1859. — Neubaur, *Das in Deutschland geltende eheliche Güterrecht*. 1878.

(1) *Dos*, δῶς, signifie simplement donation. La dot est la donation par excellence, et c'est une donation d'espèce particulière, comme on le verra ci-après, 55. — Si le mari est sous puissance, c'est à son père que la dot est donnée, parce que c'est lui qui défraye le mariage.

(2) Ulpian, L. 1 *De J. D.* Ci-dessous, 58, p. 204. On verra que plus

55. — Je suppose généralement, dans les pages qui suivent, que les époux sont mariés sans *conventio in manum*.

Dans ce mariage, les patrimoines demeurant séparés, la dot, aussi appelée *res uxoria*, avait une importance juridique toute autre que dans le mariage avec *manus*, et le régime des biens, abandonné en principe aux libres arrangements et stipulations des époux, y était ordinairement plus compliqué.

La dot y formait une donation d'un genre spécial, ayant ceci de caractéristique qu'elle était faite en vue d'un but déterminé et devait, dans certaines éventualités fréquentes, être restituée à la dissolution du mariage. Elle était réputée d'intérêt public, comme facilitant les mariages et contribuant à la dignité de l'épouse (1). Dans le sentiment populaire, elle marquait la différence

tard, dans le mariage sans *manus*, la dot n'est plus qu'une donation temporaire.

(1) Par la novelle 24, de l'an 536, Justinien a imposé aux Arméniens, qui achetaient encore leurs femmes (§ 14), l'obligation de la dot : *Corrigendum putavimus, ... neve illae sine dote nubant, nec a maritis futuris emanantur*.

L'idée de la dignité conjugale manifestée par la dot se retrouve dans les célèbres paroles de Tacite (*Germanie*, 18) concernant les dons du mari, qu'il désigne par le nom de dot : *In haec munera accipitur, atque invicem ipsa armorum aliquid viro affert. Hoc maximum vinculum, haec arcana sacra, hos conjugales Deos arbitrantur. Ne se mulier extra virtutum cogitationes extraque bellorum casus putet, ipsis incipientis matrimonii auspici is admonetur, venire se laborum periculorumque sociam, idem in pace, idem in proelio passuram ausuramque...*

entre le mariage et le concubinat (1). Majorien défendit même de se marier sans dot, sous peine d'infamie et de nullité du mariage, mais cette prohibition fut rapportée par son successeur (2).

L'obligation de doter, d'abord purement morale ou naturelle, fut élevée au rang d'obligation civile par la loi *Julia de maritandis ordinibus*, complétée sur ce point par diverses constitutions, de Septime Sévère, de Dioclétien (3). L'obligation incombait au père ou au grand-père paternel de l'épouse, même émancipée, exceptionnellement à la mère ; l'épouse la faisait valoir *extra ordinem*. Une obligation de doter pouvait aussi provenir de convention ou de legs. Les modernes appellent nécessaire la dot qu'un obligé constitue, et volontaire celle que l'on donne sans y être obligé. Le montant de la dot nécessaire est déterminé par le magistrat eu égard aux circonstances, à la situation de fortune de l'obligé, à la position sociale des époux.

La dot peut aussi être donnée par l'épouse elle-

(1) Plaute, *Trinummus*, v. 690 : Ne mi hanc famam differant,
Me germanam meam sororem in concubinatum tibi,
Si sine dote dem, dedisse magis quam in matrimonium.

Comparez *Asinaria*, 902 : Faxo scias
Quid periculi sit dotatae uxori vitium dicere.

(2) Nouvelles de Majorien, 6, 9 (458). — Nouvelles de Sévère, 1 (463).

(3) Peut-être cette obligation civile, non pas seulement morale, est-elle empruntée à la Grèce. — Les clients avaient l'obligation d'aider leur patron peu fortuné à pourvoir ses filles. Ci-dessous, § 24, 80. — L'obligation de doter était admise en pays de droit écrit et en Normandie, tandis qu'ailleurs on soutenait : Ne dote qui ne veut. Elle est inconnue au Code civil.

même (1), ou par n'importe quel tiers ; et grâce à la faveur dont l'entoure son caractère d'intérêt public (*favor dotalis*), la loi *Cincia* autorisait un cognat même éloigné à faire à sa cognate une donation en constitution de dot (2). La dot peut être laissée en legs (3).

La dot est appelée *profectitia* (*quæ a patre proficiscitur*), lorsqu'elle est donnée par le père ou par un ascendant paternel ; peu importe que ce constituant ait ou non la puissance. Dans tous les autres cas elle est *adventitia* (*quæ aliunde advenit*). Le constituant, quel qu'il soit, peut se faire promettre que la dot sera, lors de la dissolution du mariage, restituée, soit à lui-même, soit, par une dérogation aux principes généraux statuée *in favorem nuptiarum*, à une personne tierce, par exemple à ses enfants ou à ses héritiers ; la dot, en pareils cas, est dite *receptitia*.

Le constituant peut aussi prescrire des modalités qui influent sur les droits compétant d'habitude au mari, dans les limites posées par la nature même du mariage et le but de la dot (4).

Il peut s'engager à la garantie du chef d'éviction. A

(1) On estimait convenable que la femme *sui juris*, fortunée, constituât une dot. Julien, L. 32 § 2 *de C. I.* 12, 6 : *Mulier si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit : sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.*

(2) *Introduction historique*, § 48. *Suprà*, § 3, 8.

(3) *Traité des successions*, § 66. Il ne faut pas confondre ce legs avec le *prælegatum dotis*, qui est un *legatum debiti*. *Ibid.*, § 69, et ci-dessous, § 19, 66.

(4) Ci-dessous, 58 *ad finem*.

défaut d'engagement pareil, il n'est garant de l'éviction que si la dot a été donnée avec estimation (1).

Tit. D. *De jure dotium* (J. D.), 23, 3; *De fundo dotali* 23, 5. Tit. C. *De dotis promissione et nuda pollicitatione* 5, 11; *De jure dotium* 5, 12; *De fundo dotali* 5, 23. — Fragments du Vatican, 94-122, *De re uxoria ac dotibus*. — Nouvelle 97, ch. 2.

Fragm. Vat. 305 : Item excipit (lex Cincia) : « Si quis mulieri virginive cognatus dotem conferre volet ». Igitur quocumque gradu cognatus dotis nomine donare potest. — Marcien, L. 19 *De R. N.* 23, 2 : Capite trigesimo quinto legis Juliae qui liberos quos habent in potestate injuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex constitutione Divorum Severi et Antonini, per proconsules præsidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. Prohibere autem videtur et qui condicionem non quærit. — Celsus, L. 6 *De collatione bonorum* 37, 6. — Celsus, L. 60 *De J. D.* : Quæro, quantæ pecuniæ dotem promittenti adultæ mulieri curator consensum accommodare debeat. Respondit : modus ex facultatibus et dignitate mulieris maritique statuendus, quo usque ratio patitur. — L. 69 § 4, § 5 même titre. — Justinien, L. 7 § 2 C. *De dotis promissione* (531) : ... Neque enim leges incognitæ sunt, quibus cautum est omnimodo paternum esse officium dotis vel ante nuptias donationes pro sua dare progenie. — Dioclétien et Maximien, L. 14 C. *De J. D.* : Mater pro filia dotem dare non cogitur nisi ex magna et probabili vel lege specialiter expressa causa : pater autem de bonis

(1) Ceci est controversé, mais la solution ci-dessus est conforme aux témoignages des sources. *Infra*, 57, 58. Comparez Code civil, 1547 : Ceux qui constituent une dot, sont tenus à la garantie des objets constitués.

uxoris suæ invitæ nullam dandi habet facultatem (293). — Julien, L. 19 *De O. et A.* 44, 7: Ex promissione dotis non videtur lucrativa causa esse, sed quodammodo creditor aut emptor intelligitur, qui dotem petit. — Marcien, L. 8 § 13 *Quibus modis pignus* 20, 6...: Quod si in dotem dederit, vendidisse in hoc casu recte videtur propter onera matrimonii. — Ulpien, L. 21 § 1 *De Donationibus inter V. et U.* 24, 1: Si uxor viro dotem promiserit et dotis usuras, sine dubio dicendum est, peti usuras posse, quia non est ista donatio, cum pro oneribus matrimonii petantur. — Dioclétien et Maximien, L. 20 C. *De J. D.*: Pro oneribus matrimonii mariti lucro fructus dotis totius esse, quos ipse cepit, vel, si uxori capere donationis causa permisit, eum in quantum locupletior facta est posse agere manifestissimi juris est (294).

Ulpien, L. 5 pr. *De J. D.*: Profecticia dos est, quæ a patre vel parente profecta est de bonis vel facto ejus. § 11. Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profecticiam nihilominus dotem esse nemini dubium est, quia non jus potestatis, sed parentis nomen dotem profecticiam facit: sed ita demum, si ut parens dederit: ceterum si, cum deberet filiæ, voluntate ejus dedit, adventicia dos est. — Ulpien, 6, 3: Dos aut profecticia dicitur, id est quam pater mulieris dedit; aut adventicia, id est ea quæ a quovis alio data est. § 5. Adventitia autem dos semper penes maritum remanet, præterquam si is qui dedit ut sibi redderetur stipulatus fuerit; quæ dos specialiter receptitia dicitur. — Scévola, L. 29 § 1 *De pactis dotalibus* 23, 4: Titius mulieris nomine dotem dedit et stipulatus est in casum mortis et divortii.... § 2. Mulier de dote quam dedit pacta est, ut, si in matrimonio decessisset, fratri ejus redderetur isque in eum casum stipulatus est... — Gaius, L. 31 § 2 *De mortis causa donationibus* 39, 6:.... Sed et dos, quam quis in mortem mulieris a

marito stipulatur, capitur sane mortis causa : cujus generis dotes receptitiæ vocantur.

Paul, L. 2 *De J. D.* 23, 3 : Rei publicæ inierest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt. — Le même, L. 70, même titre : In ambiguis pro dotibus respondere melius est. — Pomponius, L. 1 *Solutio matrimonio* 24, 3 : Dotium causa semper et ubique præcipua est : nam et publice interest dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium.

Justinien, L. 31 C. *De jure dotium* (530).

Ulpien, L. 16 *De J. D.* : Quotiens res æstimata in dotem datur, evicta ea virum ex empto contra uxorem agere et quidquid eo nomine fuerit consecutus, dotis actione soluto matrimonio ei præstare oportet. Quare et si duplum forte ad virum pervenerit, id quoque ad mulierem redigetur. Quæ sententia habet æquitatem, quia non simplex venditio est, sed dotis causa, nec debeat maritus lucrari ex damno mulieris : sufficit enim maritum indemnem præstari, non etiam lucrum sentire. — Marcien, L. 52, même titre. — Septime Sévère et Caracalla, L. 1 C. *De J. D.* : Evicta re, quæ fuerat in dotem data, si pollicitatio vel promissio fuerit interposita, gener contra socerum vel mulierem seu heredes eorum conditione vel ex stipulatione agere potest. Sin autem nulla pollicitatio vel promissio intercesserit, post evictionem ejus, si quidem res æstimata fuerit, ex empto competit actio. Sin vero hoc non factum est, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio : dolo autem dantis interposito de dolo actio adversus eum locum habebit (201).

Paul, L. 45 *Solutio matrimonio* 24, 3 : Gaius Seius avus maternus Seiæ (nepti), quæ erat in patris potestate, certam

pecuniæ quantitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit et instrumento dotali hujusmodi pactum et stipulationem complexus est : « Si inter Lucium Titium maritum et Seiam divortium sine culpa mulieris factum esset, dos omnis Seiæ uxori vel Gaio Seio avo materno redderetur restituereturque ». Quaero, cum Seius avus maternus statim vita defunctus sit, et Seia postea sine culpa sua divorterit vivo patre suo, in cujus potestate est, an (et cui) actio ex hoc pacto et stipulatione competat, et utrum heredi avi materni ex stipulatu an nepti. Respondi, in persona quidem neptis videri inutiliter stipulationem esse conceptam, quoniam avus maternus ei stipulatus proponitur : quod cum ita est, heredi stipulatoris, quandoque divorterit mulier, actio competere videtur. Sed dicendum est, Seiæ posse dotem solvi (quamvis actio ei directo non competat), ac si sibi aut illi dari avus stipulatus esset. Sed permittendum est nepti ex hac avita conventionem, ne commodo dotis defraudetur, utilem actionem : favore enim nuptiarum et maxime propter affectionem personarum ad hoc decurrendum est. — Pomponius, L. 9 *De pactis dotalibus* 23, 4 : Si ita conveniat, ut si vivo socero mortua sit filia, ipsi socero, si mortuo, filio ejus, si filio quoque defuncto totum (tum ?) suo heredi reddatur, benigna interpretatione potest defendi, utilem stipulationem esse. — Africanus, L. 23, même titre. — Dioclétien et Maximien, L. 7 C. *De pactis conventis tam super dote* 5, 14 : Pater, pro filia dotem datam genero ea prius in matrimonio defuncto nepotibus pactus restitui, licet his actionem quærere non potuit, tamen utilis eis ex aequitate accommodabitur actio (294).

La dot n'a de raison d'être que par le mariage, dont elle doit aider à supporter les charges. Si donc le mariage n'a pas lieu, ce qui a été donné en dot peut être

répété par la *condictio causa data causa non secuta*. La dot promise ou léguée l'est toujours sous la condition tacite que le mariage suivra.

Papinien, L. 68 *De J. D.* : ... Cum omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam condicionem accipiat. — Ulpien, L. 21, même titre : Stipulationem, quæ propter causam dotis fiat, constat habere in se condicionem hanc : « Si nuptiæ fuerint secutæ, et ita demum ex ea agi posse (quamvis non sit expressa condicio) si nuptiæ fuerint secutæ, constat : quare si nuntius remittatur, defecisse condicio stipulationis videtur. — Le même, L. 7 § 3, même titre : ... Fiunt autem res mariti, si constante matrimonio in dotem dentur. Quid ergo si ante matrimonium ? Si quidem sic dedit mulier, ut statim ejus fiant, efficiuntur : enim vero si hac condicione dedit, ut tunc efficiantur, cum nupserit, sine dubio dicemus, tunc ejus fieri, cum nuptiæ fuerint secutæ. Proinde si forte nuptiæ non sequantur nuntio remisso, si quidem sic dedit mulier, ut statim viri res fiant, condicere eas debebit misso nuntio : enimvero si sic dedit, ut secutis nuptiis incipiant esse, nuntio remisso statim eas vindicabit. Sed ante nuntium remissum si vindicabit, exceptio poterit nocere vindicanti aut doli aut in factum : doti enim destinata non debebunt vindicari. — Callistrate, L. 8, même titre : Sed nisi hoc evidenter actum fuerit, credendum est hoc agi, ut statim res sponsi fiant et, nisi nuptiæ secutæ fuerint, reddantur. — Ulpien, L. 43, même titre : Licet soleat dos per acceptilationem constitui, tamen, si ante matrimonium acceptilatio fuerit interposita nec nuptiæ secutæ, Scævola ait matrimonii causa acceptilationem interpositam non secutis nuptiis nullam esse atque ideo suo loco manere obligationem : quæ sententia vera est. § 1. Quotiens autem extraneus accepto fert debitori dotis constituendæ causa, si quidem nuptiæ insecutæ non

fuerint, liberatio non sequetur : nisi forte sic accepto tulit, ut velit mulieri in totum donatum : tunc enim credendum est brevi manu acceptum a muliere et marito datum : ceterum mulieri per liberam personam conditio adquiri non potest.

56. — La dot est constituée au mari. Cela se faisait, dans l'ancien droit, de trois manières différentes : par *datio*, *promissio* et *dictio*. La *dictio dotis* est étrangère au droit nouveau, qui admet, en revanche, la constitution de dot par simple pacte (*pollicitatio dotis*) (1).

Il y avait *dictio* lorsque le constituant, qui ne pouvait être que le père ou un ascendant paternel de la femme, ou celle-ci, autorisée par son tuteur, ou encore son débiteur par elle délégué, déclarait ou promettait la dot, en prononçant certaines paroles en présence du mari, sans interrogation préalable (2).

Il y a dation, lorsque les choses corporelles ou incorporelles qui forment la dot, sont transférées dans le patrimoine du mari, selon les modes connus de transport de la propriété, des droits réels et des actions.

Il y a *promissio* lorsque le mari, stipulateur, se fait promettre par le constituant les sommes ou choses dotales. La créance, que le mari fait valoir par l'action

(1) Le mot *pollicitatio*, dont se sert la chancellerie impériale à la loi 6 C. *De dotis promissione*, ne peut avoir le sens d'offre unilatérale, puisque le mari recevant la dot s'oblige.

(2) On peut rapprocher la *dictio dotis* du *constitutum debiti* ; c'est une *constitutio dotis*. Térence, *Phormion*, 4, 3, 71. *Heautontimoroumenos*, 4, 4, 4 ; 5, 1, 69. *Andria*, 5, 4, 47.

Meykow, *Die Diction der römischen Brautgabe*. 1850. — Czyhlarz, *Die dictio dotis*. *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, VII. — Schulin, § 32. — Bernstein, dans *Festgaben für Beseler*. 1885. — Cuq, p. 231.

ex stipulatu, est assurée par une hypothèque légale sur les biens du promettant. Celui-ci peut opposer au mari le bénéfice de compétence. L'habitude était de payer la dot en trois annuités.

Le pacte, ou *pollicitatio*, qui se fait sans formalité aucune, a été déclaré civilement obligatoire par Théodose et Valentinien.

Une dot peut être promise, que ce soit par pollicitation ou par stipulation, même sans indication du montant. Si le constituant était obligé de doter, la détermination aura lieu comme il a été dit plus haut (55) ; sinon, le magistrat fixera le montant selon son appréciation équitable.

C'est ordinairement avant le mariage que la dot est constituée. Elle peut être aussi constituée, et *à fortiori* augmentée durant le mariage (1).

Tit. C. 5, 11 *De dotis promissione vel nuda pollicitatione* ; 13 *De rei uxoriæ actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus præstita*.

Ulpien, 6, 1 : Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur. 2. Dotem dicere potest mulier, quæ nuptura est, et debitor mulieris si jussu ejus dicat ; item parens mulieris virilis sexus, per virilem sexum cognatione junctus, velut pater, avus paternus. Dare, promittere dotem omnes possunt. — Cicéron,

(1) *Contra*, Code civil, 1343 : La dot ne peut être constituée ni même augmentée pendant le mariage. — Voir ci-dessous, 58, *ad finem*, note.

En droit nouveau, depuis le Ve siècle au moins, la femme même peut augmenter la dot durant le mariage, malgré l'exclusion des donations entre époux. Justinien, nouvelle 97, chap. 2. — Bruns, *Syrisch-Ræmisches Rechtsbuch*, p. 191.

pro Flacco, 86: Doti, quit, Valeria pecuniam omnem suam dixerat. Nihil istorum explicari potest, nisi ostenderis illam in tutela Flacci non fuisse. Si fuit, quæcumque sine hoc auctore est dicta dos, nulla est. — Ulpian, 11, 20. — Fragments du Vatican, 99, 100. — Théodose et Valentinien, L. 6 C. *De dotis promissione*: Ad exactionem dotis, quam semel præstari placuit, qualiacumque sufficere verba censemus, sive scripta fuerint sive non, etiamsi stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta (428). — Gaius, Épitomé Visigothique, 2, 9, § 3: Sunt et aliæ obligationes, quæ nulla præcedente interrogatione contrahi possunt, id est ut si mulier, sive sponso uxor futura, sive jam marito, dotem dicat. Quod tam de mobilibus rebus, quam de fundis fieri potest. Et non solum in hac obligatione ipsa mulier obligatur, sed et pater ejus et debitor ipsius mulieris, si pecuniam, quam illi debebat, sponso creditricis ipse debitor in dotem dixerit. Hæ tantum tres personæ nulla interrogatione præcedente possunt dictione dotis legitime obligari. Aliæ vero personæ, si pro muliere dotem viro promiserint, communi jure obligari debent, id est ut et interrogata respondeant et stipulata promittant. — Justin, L. 19 C. *De donationibus ante nuptias* 5, 3. Dioclétien et Maximien, L. 5 C. *De dotis promissione*: Si pro te pater marito tuo stipulante promisit dotem, non tibi, sed marito contra successores soceri competit actio (293). — Justinien, L. un. § 1 b *De rei uxoriæ actione*: Et ut plenius dotibus subveniatur, quemadmodum in administratione pupillariorum rerum et in aliis multis juris articulis tacitas hypothecas inesse accipimus, ita et in hujusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris pro ipsa dote præstanda vel rebus dotalibus evictis, sive ipsæ principales personæ dotes dederint vel promiserint vel susceperint, sive

aliæ pro his personæ, et dos sive adventicia sive profecticia sit secundum veteris juris nominationem.

Paul, 2, 21 b, 1 : Dos aut antecedit aut sequitur matrimonium, et ideo vel ante nuptias vel post nuptias dari potest : sed ante nuptias data earum expectat adventum.

Alexandre Sévère, L. 1 C. *De dotis promissione* : Frustra existimas actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi nec præstita sit, cum neque species ulla nec quantitas promissa sit, sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum, quod ea quæ nubebat dotem dare promiserit (231). — Gordien, L. 3, même titre : Si pro dote promissa usuras dare socer tuus spondit, id quod deberi ostenderis competens iudex solvi tibi præcipiet (238). — Papinien, L. 69 § 4 *De J. D.* : Gener a socero dotem arbitrato soceri certo die dari non demonstrata re vel quantitate stipulatus fuerat : arbitrio quoque detracto stipulationem valere placuit, nec videri simile, quod fundo non demonstrato nullum esse legatum vel stipulationem fundi constaret, cum intermodum constituendæ dotis et corpus ignotum differentia magna sit : dotis etenim quantitas pro modo facultatum patris et dignitate mariti constitui potest. — Labéon, L. 84 *De J. D.* : Si de dote promissa agitur, non oportet in quantum facere potest condemnari eum qui promisit. Paul : Immo, quod ad extraneum attinet, semper hoc verum est. Ceterum si manente adfinitate dotem promissam gener a socero petit, utique in quantum facere potest socer condemnabitur. Si dirempto matrimonio petitur, ex causa et persona idtribuendum puto : quid enim si socer specie futuræ dotis induxerit generum et, cum sciret se præstare dotem non posse, id egerit, ut genero insidiaretur ? — § 3, I. *De donationibus* 2, 7 : Sed primus quidem divus Justinus, pater noster, cum augere dotes et post nuptias fuerat permissum...

57. — Tout ce qui est de nature à augmenter le patrimoine peut être donné en dot.

Ainsi des choses, en propriété ou seulement en nue propriété. Des corps certains et déterminés, meubles ou immeubles, avec ou sans estimation ; en cas d'estimation, l'intention présumée est que le prix d'estimation sera restitué, non la chose, laquelle est considérée comme vendue au mari. Des choses fongibles, de l'argent.

Des droits réels, notamment l'usufruit, et aussi l'exercice d'un usufruit. Des créances, la libération d'une dette. Des universalités de droit, un héritage, un pécule, un patrimoine.

Paul, L. 4 *De J. D* : Si proprietati nudæ in dotem datæ usufructus accesserit, incrementum videtur dotis, non alia dos, quemadmodum si quid alluvione accessisset. — Pomponius, L. 6 § 1, même titre : Si pater alienum fundum bona fide emptum in dotem dedit, ab ipso profectus intellegitur. — Ulpien, L. 16, même titre : Quotiens res æstimata in dotem datur, evicta ea virum ex empto contra uxorem agere et quidquid eo nomine fuerit consecutus, dotis actione soluto matrimonio ei præstare oportet. — Papinien, L. 69 § 7, même titre : Cum res in dotem æstimatas soluto matrimonio reddi placuit, summa declaratur, non venditio contrahitur ; ideoque rebus evictis, si mulier bona fide eas dederit, nulla est actio viro : alioquin de dote tenetur. § 8. In dotem rebus æstimatis traditis, quamvis eas mulier in usu habeat, viri dominium factum videretur. — Scévola, L. 50 *Solutio matrimonio* 24, 3 : Aestimatis rebus in dotem datis pactum intercessit, ut, ex quacumque causa dos reddi deberet, ipsæ res restituerentur habita ratione augmenti et deminutionis viri boni arbitrato, quæ vero non exstarent, ab initio æsti-

matio earum : quæsitum est, cum res quaedam, quas maritus vendiderat, exstarent, an secundum pactum et hæc ad mulierem pertinerent. Respondi, res quæ exstant, si neque volente neque ratum habente muliere venissent, perinde reddendas, atque si nulla æstimatio intervenisset. — Ulpien, L. 7 § 2, même titre : Si ususfructus in dotem datus sit, videamus, utrum fructus reddendi sunt necne. Et Celsus libro X Digestorum ait, interesse quid acti sit, et nisi appareat aliud actum, putare se, jus ipsum in dote esse, non etiam fructus qui percipiantur. — L. 66, L. 78 pr. § 3, même titre. — Paul, L. 49 pr. *Solutio matrimonio* 24, 3 : Mævia marito suo inter alias res dotis etiam instrumentum (solidorum decem) tradidit, quo Otacilius eidem Mæviæ caverat daturum se, cum nuptum ire cœpisset, decem millia : ex eo instrumento maritus nihil exegit, quia nec potuit... — Le même, L. 72 pr. *De J. D.* : Mulier bona sua omnia in dotem dedit : quæro, an maritus quasi heres oneribus respondere cogatur... — Le même, L. 14 § 3 *De fundo dotali* 23, 5 : Si fundum legatum sibi dotis causa mulier repudiaverit vel etiam substituto viro omiserit hereditatem vel legatum, erit fundus dotalis. — Ulpien, L. 5 § 5 *De J. D.* : Si pater repudiaverit hereditatem dotis constituendæ causa (forte quod maritus erat substitutus aut qui potuit ab intestato hereditatem vindicare), dotem profectitiam non esse Julianus ait. — Valérien et Gallien, L. 2 C. *De obligationibus et actionibus* 4, 10 : Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio præcesserit nec litis contestatio subsecuta sit, utilem tamen marito actionem ad similitudinem ejus qui nomen emerit dari oportere, sæpe rescriptum est. — Ulpien, L. 43 pr. § 1 *De J. D.* ; ci-dessus, p. 194.

58. — Puisque le mari supporte les charges du mariage et que la dot est destinée à les alléger, c'est à lui

qu'elle doit appartenir. Il est, en conséquence, durant le mariage, propriétaire des choses dotales, titulaire des droits, créancier des débiteurs. Les fruits sont à lui définitivement. D'autres accessions lui appartiennent au même titre que la dot, qu'elles augmentent. Il est généralement libre d'aliéner. Il intente les actions qui peuvent servir à protéger la dot : la revendication, la confessoire, la négatoire, la condictio furtive, l'action de la loi *Aquilia*.

S'il est encore sous puissance, les charges du mariage incombent à son père ; c'est donc à celui-ci que la dot appartient. Le père mort, le mari la prélèvera hors part.

Telle est la doctrine romaine ancienne, attestée par des témoignages nombreux, et qui n'a jamais été écartée expressément ni entièrement.

Toutefois la destination même de la dot devait faire apporter diverses restrictions aux droits du mari ou de son père.

La dot a, en effet, une destination précise : elle doit servir à défrayer le mariage. La femme a, en conséquence, le droit d'empêcher qu'elle soit abusivement employée à un autre usage, gaspillée, dissipée : elle peut, s'il y a danger, en demander la mise sous séquestre, ou se la faire délivrer pour assurer la subsistance du ménage. En cas d'éviction de choses dotales achetées par elle, c'est elle qui a le recours contre le vendeur.

Auguste, dans sa loi contre l'adultère (1), a fait dé-

(1) Ci-dessus, § 12, 36.

fense au mari d'aliéner, sans le consentement de la femme, les immeubles dotaux situés sur sol italique ; la défense s'étend à la constitution d'hypothèque sur ces immeubles, et ici elle est absolue, même si la femme consent à l'hypothèque. Justinien a renouvelé l'interdiction, en l'étendant à tous les immeubles et en généralisant son caractère absolu : même consentie par la femme, l'aliénation est nulle (1). Outre l'engagement par hypothèque, on comprend dans l'aliénation la constitution de servitudes et l'abandon de servitudes actives. Il y a des exceptions à la règle de l'inaliénabilité de l'immeuble dotal ; la principale concerne le cas où il a été livré après estimation, parce qu'alors le prix d'estimation devra être remboursé par le mari considéré comme acheteur (2).

Quant aux choses dotales mobilières, autres que les fongibles et les consommables, on admit que la femme n'était pas tenue de reconnaître leur aliénation faite sans son consentement.

Le mariage dissous, la dot pourra revenir à la femme,

(1) Cette disposition de Justinien, plus gênante qu'utile, n'est pas reçue dans le droit romain moderne. Mais elle s'est introduite en France, et y a supplanté le droit anté-justinien, qui s'était maintenu jusqu'au Code, avec modifications, à Toulouse et en Normandie. Le Code civil la consacre à l'article 1554 : Les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement, sauf les exceptions qui suivent.

Le droit canonique permet confirmation de l'aliénation par la femme, avec serment. C. 28 X. *De jurejurando* 2, 24. — Pour le droit byzantin, voir Zachariæ, § 15, p. 78.

(2) Ci-dessus, 57.

ou à ses héritiers, ou à d'autres personnes. Le mari ne devrait pas avoir à rendre compte de sa gestion, puisqu'il est maître. Cependant il sera obligé de restituer, et si les choses dotales sont en mauvais état ou ont péri, il en sera responsable. On a posé en règle qu'il répond de la *diligentia quam suis rebus adhibere solet*. Il est donc tenu d'administrer la dot au moins aussi soigneusement que ses propres biens.

De tout cela résulte que, du temps des jurisconsultes classiques, la dot n'était plus considérée comme appartenant absolument et exclusivement au mari, mais bien comme étant aussi, à certains égards du moins, à la femme. Et ce point de vue a été exagéré par Justinien, lequel a déclaré que les choses dotales appartiennent *naturaliter* à la femme et que le mari n'en est propriétaire que grâce à une subtilité légale. On fait remarquer avec raison qu'à ce moment, point final de l'évolution romaine, les droits du mari sur la dot, malgré son titre de propriétaire, ne diffèrent pas sensiblement de ceux d'un usufruitier (1). Il est possible que cette évolution

(1) Le droit moderne a été plus loin dans cette voie. « La propriété du mari est encore nettement formulée dans la coutume de Toulouse. » Viollet, p. 682. — Mais le Code civil consacre la propriété de la femme. L'article 1562 porte : Le mari est tenu à l'égard des biens dotaux de toutes les obligations de l'usufruitier... — 1549, 1551, 1552.

Le Code vaudois confère au mari, lorsqu'il a fait la reconnaissance ou donné les sûretés prescrites par la loi, la propriété des créances, argent comptant, denrées, ainsi que des effets mobiliers mis à prix. 1064, 1065, 1067.

soit due en partie à l'influence du droit provincial des pays helléniques de l'empire (1).

Ulpien, L. 20 § 1 *Familiæ herciscundæ* 10, 2 : ... Filius familias heres institutus dotem uxoris suæ præcipiet, nec immerito, quia ipse onera matrimonii sustinet. — Paul, L. 46, même titre : Igitur et dotem præcipere debet qui onus matrimonii post mortem patris sustinuit : et ita Scævolæ quoque nostro visum est. — Le même, L. 56 § 1 *De J. D.* : Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt. § 2. Post mortem patris statim onera matrimonii filium sequuntur, sicut liberi, sicut uxor. — Le même, L. 65 § 16 *Pro socio* 17, 2 : Si unus ex sociis maritus sit et distrahatur societas manente matrimonio, dotem maritus præcipere debet, quæ apud eum esse debet qui onera sustinet. — Le même, L. 1 *De J. D.* : Dotis causa perpetua est, et cum voto ejus qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit. — Tryphonin, L. 76, même titre : ... Nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est.

Ulpien, L. 7 § 12 *Solutio matrimonio* 24, 3 : Si fundum viro uxor in dotem dederit isque inde arbores deciderit, si hæ fructus intelliguntur, pro portione anni debent restitui (puto autem, si arbores cæduæ fuerunt vel gremiales (2) dici oportet (3), in fructu cedere), si minus, quasi deteriorem fundum fecerit, maritus tenebitur. Sed et si vi tempestatis ceciderunt, dici oportet pretium earum restituendum mulieri nec in fructum cedere non magis, quam si thesaurus fuerit in-

(1) On peut citer ici l'édit du préfet d'Égypte, de l'an 68 de notre ère : Dotes enim, cum alienæ sint neque virorum quæ eas acceperunt, etiam D. Augustus jussit et præfecti a fisco mulieribus reddi, quarum privilegium exigendi firmum servari oportet.

(2) Haloandre : *cremiales*.

(3) Mommsen propose de retrancher *dici oportet*.

ventus : in fructum enim non computabitur, sed pars ejus dimidia restituetur quasi in alieno inventi.

Terentius Clemens, L. 61 § 1 *De J. D.*:... Possunt res in dotem datæ plerumque alienari et pecunia in dotem converti.

Tit. *De fundo dotali* D. 23, 5, C. 5, 23. — Gaius, 2, 63 : Dotale prædium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit vel mancipatum ei dotis causa vel in jure cessum vel usucaptum. Quod quidem jus utrum ad Italica tantum prædia an etiam ad provincialia pertineat, dubitatur.— Caracalla, L. 1 C. *De fundo dotali*: Si aestimata prædia data essent in dotem et convenisset, ut electio mulieri servetur, nihilominus lex Julia locum habet. Est autem alienatio omnis actus, per quem dominium transfertur. — Pr. I. *Quibus alienare licet vel non* 1, 8 :... Quod nos, legem Juliam corrigentes, in meliorem statum deduximus. Cum enim lex in soli tantummodo rebus locum habebat, quæ Italicæ fuerant, et alienationes inhibebat, quæ invita muliere fiebant, hypothecas autem earum etiam volente : utrisque remedium imposuimus, ut etiam in eas res, quæ in provinciali solo positæ sunt interdicta fiat alienatio vel obligatio et neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat, ne sexus mulieris fragilitas in perniciem substantiæ earum converteretur. — Justinien, L. 1 § 15 C. *De rei uxoriæ actione* 5, 13. — L. 3 § 1, L. 11 *De fundo dotali* 23, 5.

Paul, L. 17 pr. *De J. D.* : In rebus dotalibus virum præstare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accepit : sed etiam diligentiam præstabit, quam in suis rebus exhibet.

Ulpian, L. 22 § 8 *Soluta matrimonio* 24, 3 :... Sin vero dotem ita dissipaturus... manifestus est, ut non hominem frugi oportet, tunc dotem sequestrari, quatenus ex ea mulier com-

petens habeat solacium una cum sua familia, pactis videlicet dotalibus, quæ inter eos ab initio nuptiarum inita fuerint, in suo statu durantibus et alterius expectantibus sanitatem et (*aut?*) mortis eventum. — Le même, L. 24 pr., même titre : Si constante matrimonio propter inopiam mariti mulier agere volet, unde exactionem dotis initium accipere ponamus? Et constat exinde dotis exactionem competere, ex quo evidentissime apparuerit mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere. — Pomponius, L. 22 § 1 *De evictionibus* 21, 2 : Si pro evictione fundi quem emit mulier satis accepisset et eundem fundum in dotem dedisset, deinde aliquis eum a marito per iudicium abstulisset, potest mulier statim agere adversus fidejussores emptionis nomine, quasi minorem dotem habere cœpisset vel etiam nullam, si tantum maritus (marito?) optulisset, quanti fundus esset.

Africain, L. 4 *De collatione* 37, 6. — Tryphonin, L. 75 *De J. D.* : Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est... — Paul, L. 71 *De evictionibus* 21, 2 :... Non enim, sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest... — Ulpien, L. 3 § 5 *De minoribus* 4, 4 : Dos ipsius filiae proprium patrimonium est. — Le même, L. 16 *De religiosis* 11, 7. — Justinien, L. 30 pr. C. *De jure dotium* 5, 12 :... Cum eadem res (dotales) et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in ejus manserunt dominio. Non enim quod legum subtilitate transitus earum in mariti patrimonium videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est.

Les droits énoncés ci-dessus sont susceptibles de modifications conventionnelles, par des pactes dotaux, *pacta dotalia*, faits soit avant, soit durant le mariage (1).

(1) Sur les pactes dotaux : Dernburg, *Pandekten*, t. III, § 17. — Le principe de l'immutabilité du régime des époux est donc inconnu

Il est clair que ces conventions, qui règlent, selon la volonté des constituants ou des époux, le régime conjugal et les conséquences éventuelles de la dissolution du mariage, ne doivent rien contenir de contraire à l'essence du mariage ni à celle de la dot, et que des clauses de telle nature seraient sans valeur.

Tit. D. *De pactis dotalibus* 23, 4. Tit. C. 5, 14 *De pactis conventis, tam super dote quam super donationibus ante nuptias et paraphernis*.

Ulpien, L. 14 § 1 *Solutio matrimonio* 24, 3. — Javolène, L. 1 pr. *De pactis dotalibus* : Pacisci post nuptias, etiamsi nihil ante convenerit, licet. — Paul, L. 20 § 1, même titre : Si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult pacisci et ignorante muliere, sicut et stipulari potest : legem enim suæ rei dicit : postquam vero dederit, pacisci consentiente muliere debet. — Ulpien, L. 29 § 1 *Solutio matrimonio* 24, 3. — Le même, L. 4 *De pactis dotalibus* : Si convenerit, ut fructus in dotem converteretur, an valeat conventio ? Et Marcellus ait libro octavo Digestorum, conventionem non valere : prope enim indotatam mulierem hoc pacto fieri. — Paul, L. 5 pr., même titre : Illud convenire non potest, ne de moribus agatur vel plus vel minus exigatur, ne publica coercitio privata pactione tollatur. § 1. Ac ne illa quidem pacta servanda sunt, ne ob res donatas vel amotas ageretur, quia altero pacto ad furandum mulieres invitantur, altero jus civile impugnatur. § 2. Et si convenerit, ne ob impensas ne-

au droit romain. Il est consacré par le Code Napoléon (1394-1397), et l'était déjà par l'ancien droit, tant dans les pays de droit écrit que dans les pays coutumiers. En Belgique, plusieurs coutumes, notamment celle de Bruxelles, consacraient la mutabilité.

cessarias ageretur, pactum non est servandum, quia tales impensæ dotem ipso jure minuunt. — Ulpien, L. 6, même titre : Pomponius ait, maritum non posse pacisci, ut dolum solummodo in dotem præstet, videlicet propter utilitatem nubentium : quamvis pacisci possit, ne sit periculo ejus nomen debitoris qui ei dotem promisit... — Paul, L. 20 *De J. D.* : Julianus scribit, valere talem stipulationem : « Cum morieris, dotis nomine tot dari » ? quia et pacisci soleant, ne a viva exhibeatur (exigatur). Quod non esse simile accepi ; aliud est enim differre exactionem, aliud ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit. Idque et Aristoni, et Neratio, et Pomponio placet.

59. — La femme *sui juris* mariée *sine manu* conservait sa pleine indépendance au point de vue patrimonial, administrant sa fortune comme elle l'entendait et en disposant à sa guise.

Il arrivait fréquemment, et c'était une conséquence naturelle de l'intimité conjugale, qu'elle en confiait la garde ou l'administration à son mari, lequel se trouvait être alors son mandataire, toujours sujet à révocation en vertu des règles du mandat et responsable selon ces mêmes règles, si ce n'est qu'en raison de sa qualité de mari il n'était tenu que de la *diligentia quam suis* et que, en vertu d'une constitution de Justinien, sa fortune était grevée, pour la sûreté de la femme, d'une hypothèque légale.

Il arrivait aussi que les époux formaient ensemble une société, notamment une société universelle de tous les biens présents ou à venir.

Les biens de la femme [sont] appelés [biens] parapher-

naux, παράφερνα, c'est-à-dire *quæ præter dotem feruntur*, *res extra dotem constitutæ* ; peut-être aussi *peculium* (1).

Ulpien, L. 9 § 3 *De J. D.* 23, 3 : Ceterum si res dentur in ea quæ Græci παράφερνα dicunt, quæque Galli (2) *peculium* appellant, videamus an statim efficiuntur mariti. Et putem, si sic dentur ut fiant, effici mariti, et cum distractum fuerit matrimonium, non vindicari oportet, sed condici, nec dotis actione peti, ut divus Marcus et Imperator noster cum patre rescripserunt. Plane si rerum libellus marito datur, ut Romæ volgo fieri videmus (nam mulier res, quas solet in usu habere in domo mariti neque in dotem dat, in libellum solet conferre eumque libellum marito offerre, ut is subscribat, quasi res acceperit, et velut chirographum ejus uxor retinet, res quæ libello continentur in domum ejus se intulisse) : hæ igitur res an mariti fiant, videamus. Et non puto, non quod non ei traduntur (quid enim interest, inferantur volente eo in domum ejus an ei tradantur ?), sed quia non puto hoc agi inter virum et uxorem, ut dominium ad eum transferatur, sed magis ut certum sit in domum ejus illata

(1) La notion romaine des paraphernaux s'est maintenue telle quelle ou à peu près dans plusieurs pays français de droit écrit. Dans d'autres, le droit de la femme était considérablement altéré, en ce sens qu'il lui fallait pour les aliéner l'autorisation maritale, et c'est ce qu'a consacré le Code civil, à l'article 1576.

(2) Mommsen conjecture *alii*. *Galli* paraît cependant parfaitement admissible et préférable. — Cf. Bremer, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, t. II, p. 134, et t. IV, p. 84, où M. Bremer établit que les Gaules tiennent une place relativement importante dans l'œuvre d'Ulpien.

Le texte d'Ulpien montre d'ailleurs que de son temps les παράφερνα, ou le *peculium*, pouvaient être apportés par la femme au mari en propriété. C'était, évidemment, une contribution de la femme à la fortune conjugale, distincte de la dot.

(*illatas*?), ne, si quandoque separatio fiat, negetur: et plerumque custodiam earum maritus repromittit, nisi mulieri commissæ sint. Videbimus harum rerum nomine, si non redantur, utrum rerum amotarum an depositi, an mandati mulier agere possit. Et si custodia marito committitur, depositi vel mandati agere poterit: si minus, agetur rerum amotarum, si animo amoventis maritus eas retineat, aut ad exhibendum, si non amovere eas connisus est. — Théodose et Valentinien, L. 8 C. *De pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis*, 5, 14: Hac lege decerminus, ut vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Græci *παράφερνα* dicunt, nullam uxore prohibente habeat communionem nec aliquam ei necessitatem imponat. Quamvis enim bonum erat mulierem, quæ se ipsam marito commitit, res etiam ejusdem pati arbitrio gubernari, attamen, quoniam conditores legum æquitatis convenit esse fautores, nullo modo, ut dictum est, muliere prohibente virum in paraphernis se volumus immiscere (450). — Justinien, L. 11 § 2, même titre (530).

Scévola, L. 16 § 3 *De alimentis vel cibariis legatis* 34, 1: Qui societatem omnium bonorum suorum cum uxore sua per annos amplius quadraginta habuit, testamento eandem uxorem et nepotem ex filio æquis partibus heredes reliquit etc.

Le même, L. 95 pr. *Ad legem Falcidiam* 35, 2: Maritus uxoris res extra dotem constitutas administravit, eaque decedens ante rationem sibi redditam administrationis eundem maritum heredem reliquit ejusque fidei commisit ut decem uncias filio communi cum moreretur restitueret, duas autem uncias nepoti. Quæsitum est, an id quoque, quod ex administratione rerum apud maritum resedissee constituerit, cum ceteris bonis pro rata decem unciarum filio restitui

debeat. Respondit, id quod debuisset hereditati in rationem venire debere.

D'après un avis de Mucius Scévola, qui a prévalu et fait autorité, lorsque la provenance de choses ou biens appartenant à la femme n'est pas connue, ils sont présumés venir du mari. C'est ce qu'on appelle la *présomption mucienne*. Elle est parfaitement justifiée en fait, puisque c'est généralement le mari, et non la femme qui gagne et acquiert.

Pomponius, L. 51 *De donationibus inter V. et U.* 24, 1 : Q. Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est, quod non demonstratur unde habeat existimari a viro aut qui in potestate ejus esset ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quæstus (*evitandæ autem turpis quæstus quæstionis?*) gratia circa uxorem hoc videtur Q. Mucius probasse (1).

Alexandre Sévère, L. 6 § 1 C. *De donationibus inter V. et U.* : Nec est ignotum, quod, cum probari non possit, unde uxor matrimonii tempore honeste quæsierit, de mariti bonis eam habuisse veteres juris auctores merito credidissent (229).

60 (2). — Les époux mariés *sine manu* peuvent, généralement, faire entre eux toute sorte d'actes juridiques : ventes, louages, sociétés, prêts. Mais en vertu d'une coutume qui doit être postérieure à la loi *Cincia*,

(1) Plaute, *Casina*, 94, met dans la bouche de Myrrhina un dilemme assez cru : Quæ habet partum, ei haud commode est Quin viro subtrahat aut stupro invenerit.

(2) Monographies récentes : Keysser, *Das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten*. 1878. — F. Hofmann, au tome VIII de la Revue de Grünhut (1881), *Schenkungen unter Gatten und Brautleuten*.

les donations entre époux faites durant le mariage étaient nulles et sans valeur (1) ; les sommes d'argent pouvaient être répétées comme données sans cause, les choses corporelles revendiquées.

Il est clair qu'il ne faut pas confondre avec les donations les simples cadeaux, en usage à Rome comme partout. Diverses exceptions étaient d'ailleurs admises. Les jurisconsultes cherchaient à restreindre la nullité, en préférant le plus possible la solution favorable au maintien de l'acte voulu par les époux. D'après une constitution de Septime Sévère et Caracalla, la donation devenait valable si le conjoint donateur mourait sans avoir répété ou revendiqué.

Le motif de l'invalidité des donations entre époux c'est, selon les jurisconsultes, qu'on ne voulait pas laisser envahir le mariage par un élément pernicieux d'intérêt, d'exploitation, de vénalité.

La donation à la concubine est valable.

Tit. D. 24, 1 *De donationibus inter virum et uxorem (V. et U.)*.

(1) La loi *Cincia* place les époux parmi les *exceptæ personæ*, qui peuvent se faire donation. *Fragm. Vatic.*, 302.

L'ancien droit français, même coutumier, suivait en général la règle romaine. Guy Coquille dit, en termes dignes de Papinien : « Durant le mariage, l'amitié se doit entretenir et conserver par honneur et en l'intérieur du cœur, et non par dons. » Les rédacteurs du Code Napoléon en ont jugé différemment, mais la donation faite entre époux durant le mariage est toujours révocable (art. 1096). — Loisel, *Institutes coutumières*, 127 : Donation en mariage, ni concubinage, ne vaut.

Plusieurs coutumes françaises, qui interdisaient les donations entre époux avec une rigueur inconnue à Rome, faisaient exception pour le don mutuel. — Viollet, p. 696. — Loisel, 128.

Tit. C. 5, 16 *De donationibus inter virum et uxorem et a parentibus in liberos factis et de ratihabitione.*

Ulpien, L. 1 *De donationibus inter virum et uxorem* : Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate. — Paul, L. 2, même titre : Ne cesset eis studium liberos potius educendi. Sextus Cæcilius et illam causam adjiciebat, quia sæpe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is qui posset, atque ex ratione eventurum, ut venalicia essent matrimonia. — Ulpien, L. 3 pr., même titre : Hæc ratio et oratione imperatoris nostri Antonini Augusti electa est : nam ita ait : « Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt amorem honestum solis animis æstimantes, famæ etiam conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari viderentur neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret ».

Ulpien, L. 32, même titre : Cum hic status esset donationum inter virum et uxorem, quem antea rettulimus, imperator noster Antoninus Augustus ante excessum divi Severi patris sui oratione in senatu habita auctor fuit senatui censendi Fulvio Æmiliano et Nummio Albino consulibus, ut aliquid laxaret ex juris rigore. § 1. Oratio autem imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quæ nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut (*moriente eo qui donavit*) et ipso jure res fiant ejus cui donatæ sunt et obligatio sit civilis et de Falcidia ubi possit locum habere tractandum sit : cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum quod donatum est. § 2. Ait oratio : « Fas esse, eum quidem qui donavit (*posse*) pœnitere : heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donaverit, durum et avarum esse ».

Paul, 2, 23, 2 : Manumissionis gratia inter virum et uxorem donatio favore libertatis recepta est, vel certe, quod nemo ex hac fiat locupletior : ideoque servum manumittendi causa invicem sibi donare non prohibentur. 3. Inter virum et uxorem nec per interpositam personam donatio fieri potest. 4. Inter virum et uxorem contemplatione donationis imaginaria venditio contrahi non potest. 5. Superstite eo qui matrimonii tempore donaverat, ante decedente cui fuerat donatum, id quod donatum est penes donatorem remanet. 6. Quocumque tempore contemplatione mortis inter virum et uxorem donatio facta est, morte secuta convalescit. — Pomponius, L. 31 § 8 *De donationibus inter virum et uxorem* : Si vir uxori munus immodicum Calendis martiis aut natali die dedisset, donatio est : sed si impensas, quas faceret mulier, quo honestius se tueretur, contra est. — Ulpian, L. 21 pr. même titre : Si quis pro uxore sua vectigal, quod in itinere præstari solet, solvisset, an, quasi locupletior esset ea facta, exactio fiat, an vero nulla sit donatio ? Et puto non interdictum, hoc maxime si ipsius causa profecta est : nam et Papinianus libro quarto Responsorum scripsit, vecturas uxoris et ministeriorum ejus virum itineris sui causa repetere non posse, iter autem fuisse videtur viri causa, et cum uxor ad virum pervenit ; nec interesse, an aliquid de vecturis in contrahendo matrimonio convenerit ; non enim donat qui necessariis oneribus succurrit. Ergo et si consensu mariti profecta est mulier propter suas necessarias causas, et aliquid maritus expensarum nomine ei præstiterit, hoc revocandum non est.

Ulpian, 7, 4 : Inter virum et uxorem donatio non valet, nisi certis ex causis, id est mortis causa, divortii causa, servi manumittendi gratia. Hoc amplius principalibus constitutionibus concessum est mulieri in hoc donare viro suo,

ut is ab imperatore lato clavo vel equo publico similive honore honoretur.

61 (1). — A Rome comme ailleurs les fiancés avaient coutume de se faire des présents, surtout le fiancé à la fiancée ; ces présents étaient parfois de véritables donations. Le futur mari, auquel sa femme apportait une dot, pouvait être amené à lui assurer de son côté des avantages pécuniaires, et cela d'autant plus qu'elle n'avait dans les biens du mari qu'un droit de succession prétorien, en dernière ligne, à défaut de cognats (2) ; il pouvait lui donner de l'argent à convertir en dot, de manière à augmenter celle-ci, à l'avantage éventuel de la femme. Ces donations devaient nécessairement être effectuées avant le mariage.

Ce sont là les donations *ante nuptias*, valables, en opposition aux donations entre époux, non valables.

Cette notion s'est généralisée sous les empereurs chrétiens, et même entièrement transformée, grâce en partie à l'influence hellénique ; à tel point que dans le dernier état du droit romain la donation *ante nuptias*, dont Justinien a changé le nom en celui de donation *propter nuptias*, a pris le caractère d'une contre-prestation régulière de la dot, ἀντίφερνα ; fournie par le mari ou le père du mari ou par un tiers, et au moins égale à la dot (3) ;

(1) Esmein, *Le testament du mari et la donatio ante nuptias*. *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. VIII (1884), et *Mélanges*. 1886. — L. Schott, *Die donatio propter nuptias*. 1867. — Hofmann, cité p. 211. — Bruns, *Syrisch-römische Rechtsbuch*, p. 264-267.

(2) Ci-dessous, § 19, 68.

(3) On peut comparer le droit gaulois, attesté par César, *Guerre*

appartenant durant le mariage au mari, comme la dot. Le mari ne peut aliéner les immeubles qui en font partie. S'il tombe en déconfiture, la femme peut réclamer la donation, encore comme la dot. Mais elle n'y a droit, à la dissolution du mariage, qu'en punition du mari coupable, et cette fonction de la donation pour cause de nocces, envisagée comme devant servir éventuellement à punir le mari, a contribué sans doute au développement dont je viens d'indiquer les traits principaux.

La donation à cause de nocces peut, depuis Justin, être augmentée et même, en vertu d'un édit de Justinien, constituée durant le mariage.

Tout ceci a fait l'objet de constitutions nombreuses, contenant des dispositions détaillées, parfois arbitraires. Les législateurs ont tâtonné, expérimenté, cherché à concilier les principes anciens et nationaux avec des habitudes nouvelles ou étrangères. Le résultat est, en somme, peu satisfaisant (1).

des Gaules, 6, 19 : Viri quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, tantas ex suis bonis æstimatione facta cum dotibus communicant. Même idée de contre-prestation, sans l'idée superflue d'égalité, dans la dot de Tacite. Ci-dessus, 55.

L'égalité était d'usage constant dans l'Occident avant Justinien, tandis qu'en Orient la coutume voulait que la donation fût égale à la moitié de la dot. — Bruns, *Syrisch-Ræmisches Rechtsbuch*, p. 295.

(1) La donation *propter nuptias*, ἀντίφερνα, ὑπόβολον, n'a plus besoin, d'après le droit de l'Éclogue, d'être égale à la dot. D'après les lois de Léon le Philosophe, elle ne doit pas la dépasser. Au moyen âge, on admettait dans le doute que son montant était du tiers de la dot. Outre l'ὑπόβολον, on trouve à partir du Xe siècle une autre donation du mari à la femme qu'on appelle θεώρετρον

Ainsi que la dot, la donation *ante nuptias* était considérée, dans l'opinion vulgaire, comme caractérisant le mariage et le différenciant du concubinat.

Tit. C. *De donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsaliciis* 5, 3. — Nouvelle 97, *De æqualitate dotis et donationis propter nuptias*.

Septime Sévère et Caracalla, L. 1 C. *De donationibus ante nuptias* : Multum interest, si ea, quæ donat vir futurus, tradiderit uxori et postea in dotem acceperit, an vero donandi animo dotem auxerit, ut videatur accepisse, quod non accepit. Priore enim casu donatio non impeditur, et res, quæ in ea causa sunt, dotis effectæ judicio de dote peti possunt : posteriore autem nihil actum est donatione et, quod in dotem datum non est, non potest repeti (198-212). — Gordien, L. 4, même titre : Quod sponsæ ea lege donatur, ut tunc dominium ejus adipiscatur, cum nuptiæ fuerint secutæ, sine effectu est (239). — Aurélien, L. 6, même titre. Ci-dessus, § 16, 53. — Dioclétien et Maximien, L. 9, même titre : Cum te sponsæ filii tui quædam donasse confitearis, perfectam donationem rescindi nec nostro oportet rescripto, quam tua voluntas jurisque auctoritas fecit ratam (293). — Les mêmes,

et qui pourrait provenir de l'ancien droit grec. C'est un *pretium virginitatis*, comme la *Morgengabe* germanique. — Zachariæ, § 14.

En France, le droit antéjustinien de la donation *ante nuptias* a donné naissance à l'augment de dot, « gain nuptial et de survie, que la femme survivante pouvait répéter en augmentation et à proportion de sa dot, sur les biens de son mari prédécédé ». Odier, *Contrat de mariage*, t. III, 1032-1037. — C'est une sorte de douaire, que la jurisprudence a développé, aussi sous l'influence du droit de Justinien. — Viollet, p. 694.

Le droit romain actuel, en Occident, ne connaît plus la donation *propter nuptias*. Ni l'augment de dot ni le douaire n'ont été admis dans le Code civil.

L. 11, même titre : Si tibi res proprias liberalitatis causa sponsus tuus tradidit, eo, quod ab hostibus postea interfectus est, irrita donatio fieri non potest.

§ 3, I. *De donationibus* 2, 7 : Est et aliud genus inter vivos donationum, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a junioribus divis principibus introductum est, quod ANTE NUPTIAS vocabatur et tacitam in se condicionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium fuerit insecutum : ideoque ante nuptias appellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur et numquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem divus Justinus, pater noster, cum augeri dotes et post nuptias fuerat permissum, si quid tale evenit, etiam ante nuptias donationem augeri et constante matrimonio sua constitutione permisit : sed tamen nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes et consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus ut tales donationes non augeantur tantum, sed et constante matrimonio initium accipiant et non ANTE NUPTIAS, sed PROPTER NUPTIAS vocentur et dotibus in hoc exaequentur, ut quemadmodum dotes et constante matrimonio non solum augentur, sed etiam fiunt, ita et istæ donationes, quæ propter nuptias introductæ sunt, non solum antecedant matrimonium, sed etiam eo contracto et augeantur et constituentur. — Justin, L. 19 C. *De donationibus ante nuptias* (§27 ?) — Justinien, L. 20, même titre (§31-532). § 10 : ... Si igitur et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio, quare non etiam ea simili modo et matrimonio contracto dabitur ?

Justinien, novelle 97, de l'an 539, chap. 1 : Hoc igitur ante omnia corrigimus, ut in dotibus et donationibus prop-

ter nuptias tam in iis, quæ dantur, quam in stipulationibus pacta æqualia sint, et tantam quantitatem vir scribat, quantum mulier, tantum lucri quoque stipuletur, et pro ea parte, quam voluerint, modo aquales sint partes. Alias enim justitiæ et æqualitatis ratio non servabitur, si, ut in commerciis fieri solet, sese mutuo circumscribant, et æquales quidem stipulationes facere videantur, revera tamen inæqualis effectus maneat, non eadem quantitate in illis, quæ data sunt, constituta.... Dotalia igitur instrumenta antea facta eo modo, quo conventa sunt, se habeant; fieri enim nequit, ut id, quod factum est, infectum maneat. In posterum vero in omni ditione sancimus, ut æqualia dentur... — Ch. 2. — Théodose et Valentinien, L. 22 C. *De nuptiis* 5, 4. Ci-dessus, § 16, 53.

Constantin a statué que la donation faite par le fiancé à la fiancée reste acquise pour moitié à celle-ci ou à ses héritiers, si c'est par suite de décès que le mariage n'a pu avoir lieu. Mais il faut pour cela que le baiser de fiançailles ait été donné, c'est-à-dire, selon la coutume mentionnée plus haut, que les fiançailles aient eu lieu solennellement (1). Sinon, la donation doit être restituée

(1) *Interveniente osculo*. Ci-dessus, § 13, 41. La constitution transcrite au texte est adressée à Tibérien, vicaire des Espagnes, et la disposition y contenue s'est maintenue dans les lois espagnoles jusqu'à nos jours. Plusieurs pandectaires allemands la considèrent comme étant encore de droit commun. Elle a passé dans les recueils orientaux, dans le recueil syrien, § 201), dans les lois grecques et arméniennes colligées par le czar Wachtang. — Post, *Bausteine*, I, § 15. — Lehr, *Éléments de droit civil espagnol*, t. I, 152. — Arndts-Hofmann, *Pandekten*, § 413. — Comparez Bruns, *Syrisch-Ræmisches Rechtsbuch*, p. 260-264, et Dirksen, *Mémoire* cité au § 13. — Ce très savant et clairvoyant auteur aurait peut-être été d'un avis différent, si les études d'histoire comparative du droit avaient été aussi avancées en 1848 qu'aujourd'hui.

intégralement. Si la fiancée a fait un don au fiancé, qu'il y ait eu baiser ou non, et que l'un ou l'autre meure avant le mariage, tout doit être restitué, soit à la fiancée donatrice, soit à ses héritiers.

L. 6 C. Théod. *De sponsalibus* 3, 5 (L. 16 C. Just. *De donationibus ante nuptias*) : Si ab sponso rebus sponsæ donatis, interveniente osculo, ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, dimidiam partem rerum donatarum ad superstitem pertinere præcipimus, dimidiam ad defuncti vel defunctæ heredes, cujuslibet gradus sint, et quocumque jure successerint, ut donatio stare pro parte media et solvi pro parte media videatur ; osculo vero non interveniente, sive sponsus sive sponsa obierit, totam infirmari donationem et donatori sponso vel heredibus ejus restitui. § 1. Quodsi sponsa, interveniente vel non interveniente osculo, sponsaliorum (1) titulo, quod raro accidit, fuerit aliquid sponso largita, et ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, omni donatione infirmata ad donatricem sponsam, sive ejus successores, donatarum rerum dominium transferatur (336). — Cf. L. 2 C. Théod., même titre, de l'an 349, et L. 15 C. Just., même titre.

§ 18. — Comment le mariage prend fin (2).

62. De la dissolution du mariage en général. — 63. Le divorce et la répudiation dans l'ancien droit. — 64. Droit nouveau.

62. — Le mariage est la communauté perpétuelle de l'existence entière. Il ne devrait donc prendre fin, en

(1) Dans le Code de Justinien, le mot de *sponsaliorum* est remplacé par *donationis*.

(2) Wächter-Spittler, *Ueber Ehescheidungen bei den Römern*. 1822.

vertu de sa nature même, que par la mort de l'un des époux (1). Il faut assimiler à la mort la plus grande diminution de chef, puisqu'il n'y a pas de mariage avec un esclave; ce qui trouvait une application fréquente dans la captivité de guerre, avec certains adoucissements (2).

Cependant, une loi attribuée à Romulus reconnaissait au mari, ou à son père, un droit de répudiation pour certains crimes : adultère, intempérance. Le mari qui répudiait pour une autre cause, devait offrir aux mânes un sacrifice expiatoire; une partie de ses biens était, semble-t-il, consacrée à la Divinité protectrice du mariage, une autre paraît avoir été dévolue à la femme répudiée (3).

— Berner, *De divortiis apud Romanos*. 1842. — Schlesinger, *Ueber die Form der Ehescheidung bei den Römern seit der lex Julia de adulteriis*. *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. V (1866). — Esmein, *La manus, la paternité et le divorce dans l'ancien droit romain*. Dans les *Mélanges*. 1886. — Voigt, *Die Zwölf Tafeln*, § 161.

(1) Le divorce est inconnu aux codes brahmaniques. Il est naturel que partout où le mariage a un caractère sacré, il soit en principe indissoluble, et que dans la famille patriarcale le mari ait plus ou moins exclusivement le droit de divorcer ou répudier. Chez les Scandinaves, où le mariage était purement civil, on trouve le divorce dès les très anciens temps. De même dans le vieux droit germanique.

En général, les peuples indo-européens ne paraissent guère connaître les unions temporaires ni les mariages à l'essai, qu'il ne faut pas confondre avec les mariages après essai. On rapporte cependant que les Celtes d'Irlande, avant l'introduction du christianisme, pratiquaient le mariage à l'année. — Comparez Daresté, p. 364; Post, *Studien sur Entwicklungsgeschichte des Familienrechts*, p. 77-79, 216; Bernhæft, dans sa *Revue*, t. IX, p. 420.

(2) Il n'y avait pas ici de postliminium, mais l'usage y suppléait.

(3) Voigt, *Leges regiae*, § 6. — Plutarque mentionne encore la *φαρμακεία τέχνη*, ce qui doit avoir trait à des pratiques de magie.

Les Douze Tables augmentèrent le nombre des motifs, dont le tribunal domestique était l'appréciateur.

D'après ce qu'on rapporte, les répudiations furent longtemps extrêmement rares. Un cas célèbre, qu'on a dit même être le premier, survint vers le milieu du troisième siècle avant notre ère (1).

Les Douze Tables reconnurent à la femme mariée *sine manu* le droit de demander, elle aussi, au tribunal domestique de dissoudre son mariage (2). Si elle est sous puissance paternelle, son père a, même malgré elle, le droit de dissolution ; ceci ne fut modifié que par Antonin le Pieux, qui défendit au père de dissoudre un mariage bien assorti, où les époux vivaient en bonne harmonie, *bene concordans matrimonium* ; encore du temps d'Ulpien on ménageait le plus possible la puissance paternelle.

Avec le déclin des mœurs les facilités s'accrurent. Le tribunal domestique n'intervint plus. La répudiation et le divorce furent déclarés même sans motifs. On sait quels abus se produisirent vers la fin de la République et sous les empereurs (3).

(1) Savigny, *Erste Ehescheidung in Rom*, au tome 1^{er} de ses *Vermischte Schriften*. 1818.

(2) *Divertere* (se détourner) est le terme consacré lorsque c'est la femme qui provoque la séparation. Le mari répudie. Comparez d'ailleurs L. 101 § 1 et L. 191 *De V. S.* 50, 16. — On peut supposer que *repudium* est apparenté à *pudere*, avoir honte. Bréal et Bailly, au mot *Pudet*.

(3) Vers le commencement de notre ère, les divorces étaient très fréquents. Le mari de Turia le constate : *Rara sunt tam diuturna matrimonia finita morte, non divertio interrupta : nam contigit nobis, ut ad annum XXXXI sine offensa perduceretur.*

Longtemps la loi ne s'en préoccupa guère. Le principe de la liberté familiale prévalait. Le divorce pouvait d'ailleurs être envisagé comme découlant de la notion même du mariage. En effet, l'affection maritale est indispensable à l'existence d'un mariage tel qu'il doit être ; les Romains ne comprenaient pas le mariage sans cette affection ; ils pensaient que lorsqu'elle vient à cesser, l'union, qui déjà n'existe plus qu'en apparence, doit cesser aussi. La contrainte en cette matière ne leur semblait pas plus morale qu'une séparation. Ceci n'empêche point que les séparations non motivées, tout en étant admises, étaient mal vues et entraînaient pour le répudiant des inconvénients qui constituaient de vraies pénalités ; il en était ainsi déjà sous le régime de la loi royale mentionnée plus haut, et les censeurs avaient à exercer ici leurs fonctions de gardiens des bonnes mœurs.

Des principes beaucoup plus rigoureux, et même d'une rigueur excessive, furent appliqués, ainsi qu'on le verra plus loin, par les empereurs chrétiens.

Le mariage des flamines majeurs était indissoluble (1).

Tit. D. *De divortiis et repudiis* 24, 2 ; Tit. C. *De repudiis et judicio de moribus sublato* 5, 17 ; *Divortio facto apud quem liberi morari vel educari debeant* 5, 24. — Novelles 117, ch. 8-12 ; 133, ch. 40 ; 134, ch. 11 ; 140.

Paul, L. 1 *De divortiis* : *Dirimitur matrimonium divortio,*

(1) Aulu-Gelle, 10, 15 : *Matrimonium flaminis nisi morte dirimi jus non est.* — L'épouse du flamine participait à son sacerdoce, auquel il devait renoncer si elle venait à mourir. On dérogea au principe de l'indissolubilité sous Domitien. — Plutarque, *Questions romaines*, 50.

morte, captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum. — Le même, L. 8 *De captivis* 49, 15. — Tryphonin, L. 12 § 4, même titre. — Julien, L. 6 *De divortiis* (1) : Uxores eorum, qui in hostium potestatem pervenerunt, possunt videri nuptiarum locum retinere eo solo, quod alii temere nubere non possunt. Et generaliter definiendum est, donec certum est maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licentiam uxores eorum migrare ad alium matrimonium, nisi mallent ipsæ mulieres causam repudii præstare. Sin autem in incerto est, an vivus apud hostes teneatur vel morte præventus, tunc, si quinquennium a tempore captivitatis excesserit, licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias, ita tamen, ut bona gratia dissolutum videatur pristinum matrimonium et unusquisque suum jus habeat imminutum. Eodem jure et in marito in civitate degente et uxore captiva observando. — Constantin, L. 24 C. *De donationibus inter V. et U.* 5, 16 (321). — Novelle 22, ch. 7-9.

Plutarque, *Romulus*, 22 : "Εθηκε δὲ καὶ νόμους τινάς (ὁ Ῥωμύλος), ὧν σφοδρὸς μὲν ἐστὶν ὁ γυναικὶ μὴ διδοῦς ἀπολείπειν ἄνδρα, γυναῖκα δὲ διδοῦς ἐκβάλλειν ἐπὶ φαρμακείᾳ τέκνων ἢ κλειδῶν ὑποβολῇ καὶ μοιχευθεῖσαν· εἰ δ' ἄλλως τις ἀποπέμψαιτο, τῆς οὐσίας αὐτοῦ τὸ μὲν τῆς γυναικὸς εἶναι, τὸ δὲ τῆς Δήμητρος ἱερὸν κελεύων.

Aulu-Gelle, 4, 3 : Memoriae traditum est, quingentis fere annis post Romam conditam nullas rei uxoriæ neque actiones neque cautiones in urbe Roma aut in Latio fuisse, quia profecto nihil desiderabantur, nullis etiam tunc matrimoniis divertentibus. Servius quoque Sulpicius in libro quem composuit de dotibus, tum primum cautiones rei uxoriæ necessarias esse visas scripsit, cum Spurius Carvilius, cui

(1) Dans ce texte l'interpolation est évidente. Il représente le droit et les vues de Justinien, non des classiques. Cujas ne s'y est pas trompé. — Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten*, § 2.

§ 18. — COMMENT LE MARIAGE PREND FIN. 225

Ruga cognomentum fuit, vir nobilis, divortium cum uxore fecit, quia liberi ex ea corporis vitio non gignerentur, anno urbis conditae quingentesimo vicesimo tertio... Atque is Carvilius traditur uxorem, quam dimisit, egregie dilexisse carissimamque morum ejus gratia habuisse, sed jurisjurandi religionem animo atque amoris prævertisse, quod jurare a censoribus coactus erat, uxorem se liberum quærundum gratia habiturum.

Valère Maxime, 2, 1, 4. — Denis, 2, 25 : Hoc enim confes-
sum est, intra DXX annos Romæ nullum matrimonium
dissolutum fuisse. Sed Olympiade CXXXVII, M. Pomponio et
C. Papirio Coss., primus uxorem repudiasse fertur Spurius
Carvilius, vir non obscurus, coactus a censoribus jurare se
liberorum suscipiendorum gratia uxorem dimittere : ejus
enim uxor erat sterilis. Qui tamen ob hoc factum, quamvis
esset necessarium, in perpetuum exosus fuit populo. — Plu-
tarque, *Questions romaines*, 14, 17, 21, 44 : Anno deinde post
Romam conditam quingentesimo undevicesimo Sp. Carvilius
Ruga primus Romæ de amicorum sententia divortium cum
uxore fecit, quod sterilis esset jurassetque apud censores,
uxorem se liberum quærundorum causa habere.

Paul, 2, 19, 2 ; ci-dessus, § 14, 42. Le même, 5, 6, 15. —
Ulpien, L. 1 § 5, Hermogénien, L. 2 *De liberis exhibendis*. Ci-
dessus, § 16, 52.

Dioclétien et Maximien, L. 5 C. *De repudiis* : Dissidentis
patris, qui initio consensit matrimonio, cum marito concor-
dante uxore filia familias ratam non haberi voluntatem di-
vus Marcus pater noster religiosissimus imperator constituit,
nisi magna et justa causa interveniente hoc pater fecerit. § 1.
Invitam autem ad maritum redire nulla juris præcepit cons-
titutio. § 2. Emancipatæ vero filiæ pater divortium in arbi-

trio suo non habet (294). — Les mêmes, L. 4, même titre : *Filiæ divortium in potestate matris non est.*

Alexandre Sévère, L. 2 C. *De inutilibus stipulationibus* 8, 38 : *Libera matrimonia esse antiquitus placuit. Ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere, et stipulationes, quibus pœnæ inrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat* (223).

Par la moyenne diminution de chef le juste mariage était dégradé en un mariage du droit des gens ; ici encore il y avait des adoucissements.

La folie (*furor*) de l'un des époux ne dissout point le mariage, mais, si elle atteint un haut degré, elle peut justifier une répudiation ; le droit chrétien est ici plus dur que celui des jurisconsultes classiques (1).

Le mariage cesse par suite d'une adoption créant entre les conjoints une parenté à un degré prohibé (2).

Alexandre Sévère, L. 1 C. *De repudiis* : *Matrimonium quidem deportatione vel aqua et igni interdictione non solvitur, si casus, in quem maritus incidit, non mutet uxoris adfectionem. Ideoque dotis actio ipso jure non competit, sed indotatam esse eam, cujus laudandum propositum est, nec ratio æquitatis nec exempla permittunt* (229). — Ulpien, L. 5 § 1 *De bonis damnatorum* 48, 20 : *Quodsi deportata sit filia familias, Marcellus ait, quæ sententia et vera est, non utique deportatione dissolvi matrimonium : nam cum libera mulier remaneat, nihil prohibet et virum mariti adfectionem et mulierem uxoris animum retinere. Si igitur eo animo mulier*

(1) Comparez Bruns, *Syrisch-ræmisches Rechtsbuch*, p. 282.

(2) Ceci a été abrogé indirectement par le droit canonique. C. 10 X. *De eo qui cognovit consanguineam* (4, 13).

fuerit, ut discedere a marito velit, ait Marcellus tunc patrem de dote acturum. Sed si mater familias sit et interim constante matrimonio fuerit deportata, dotem penes maritum remanere : postea vero dissoluto matrimonio posse eam agere, quasi humanitatis intuitu hodie nata actione.

Ulpian, L. 22 § 7 *Solutio matrimonio* 24, 3 (1) : Si maritus vel uxor constante matrimonio furere cœperint quid faciendum sit tractamus. Et illud quidem dubio procul observatur, eam personam, quæ furore detenta est, quia sensum non habet, nuntium mittere non posse. An autem illa repudianda est, considerandum est. Et si quidem intervallum furor habeat vel perpetuus quidem morbus est, tamen ferendus his, qui circa eam sunt, tunc nullo modo oportet dirimi matrimonium, sciente ea persona, quæ, cum compos mentis esset, ita furenti quemadmodum diximus nuntium miserit, culpa sua nuptias esse diremptas : quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse ? Sin autem tantus furor est, ita ferox, ita perniciosus, ut sanitatis nulla spes supersit, circa ministros terribilis, et forsitan altera persona vel propter sævitiam furoris, vel quia liberos non habet, procreandæ sobolis cupidin tenta est : licentia erit compoti mentis personæ furenti nuntium mittere, ut nullius culpa videatur esse matrimonium dissolutum neque in damnum alterutra pars incidat, §§ 8-10.

§ 2, I. *De nuptiis* : ... Sed si qua per adoptionem soror tibi esse cœperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter te et eam nuptiæ consistere non possunt... — Gaius, L. 17 pr. § 1 *De R. N.* 23, 2.

63. — La simple répudiation ne suffisait naturelle-

(1) Texte évidemment interpolé. Voyez ci-dessus, p. 224, note 1.

ment pas pour faire cesser la *manus*. En application du principe général que l'on exprime par la règle : *quo jure aliquid colligatum est, eo jure dissolvi debet*, le mariage religieux conclu par confarréation ne pouvait être dissous que par la cérémonie religieuse de la diffarréation, que précédait une enquête pontificale ; le mariage conclu par *coemptio* était dissous par une rémancipation suivie d'affranchissement, et tel devait être aussi le mode de dissolution du mariage *usu*, attendu que l'usucapion produit l'effet d'une mancipation.

Le mariage *sine manu*, étant conclu sans formalités juridiques, par le simple consentement, était défait de même, sous la République, sans formes légales aucunes, bien que l'usage fût, d'ancienne date, d'employer certaines paroles, qui n'avaient aucun caractère de nécessité. Auguste, dans sa loi contre l'adultère, prescrivit une déclaration solennelle devant sept témoins, citoyens romains, pubères. On notifiait aussi la répudiation ou la volonté de divorcer par écrit, en envoyant un *libellus repudii, divortii*, lequel était remis devant témoins.

Festus, v° *Diffarreatio* : Diffarreatio genus erat sacrificii, quo inter virum et mulierem fiebat dissolutio ; dicta diffarreatio, quia fiebat farreo libo adhibito. — Le même, v° *Remancipatam* : Remancipatam Gallus Ælius esse ait, quæ mancipata sit ab eo, cui in manum convenerit. — Cicéron, *Philippiques*, 2, 69 : ... Illam suam suas res sibi habere jussit, ex duodecim tabulis claves ademit, exegit. — *De oratore*, 1, 40 et 56. — Gaius, L. 2 § 1 *De divortiiis* : In repudiis autem, id est renuntiatione, comprobata sunt hæc verba : « Tuas res tibi habeto », item hæc : « Tuas res tibi agito ».

— Paul, L. 9, même titre : Nullum divortium ratum est, nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis præter libertum ejus qui divortium faciet... — Le même, L. 3, même titre : Divortium non est nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem (*discessionem*?) fit. Itaque quidquid in calore iracundiæ vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit iudicium animi fuisse : ideoque per calorem misso repudio, si brevi reversa uxor est, nec divortisse videtur. — Papinien, L. 7, même titre : Si pœnituit eum, qui libellum tradendum divortii dedit, isque per ignorantiam mutatae voluntatis oblatus est, durare matrimonium dicendum, nisi pœnitentia cognita is qui accepit ipse voluit matrimonium dissolvere : tunc enim per eum qui accepit solvitur matrimonium.

Plaute, *Amphitryon*, 927 : (Alcmène :) Valeas, tibi habeas res tuas, reddas meas... — *Casina*, 400 : Insipiens, semper tu huic verbo vitato abs tuo viro. Quoi verbo ? « I foras, mulier » (1). — *Trinummus*, 266.

64. — Dans le dernier état du droit, à la suite d'une évolution qui s'est accentuée surtout sous les empereurs chrétiens et grâce à l'influence de l'Église, naturellement hostile au divorce, on distingue les espèces suivantes, dont les conséquences diffèrent notablement (2) :

(1) La formule ancienne était *Bæte* ou *Bætito foras*, d'un vieux mot *bætere* qui signifie *ire*. Nonius au mot *bætere*, cite Varron, *Περὶ παιδοποιίας* : Annos multos quod parere ea non poterat, mulierem foras bætere jussit.

(2) Comparez § 19, 67.

D'abord le divorce par consentement mutuel, *communi consensu*, dit aussi improprement *bona gratia* ; libre jusqu'à Justinien, mais limité par cet empereur au seul cas où les époux font l'un et l'autre vœu de chasteté (1). Dans tout autre cas, les époux qui se sont séparés *communi consensu* sont coupables et punis de réclusion perpétuelle en un cloître.

Puis le divorce *bona gratia* au sens propre du mot, sans culpabilité, pour cause de captivité ou de vœu de chasteté de l'un des époux.

En troisième lieu le divorce et la répudiation pour juste motif, c'est-à-dire pour certains crimes et méfaits du conjoint, et aussi pour impuissance. Justinien, suivant l'exemple de Théodose, a spécifié les motifs pour les-

(1) Tout de suite après la mort de Justinien, son successeur Justin II rétablit l'ancien droit par la novelle 140, de l'an 566. Cependant l'Éclogue de Léon et Constantin ne permet le divorce que pour un petit nombre de motifs déterminés, et exclut ainsi le consentement mutuel. Le Prochiron et les Basiliques ont en général consacré le droit de Justinien. L'Église orientale considérait le mariage comme indissoluble, et si elle n'interdisait pas le divorce, elle interdisait le mariage des divorcés. Mais elle n'imposa pas ses défenses au législateur. — Zachariæ, § 7.

L'action de l'Église sur le droit séculier a été plus radicale en Occident. Au moyen âge, elle parvint à écarter le divorce, auquel elle substitua la séparation de corps, *a toro et mensa*, soit perpétuelle, soit temporaire, qui laisse subsister le lien. La Réforme rétablit le divorce dans une grande partie de l'Europe, et la Convention nationale le rétablit en France en 1792. Conservé par le Code Napoléon, il fut supprimé en 1816 et rétabli de nouveau par la loi du 29 juillet 1884. Le Code italien ne le connaît pas, mais un mouvement en faveur de son introduction commence à se manifester, dit-on, en Italie.

quels le mari est autorisé à répudier sa femme et la femme à divorcer.

Il énumère cinq motifs de répudiation, outre l'adultère : *Si mulier aliquos contra Imperatorem consilia agitare sciat, idque marito suo non indicaverit, — si quocumque modo mulier vitæ mariti insidietur, vel aliis hoc facientibus conscia id viro non indicaverit, — si cum extraneis viris nolente marito convivetur aut cum iis lavetur, — si nolente marito extra domum, nisi forte apud parentes suos, maneat, — si ludis circensibus, vel theatris, vel cynegiis spectandi causa interfuerit ignorante vel prohibente marito.*

Il y a également cinq motifs pour lesquels la femme peut divorcer : machinations du mari contre l'empereur ou non dénonciation de machinations parvenues à sa connaissance, attentat à la vie de la femme, tentative de maquerellage de la femme, fausse accusation d'adultère, — enfin : *si maritus in eadem domo, in qua cum uxore sua habitat, illa contempta cum alia in eadem domo manere inveniat, vel, cum in eadem urbe habitet, in alia domo cum alia muliere assidue manere probetur, et semel atque iterum vel a suis, vel ab uxoris parentibus vel aliis personis fide dignis reprehensus a luxuria illa non abstineat* (1).

Dans ces divers cas, le conjoint coupable est frappé

(1) Nouvelle 117, ch. 8 et 9. L'Éclogue de Léon et Constantin (740), n'autorise le divorce que pour les motifs suivants : inconduite de la femme (ἐὰν ἡ γυνὴ πορνείῃ), impuissance du mari, attentat à la vie, lèpre. Léon Chazare et Constantin (780) n'admettent plus que l'inconduite de la femme. Voyez la note précédente.

de peines rigoureuses, pécuniaires et autres ; la femme coupable ne peut convoler en nouvelles nocces qu'après cinq ans.

Enfin, il y a la répudiation sans motif légitime, *sine ulla causa*, interdite et punissable, mais non inefficace. Le conjoint qui s'en rend coupable est enfermé dans un couvent sa vie durant.

Hermogénien et Gaius, L. 60 § 1, 61, 62 pr. [*De donationibus inter virum et uxorem* 24, 1 :... Sæpe.... evenit, uti propter sacerdotium vel etiam sterilitatem, vel senectutem aut valetudinem aut militiam satis commode retineri matrimonium non possit : et ideo bona gratia matrimonium dissolvitur. — Justin II, préface de la nouvelle 140 : Olim igitur licebat sine periculo tales separari, qui communi sententia et consensu hoc agebant, adeo ut multæ etiam leges datæ sint, quæ hoc dicant et definiant, illamque matrimonii solutionem bona gratia patria lingua vocarent... — Anastase, L. 9 C. *De repudiis*. (497). — Constantin, L. 1 C. Théod. *De repudiis* (331). — Théodose et Valentinien, L. 8, même titre (449) : Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio solvi præcipimus. Solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse favor imperat liberorum. § 1. Causas autem repudii hac saluberrima lege apertius designamus. ... § 2. Si qua igitur maritum suum adulterum aut homicidam vel veneficum vel certe contra nostrum imperium aliquid molientem vel falsitatis crimine condemnatum invenerit, si sepulchrorum dissolutorem, si sacris ædibus aliquid subtrahentem, si latronem vel latronum susceptorem vel abactorem aut plagiarium vel ad contemptum sui domi suæ ipsa inspiciente cum impudicis mulieribus (quod maxime etiam castas exasperat) cœtum ineuntem, si suæ vitæ veneno

aut gladio vel alio simili modo insidiantem, si se verberibus, quæ ab ingenuis aliena sunt, adficiantem probaverit, tunc repudii auxilio uti necessariam ei permittimus libertatem et causas discidii legibus comprobare. § 3. Vir quoque pari fine claudetur nec licebit ei sine causis apertius designatis propriam recusare jugalem, nec ullo modo expellat nisi adulteram, nisi veneficam aut homicidam aut plagiariam aut sepulchrorum dissolutricem aut ex sacris ædibus aliquid subtrahentem aut latronum fautricem aut extraneorum virorum se ignorante vel nolente convivia appetentem aut ipso invito sine justa et probabili causa foris scilicet pernoctantem, nisi circensibus vel theatralibus ludis vel harenarum spectaculis in ipsis locis, in quibus hæc adsolent celebrari, se prohibente gaudentem, nisi sui veneno vel gladio aut alio simili modo insidiatricem, vel contra nostrum imperium aliquid machinantibus consciam, seu falsitatis se crimini immiscentem invenerit, aut manus audaces sibi probaverit ingerentem : tunc enim necessariam ei discedendi permittimus facultatem et causas discidii legibus comprobare.

Justinien, L. 10 C., même titre : In causis jam dudum specialiter definitis, ex quibus recte mittuntur repudia, illam addimus, ut, si maritus uxori ab initio matrimonii usque ad duos continuos annos computandos coire minime propter naturalem imbecillitatem valeat, possit mulier vel ejus parentes sine periculo dotis amittendæ repudium marito mittere, ita tamen, ut ante nuptias donatio eidem marito servetur (528).

Justinien, nouvelles 22 (536), ch. 15-16 ; 117 (542), ch. 8-12 ; 133 (539), ch. 40 ; 134 (556), ch. 11.

§ 19. — Conséquences économiques
de la dissolution du mariage.

65. En cas de mariage *cum manu*. — 66. En cas de mariage *sine manu*.
— 67. Droit nouveau. — 68. Droits successoraux du conjoint survivant et de la veuve indigente.

65. — Lorsqu'un mariage *cum manu* était dissous par la mort de la femme, celle-ci n'ayant rien à elle, aucune conséquence économique ne pouvait se produire.

Lorsqu'il était dissous par la mort du mari, la femme héritait comme l'enfant sous puissance ; elle était *sua : uxor filix loco* (1).

Pendant longtemps il ne fut pas question d'autre chose. Mais quand le divorce devint fréquent, on sentit le besoin, ainsi que le rapporte Aulu-Gelle citant Servius Sulpicius Rufus (2), de faire en sa prévision des conventions touchant le sort de la dot, et d'en assurer notamment le retour éventuel à la femme ou à ses héritiers. Nous ne sommes guère renseignés au sujet de la question de savoir quel était ce sort à défaut de *cautiones rei uxoriæ*. Il est vraisemblable que le tribunal de famille ordonnait au mari coupable de restituer la dot en tout ou en partie, et qu'elle restait au mari lorsque la femme était coupable (3).

Je ne m'occuperai, dans les pages qui suivent, que du mariage sans *conventio in manum*, à l'époque des juris-

(1) *Traité des successions*, § 23.

(2) Ci-dessus, § 18, 62, p. 225.

(3) Comparez *ibidem*, p. 222.

consultes classiques d'abord, puis selon le droit de Justinien, et cela de la façon la plus sommaire (1).

66. — Je suppose d'abord le mariage *sine manu* dissous par la mort de la femme.

La dot réceptice suit sa destination prévue. Le créancier l'exige au moyen de l'action *ex stipulatu*, selon les règles absolues des actions de droit strict. Déduction est faite des impenses nécessaires, lesquelles diminuent la dot de plein droit.

La dot adventice reste au mari.

La dot profectice fait retour à l'ascendant qui l'a donnée, mais le mari a le droit d'en retenir un cinquième pour chaque enfant existant, né du mariage. En cas de prédécès de l'ascendant, le mari garde la dot.

Les pactes dotaux peuvent assurer au conjoint survivant des avantages divers, dans les limites indiquées ci-dessus (2). Ces avantages rentrent dans la notion des gains nuptiaux, *lucra nuptialia*, laquelle comprend la dot et la donation à cause de noces, les dispositions de dernière volonté faites par un conjoint en faveur de son conjoint, et, en général, tout ce qu'un conjoint reçoit de l'autre valablement.

Tit. D. *Solutio matrimonii dos quemadmodum petatur* 24, 3.
Tit. C. *Solutio matrimonii* 5, 18 ; *De rei uxoriæ actione in stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus præstita* 5, 13 ; *Si dos constante matrimonio soluta fuerit* 5, 19. Nouvelles 91 ; 97, ch. 3-5 ; 127, ch. 2.

(1) Conformément à ce que j'ai dit ci-dessus, p. 12, note 2.

(2) §§ 17, 58, p. 207.

Ulpien, L. 1 § 34 *De dote prælegata* 33, 4 : Impensæ autem ipso jure dotem minuunt... — Marcien, L. 5, même titre : ... Aliud est... minorem esse factam dotem, quod per necessarias impensas accidit... — L. 61 *De R. N.* 23, 2. — L. 5 *De impensis in res dotales* 25, 1.

Ulpien, 6, 5 : Adventitia autem dos semper penes maritum remanet...

Le même, 6, 4 : Mortua in matrimonio muliere dos a patre profecta ad patrem revertitur, quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum. Quodsi pater non sit, apud maritum remanet. — *Fragm. Vat.*, 108.

Autre hypothèse : Le mariage est dissous par divorce, ou par la mort du mari.

Ici encore la dot réceptice est réclamée par l'ayant droit, au moyen de l'action *ex stipulatu*. La dot non réceptice est dévolue à la femme, si celle-ci est *sui juris* ; à son père, si elle est sous puissance (1).

Il arrivait fréquemment que le mari prémourant léguait à sa femme la dot ou une somme équivalente. C'était à l'époque classique, comme en droit justinienéen, un cas de *legatum debiti* (2). Il n'en était pas de même primitivement, alors que le retour de la dot à la veuve n'était pas encore de droit ; l'habitude testamentaire a pu contribuer à la formation du droit nouveau. Le préteur donnait en pareil cas à la femme le choix entre la demande du legs (3), au moyen de l'action *legati* ou *ex*

(1) Il la réclame *adjuncta filix persona*. Ulpien, 6, 6, transcrit plus loin.

(2) Esmein, *Le testament du mari et la donatio ante nuptias*. — *Traité des successions*, § 69.

(3) Le legs peut contenir autre chose et plus que la dot.

testamento, et la réclamation de la dot au moyen de l'action *rei uxoriae*, dont il va être parlé. La clause y relative de l'Édit est désignée sous le nom de *edictum de alterutro* (1).

L'action par laquelle la femme, ou son père, réclamait la dot, à défaut de legs ou de stipulation, ou par préférence en vertu de l'édit *de alterutro*, était à l'origine l'*arbitrium rei uxoriæ*. L'arbitre avait pour mission de tout régler pour le mieux, *ex æquo et bono*. En cas de divorce, on usait de ménagements à l'égard du mari non coupable. Il jouissait, en sa qualité de mari, du bénéfice de compétence. Des délais lui étaient accordés pour le remboursement des sommes ou des choses fongibles dotales. Il exerçait diverses retenues. Ainsi pour impenses nécessaires et utiles ; quant aux voluptuaires, il avait le droit d'enlever. Pour enfants, lorsque le divorce était motivé par inconduite ou méfaits de la femme ; Auguste fixa cette retenue à un sixième par enfant, sans que le total pût excéder trois sixièmes. Pour cette inconduite même, qui pouvait anciennement amener la retenue de la dot entière ; on distingue ici l'inconduite grave, *mores graviores*, c'est-à-dire l'adultère, et l'inconduite moins grave, *mores leviores*. Pour donations faites par le mari à la femme, nulles ainsi qu'on l'a vu plus haut. Enfin pour détournements commis à son préjudice par la femme, *propter res amotas*. Ces rétentions, le mari les faisait valoir devant le juge, qui examinait et prononçait librement, l'action étant de bonne foi.

(1) Lenel, § 114.

Lorsque, le retour de la dot ayant été stipulé, c'était l'action *ex stipulatu* qu'intentait la femme ou son père, il fallait que le mari intentât une action *de moribus* contre la femme coupable pour la faire condamner à des paiements équivalents aux retenues (1). Cette action *de moribus mulieris* avait un caractère d'intérêt public et le mari n'y pouvait renoncer par avance.

Il a été parlé plus haut de l'action *rerum amotarum* (2).

D'autre part, le mari coupable subit divers inconvénients. Il perd le bénéfice des délais, et doit payer à titre de peine une somme égale à une fraction de la dot.

La femme est privilégiée pour sa créance dotale.

Quelle que soit d'ailleurs la personne fondée à réclamer la restitution, toujours il faut que la dot ait été constituée réellement et effectivement. Le défendeur opposant l'*exceptio dotis non numeratæ*, le demandeur doit, le cas échéant, fournir la preuve du paiement de la dot promise.

Tit. D. *De dote prælegata* 33, 4. Fragments du Vatican, 94-122.

Théodose, L. 7 pr. C. Th. *De testamentis et codicillis*, 4, 4 : ... Sic mulier in edicto, quod de alterutro est, cum suam explaverit optionem, ne pœnitentia possit ad aliud transire, etiam satisfactione cogetur præcavere, nisi si ætatis juvetur auxilio (424).

Paul, L. 1 *De J. D.* 23, 3. Ci-dessus, § 17, 58.

Cicéron, *Topiques*, 66 : In omnibus igitur iis judiciis, in quibus EX FIDE BONA est additum, ubi vero etiam ut INTER

(1) Lenel, § 116.

(2) Ci-dessus, § 16, 52.

BONOS BENE AGIER, inprimis que in arbitrio rei uxoriæ, in quo est QUID ÆQUIUS MELIUS... — *De officiis* 3, 61. — Gaius, L. 8 *De capite minutis* 4, 5 :... De dote actio, quia in bonum et æquum concepta est, nihilominus durat etiam post capitis deminutionem.

Ulpian, 6, 6 : Divortio facto, si quidem sui juris sit mulier, ipsa habet rei uxoriæ actionem, id est dotis repetitionem ; quodsi in potestate patris sit, pater adjuncta filiae persona habet actionem ; nec interest, adventitia sit dos an profectitia. 7. Post divortium defuncta muliere heredi ejus actio non aliter datur, quam si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit. 8. Dos si pondere, numero, mensura contineatur, annua, bima, trima die redditur ; nisi si ut præsens reddatur convenerit. Reliquæ dotes statim redduntur. 9. Retentiones ex dote fiunt (*aut propter liberos*), aut propter mores, aut propter impensas, aut propter res donatas, aut propter res amotas. 10. Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris aut patris, cujus in potestate est, divortium factum sit ; tunc enim singulorum liberorum nomine sextæ retinentur ex dote ; non plures tamen quam tres. 12. Morum nomine, graviorum quidem sextæ retinentur, leviorum autem octava. Graviores mores sunt adulteria tantum ; leviores omnes reliqui. 13. Mariti mores puniuntur, in ea quidem dote, quæ annua die reddi debet, ita ut propter majores mores præsentem dotem reddat, propter minores senum mensum die. In ea autem, quæ præsens reddi solet, tantum ex fructibus jubetur reddere, quantum in illa dote, quæ triennio redditur, repræsentatio facit. — Ulpian, L. 7 § 5 *Soluta matrimonio* 24, 3 : Ob donationes, item ob res amotas ex his fructibus, qui post divortium percepti sunt, compensationes fieri possunt. — Paul, L. 15 § 1, même titre : Heredi mariti, licet in solidum condemnetur, compensationes

tamen, quæ ad pecuniariam causam respiciunt, proderunt, ut hoc minus sit obligatus, veluti ob res donatas et amotas et impensas : morum vero coercionem non habet.

Septime Sévère et Caracalla (209), L. un. C. *De privilegio dotis* 7, 74 : Scire debes, privilegium dotis, quo mulieres utuntur in actione de dote, ad heredes non transire.

Ulpien, L. 12 *Soluto matrimonio* 24, 3 : Maritum in id quod facere potest condemnari exploratum est... — L. 14 § 1, même titre : Eleganter quærit Pomponius..., si paciscatur maritus, ne in id quod facere possit condemnetur, sed in solidum, an hoc pactum servandum sit ? Et negat servari oportere, quod quidem et mihi videtur verum : namque contra bonos mores id pactum esse melius est dicere, quippe cum contra receptam reverentiam, quæ maritis exhibenda est, id esse apparet. — Paul, L. 5 pr. *De pactis dotalibus* 23, 4 : Illud convenire non potest, ne de moribus agatur vel plus vel minus exigatur, ne publica coercitio privata pactione tollatur. — Constance et Constant, L. 1 C. Th. *De dotibus* 3, 13 : De moribus actio ultra personam extendi non potest, nec in heredem dabitur, nec tribuetur heredi (349).

Tit. C. 5, 15 *De dote cauta et non numerata*. — Septime Sévère et Caracalla, L. 1 C. *De dote cauta* : Dotem numeratio, non scriptura dotalis instrumenti facit : et ideo non ignoras ita demum ad petitionem dotis admitti te posse, si dotem a te re ipsa datam probatura es (204). — Ulpien, L. 33 *De J. D.* 23, 3 : Si extraneus sit qui dotem promisit, isque defectus sit facultatibus, imputabitur marito, cur eum non conveniret, maxime si ex necessitate, non ex voluntate dotem promiserit. Nam si donavit, utcumque (utique ?) parcendum marito, qui eum non præcipitavit ad solutionem qui donaverat quemque in id quod facere posset, si convenisset, condemnaverat. Hoc enim Divus Pius rescripsit, eos, qui ex libera-

§ 19. — SUITES DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE. 241

litate conveniuntur, in id quod facere possunt condemnandos. Sed si vel pater vel ipsa promiserunt, Julianus quidem libro sexto decimo Digestorum scribit, etiamsi pater promisit, periculum respicere ad maritum : quod ferendum non est. Debebit igitur mulieris esse periculum : nec enim quicumque (quisquam ?) iudex propriis (propitiis ?) auribus audiet mulierem dicentem, cur patrem, qui de suo dotem promisit, non urserit ad exsolutionem, multo minus, cur ipsam non convenerit. Recte itaque Sabinus disposuit, ut diceret quod pater vel ipsa mulier promisit viri periculo non esse, quod debitor, id viri esse, quod alius, scilicet donaturus, ejus periculo ait, cui acquiritur : acquiri autem mulieri accipiemus, quam rei commodum respicit.

67. — Tel était, en ses traits essentiels et tout détail omis, le droit de l'époque des jurisconsultes classiques. Les empereurs chrétiens, surtout Justinien, y apportèrent divers changements radicaux, lesquels reposent sur cette idée fondamentale, que la fortune conjugale, composée durant le mariage de la dot et de la donation *propter nuptias*, étant actuellement dissoute, la donation *propter nuptias* reste au mari ou à ses héritiers, tandis que la dot retourne à la femme ou à son père, ou à leurs héritiers (1).

Justinien donna, en conséquence, à l'héritier de la femme la dot adventice non réceptice.

(1) Voir, pour le droit byzantin, la note en tête du § 17. Une très importante loi de Léon ne nous est connue que par le livre de droit syro-romain. Les réformes de Justinien sont, ici comme en beaucoup d'autres matières, essentiellement la consécration d'usages déjà régnants dans l'Empire, surtout dans l'Orient. — Bruns, *Syrisch-römisches Rechtsbuch*, p. 200, 264-267.

Il donna aussi, soit à la femme, soit à son héritier, la dot profectice non réceptice, en cas de prédécès de l'ascendant qui l'a constituée.

Les choses dotales, qui existent en nature lors de la dissolution du mariage, font de plein droit retour à la femme : elle peut les revendiquer. Les immeubles sont restitués sur-le-champ, les autres choses dans le délai d'une année à compter de la dissolution.

Supprimant l'ancien *arbitrium rei uxoriæ* et l'édit *de alterutro*, il donna à la femme l'action *ex stipulatu*, même à défaut de toute stipulation, en admettant ainsi une stipulation tacite. Et il appliqua à cette action *ex stipulatu* les règles de l'*arbitrium*, toutes les fois qu'elles étaient favorables à la femme. De là cette singularité, que l'action *ex stipulatu pro dote* est classée au nombre des actions de bonne foi (1).

Les retenues sont supprimées, ainsi que le *judicium de moribus*.

Le mari conserve le bénéfice de compétence, ainsi que l'exception *non numeratæ dotis*, dont la prescription est réglée diversement selon la durée qu'a eue le mariage.

La femme a pour sa créance dotale, outre son ancien droit de préférence, une hypothèque légale privilégiée sur les biens du mari.

Quant aux gains nuptiaux conventionnels, l'époux survivant n'en a, s'il subsiste des enfants du mariage, qu'une part d'enfant en propriété, et le reste seulement en usufruit, la nue propriété étant aux enfants.

(1) Ci-dessus, § 17, 56. — *Introduction historique*, § 155.

§ 19. — SUITES DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE. 243

On a vu que des pénalités sévères sont infligées, en droit nouveau, en cas de divorce, au conjoint coupable. Il perd, en faveur de l'autre, ses droits à la dot et à la donation pour cause de noces ; à défaut de dot ou donation, le quart de ses biens.

En cas de divorce par consentement mutuel, les biens enlevés aux époux passent aux enfants.

Tit. C. *De rei uxoriæ actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus præstita* §, 13; *De dote cauta et non numerata* §, 15; *De repudiis et iudicio de moribus sublato* §, 17.

Justinien, L. un. § 3 C. *De rei uxoriæ actione*: Primum itaque quid naturale sit ex stipulatu actionis, exponatur et ita, si quid ex ea actione rei uxoriæ supervenerit, addatur. Sciendum itaque est edictum prætoris, quod de alterutro introductum est, in ex stipulatu actione cessare, ut uxor et a marito relictæ accipiat et dotem consequatur, nisi specialiter pro dote ei maritus ea dereliquit, cum manifestissimum est testatorem, qui non hoc addidit, voluisse eam utrumque consequi. § 4. Maneat ex stipulatu actionis jus ad successores et sine mora transmissionis incorruptum. § 5. Taceat in ea retentionum verboritas. Quid enim opus est inducere ob mores retentionem alio auxilio ex constitutionibus introducto ? Vel ex qua causa ob res donatas retentio introducatur, cum sit donatori facultas per actionem in rem directam vel per utilem vel per conditionem suo juri mederi ? Sed nec retentio ob res amotas necessaria est, cum pateat omnibus maritis rerum amotarum iudicium. Sileat ob liberos retentio, cum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortatur... § 6. Illo procul dubio in ex stipulatu actione servando, ut, si decesserit mulier constante matrimonio, dos non in lucrum mariti cedat nisi ex quibusdam

pactionibus, sed ad heredes mulieris ex stipulatu actio secundum sui naturam transmittatur, sive expressa fuerit sive ex hac lege inesse intelligatur. § 7. Cum autem in exactione dotis ex stipulatu quidem actio naturaliter restitutionem dotis a parte mariti uxori illico et in solidum fieri jubebat, rei uxoriæ autem annua bima trima die in his quæ pondere numero mensura consistunt exactionem pollicebatur, et non in solidum, sed quantum maritus facere potest, si non dolo malo suam deminuit substantiam, in hac parte rudem figuram ex stipulatu damus actioni, ut, si matrimonium fuerit dissolutum nullo pacto adhibito, in tantum quidem maritus condemnatur, in quantum facere potest, quia hoc æquissimum est et reverentiæ debitum maritali, si non dolo malo versatus est : cautione videlicet ab eo exponenda, quod, si ad meliorem fortunam pervenerit, etiam quod minus persolvit, hoc restituere procuret (§30).

Le même, L. 11 § 2 *De repudiis* 5, 17 : Judicio de moribus, quod antea quidem in antiquis legibus positum erat, non autem frequentabatur, penitus abolito : omnibus etenim causis requisitis et perlectis, quas antiquitas introducebat, nihil validum præter eas, quas anteriores constitutiones et præsens dispositio introduxit, invenimus (§33).

Le même, L. 30 C. *De dotibus* 5, 12 ; L. 12 C. *Qui potiores* 8, 17. — § 29, I. *De actionibus* 4, 6 : Fuerat antea et rei uxoriæ actio ex bonæ fidei judiciis ; sed cum, pleniorum esse ex stipulatu actionem inventientes, omne jus, quod res uxoria ante habebat, cum multis divisionibus in ex stipulatu actionem, quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulimus, merito rei uxoriæ actione sublata, ex stipulatu, quæ pro ea introducta est, naturam bonæ fidei iudicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonæ fidei sit. Sed et tacitam ei dedimus hypothecam ; præferri autem aliis creditoribus in hypothe-

§ 19. — SUITES DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE. 245

cis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius providentia hoc induximus.

Justinien, L. 3 C. *De dote cauta* : In dotibus, quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, cum adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantum subsecuta sit, liceat non numeratæ pecuniæ exceptionem opponere non solum marito contra uxorem vel heredes ejus morte mulieris vel repudio dissoluto matrimonio, sed etiam heredibus mariti, cujus morte dissolutum est matrimonium, socero etiam vel ejus heredibus, si cum filio suo dotem suscepisse dotalibus instrumentis scriptum sit, omnique personæ, quam dotem suscepisse una cum marito conscribitur, et ejus similiter heredibus, ita tamen, ut intra annum tantum continuum a morte mariti vel mulieris vel missione repudii computandum ea licentia detur (528). — Novelle 100, *De tempore non solutæ dotis*, ch. 1 et 2 (539). — Théodose et Valentinien, L. 8 C. *De repudiis* 5, 17 (449).

68. — En vertu de l'Édit du préteur, le conjoint survivant, en cas de mariage *sine manu*, avait un droit de succession *ab intestat* sur les biens de son conjoint, après les cognats. Justinien a conservé cette quatrième classe prétorienne, qui peut être considérée comme formant la cinquième classe de successeurs du droit nouveau (1). Le conjoint survivant obtient donc la possession des biens de son conjoint, si celui-ci ne laisse ni descendants

(1) *Traité des successions*, § 24, § 26. — Voyez § 3, I. *De bonorum possessionibus* 3, 9.

La *bonorum possessio unde vir et uxor* est devenue la succession irrégulière du conjoint survivant du Code civil. Dans plusieurs pays qui ont adopté ou imité le Code, la position du conjoint a été améliorée.

ni ascendants ni frères ou sœurs germains, consanguins, utérins ou fils et filles de frères et sœurs, ni d'autres collatéraux.

En outre, par ses nouvelles de 537 et de 542, Justinien a accordé à la veuve indigente et sans dot un droit extraordinaire sur la succession de son mari, si celui-ci est décédé dans l'aisance (1).

Ulpien, L. un. *Unde vir et uxor* 38, 11 : Ut bonorum possessio peti possit UNDE VIR ET UXOR, justum esse matrimonium oportet. Ceterum si injustum fuerit matrimonium, nequaquam bonorum possessio peti poterit, quemadmodum nec ex testamento adiri hereditas nec secundum tabulas peti bonorum possessio potest : nihil enim capi propter injustum matrimonium potest. § 1. Ut autem hæc bonorum possessio locum habeat, uxorem esse oportet mortis tempore. Sed si divortium quidem secutum sit, verum tamen jure durat matrimonium, hæc successio locum non habet. Hoc autem in hujusmodi speciebus procedit : liberta ab invito patrono divortit, lex Julia de maritandis ordinibus retinet istam in matrimonio, dum eam prohiberet alii nubere invito patrono ; item Julia de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet. — § 7, I. *De bonorum possessionibus* 3, 9 : Aliam vero bonorum possessionem, quæ UNDE VIR ET UXOR

(1) *Traité des successions*, § 26, p. 174-175. — Ce droit de la veuve indigente s'est conservé en Orient, amélioré par la nouvelle 106 de Léon le Philosophe. — Zachariæ, § 15. — La quarte s'est maintenue aussi dans les pays français de droit écrit jusqu'au Code civil. — La veuve y jouissait de divers autres gains de survie, soit légaux, soit conventionnels : augment de dot, oscule (ci-dessus, § 13, 41, § 17, 61), bagues et bijoux, trousseau, deuil, habitation. Le mari avait un contre-augment. — Odier, *Contrat de mariage*, t. III, 1037-1043. — Viollet, p. 694-695.

appellatur et nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, et in suo vigore servavimus et altiore loco id est sexto eam posuimus.

Novelle 53, ch. 6 ; nouvelle 117, ch. 5.

§ 20. — Les secondes noces.

69. Secondes noces de la veuve et de la femme divorcée. — 70. *Parens binubus*.

69. — Il était interdit à la veuve de se remarier avant l'expiration de l'an de deuil, lequel était de dix mois, et ne devint l'année ordinaire de douze mois qu'en vertu d'une constitution de Gratien, Valentinien et Théodose, de 381. Le motif de la défense était originellement la piété envers le défunt ; la violation s'expiait par une offrande. Plus tard, ce fut aussi le danger du mélange du sang (*turbatio sanguinis*) et de l'incertitude possible d'une paternité.

L'Édit du préteur frappait d'infamie, d'ancienne date, le père qui avait donné sa fille sciemment, et le mari ; depuis la loi *Julia de adulteriis* la femme elle-même, à laquelle les empereurs sus-nommés infligèrent des peines pécuniaires rigoureuses (1).

(1) Lenel, § 16. — Le droit canonique a supprimé l'infamie (C. 4, 5 X. *de secundis nuptiis* 4, 21), et les autres pénalités sont tombées en désuétude. — Sur la relation originaire entre l'an de deuil et la possibilité d'une grossesse : Leist, *Rechtsgeschichte*, § 8. — Sauf les rigoureuses punitions de Justinien (nouvelle 117, ch. 13, nouvelle 134, ch. 11), qui rendaient le mariage des coupables impossible, aucune restriction n'était mise, même en droit nouveau, au mariage du mari divorcé. Quant à la femme, elle était soumise

Les cérémonies usuelles mentionnées au § 16 n'avaient pas lieu en cas de secondes noces (1). Comme en Inde sous le régime du code de Manou, le mariage des veuves était mal vu, et toujours on témoigna une estime particulière à la femme qui n'avait été mariée qu'une fois, *univira*.

Le mariage prématuré était interdit aux femmes divorcées, mais uniquement par crainte de *turbatio sanguinis : ne quis de prole dubitet*. Rien ne s'opposait donc à un mariage immédiat, s'il était sûr que la femme n'était pas enceinte.

Tit. C. Théod. 3, 8 *De secundis nuptiis*; 9 *Si secundo mulier nupserit*. Nouvelles Théod. 5 et 7. Tit. C. Just. 5, 9 *De secundis nuptiis*; 10 *Si secundo nupserit mulier, cui maritus usufructum reliquit*. Nouvelle 22, ch. 22, 48.

Julien, L. 1 *De his qui notantur infamia* 3, 2 : Prætoris verba dicunt : Infamia notatur... qui eam, quæ in potestate ejus esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit : eamve sciens quis (*qui ?*) uxorem duxerit non jussu ejus, in cujus potestate est : et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua su-

seulement à la défense mentionnée au § 18, 64. L'Église grecque, condamnant le divorce, insista surtout sur la défense au divorcé de convoler en nouvelles nocces ; elle considéra le divorcé remarié comme coupable d'adultère. Mais, ainsi qu'il a été remarqué plus haut, elle n'a pas fait prévaloir ses vues dans la législation civile. — Zachariæ, §§ 7-8.

(1) On les omettait même lorsque, sans avoir été mariée, l'épouse n'était plus vierge ; on le voit dans Plaute, *Truculentus* 4, 3. — La désignation de secondes nocces s'applique à toutes nouvelles nocces (troisièmes etc.).

pra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit. — Paul, L. 10, même titre : Solet a principe impetrari, ut intra legitimum tempus mulieri nubere liceat. — Ulpien, L. 11, même titre : Liberorum autem et parentium luctus impedimento nuptiis non est. § 1. Etsi talis sit maritus, quem more majorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari ; prætor enim ad id tempus se rettulit, quo vir elugeretur ; qui solet elugeri propter turbationem sanguinis. § 2. Pomponius eam, quæ intra legitimum tempus partum ediderit, putat statim posse nuptiis se collocare ; quod verum puto. § 3. Non solent autem lugeri, ut Neratius ait, hostes vel perduellionis damnati nec suspendiosi nec qui manus sibi intulerunt non tædio vitæ, sed mala conscientia : si quis ergo post hujusmodi exitum mariti nuptum se collocaverit, infamia notabitur. § 4. Notatur etiam qui eam duxerit, sed si sciens : ignorantia enim excusatur, non juris, sed facti. — Gratien, Valentinien et Théodose, L. 1 pr. C. *De secundis nuptiis* : Si qua mulier nequaquam luctus religionem priori viro nuptiarum festinatione præstiterit, ex jure quidem notissimo sit infamis (380).

70. — D'après une constitution de Gratien, Valentinien et Théodose, le *parens binubus*, lorsqu'il a des enfants d'un premier lit, subit des peines et des désavantages pécuniaires considérables au profit de ces enfants.

Léon et Anthémius et après eux Justinien ont statué, dans le même cas, des restrictions à l'institution du conjoint (1).

(1) *Traité des successions*, § 18. — Ces *pœnæ secundarum nuptiarum* ont en vue la protection des enfants du premier lit.

Tout autre est le caractère de celles qui ont été édictées par les successeurs de Justinien. L'Église ne voyait pas de bon œil les

D'après la novelle 127, le veuf ou la veuve qui se remarie perd, au profit des enfants du premier lit, la propriété de sa part aux gains nuptiaux, et n'en conserve que l'usufruit.

Gratien, Valentinien, Théodose, L. 1 (380), L. 3 C. (382), au titre cité. — Justinien, novelle 22, ch. 21-26 (536). — Léon et Anthémius, L. 6 (472), titre cité. — Justinien, L. 10, même titre (529) ; novelle 22, ch. 27-28.

Novelle 127, ch. 3 : Quoniam vero et mulieres ad secundas nuptias non venientes prærogativa aliqua præ iis, quæ secundo nubunt, dignas esse existimamus, sancimus, si quæ viro amisso secundis nuptiis abstineat, ut illa usumfructum quidem donationis ante nuptias habeat, quemadmodum etiam antea sancivimus, habeat vero illa et domini jure tantum, quantum liberorum quantitas facit, ut quod ad dominium unius et ipsa filii personam sustinere videatur. Hæc autem non solum in matribus obtinere jubemus, sed et in patribus ceterisque ascendentibus volumus, qui secundas nuptias non contrahunt (547).

secondes nocces, elle punissait les troisièmes et quatrièmes, et considérait le cinquième, plus tard déjà le quatrième mariage, comme nul. De là une manière différente et anti-romaine de traiter les mariages de veufs et de veuves, laquelle se manifeste dans le droit byzantin par des défenses de tout mariage ultérieur au second, émanées d'Irène, de Basile. Léon le Philosophe déclare que le second mariage même est blâmable ; lui-même cependant eut quatre femmes. — Zachariæ, § 8. — En France, l'édit des secondes nocces (1560) a sanctionné des mesures analogues à celles des empereurs romains. Code civil, 1098.

SECTION II. — *La manus sans mariage* (1).

§ 21.

71. Coemtions *sacrorum interimendorum, testamenti faciendi, tutelæ evitandæ causa*.

71. — La *conventio in manum* d'une personne *sui juris* entraînait l'extinction des *sacra familiaria* qui lui incombaient auparavant (2). Il y avait ainsi, dans le mariage *cum manu*, un moyen de se débarrasser de cette charge parfois fort lourde, et l'on comprend que les femmes aient pu s'y décider précisément en vue d'échapper aux coûteuses obligations du culte familial. Des témoignages anciens, souvent mal compris, nous montrent des *coemtiones* faites moins pour contracter un mariage sérieux que pour mettre fin aux *sacra* : *sacrorum interimendorum causa*. Sans doute le mariage était bien contracté, irréprochable juridiquement, la femme devenait *filia familias*, elle était *in manu mariti*. Mais il devait arriver fréquemment que, par accord des époux, le mari n'élevait pas de prétentions conjugales et qu'ainsi le contenu moral et physique du mariage manquait. Des vieillards se prêtaient à cette manœuvre ; avec eux ce n'était qu'une formalité innocente, qui ne pouvait se prolonger beaucoup ; on dit même que des femmes achetaient de vieux

(1) Karlowa, ouvrage cité au § 14, §§ 16-18. — Kuntze, §§ 792-793, et *Excuse*, p. 592.

(2) *Suprà*, § 13, 49.

esclaves qu'elles affranchissaient pour en faire leurs maris (1). Inutile de dire que pareils mariages *dicis gratia* ne pouvaient se célébrer par *confarreatio*, et que la *coemptio* était ici la seule forme possible de *conventio in manum*.

C'était un abus, évidemment, indigne de la noble conception du mariage qui n'a cessé de prévaloir dans la doctrine ; il fraya les voies à d'autres abus.

On en vint, déjà sous la République, à utiliser la *manus* même en dehors de tout mariage, comme puissance non maritale ; ce moyen fut employé par des femmes désireuses de se libérer des entraves de l'agnation et d'une tutelle imposée.

Par suite du caractère légitime de la tutelle des agnats, dont il sera parlé ci-après (2), les filles *sui juris* et les veuves, soumises à cette tutelle, ne pouvaient tester, tandis que celles qui avaient des tuteurs *alterius generis*, le pouvaient avec l'autorisation de ceux-ci. Pour obtenir la faculté de tester, la fille ou veuve *sui juris* se plaçait temporairement sous la *manus* d'un ami de bonne volonté, par une *coemptio fiduciæ causa*, qui ne devait conférer à l'acquéreur de la puissance qu'un simulacre de droit, purement passager. Il s'engageait par *pactum fiduciæ* à revendre la femme, *in mancipium*, à un tiers déterminé, lequel, l'affranchissant, l'avait désormais sous sa tutelle quasi-patronale (3).

(1) Voyez Jhering, t. IV, § 68. — *Senes coemptionales*. Cicéron, *Epistolæ ad diversos* 7, 29. Plaute, *Bacchides*, 976.

(2) Ci-dessous, § 31. *Traité des successions*, § 14.

(3) Ci-dessous, § 24, 83.

C'est la *coemptio testamenti faciendi gratia*. Gaius en parle comme n'ayant plus lieu de son temps, par suite d'un sénatus-consulte rendu sous Hadrien, en vertu duquel le tuteur testamentaire et atilien put probablement être contraint à autoriser la *factio testamenti*. La tutelle des agnats était d'ailleurs abolie et la principale raison d'être de la *coemptio* fiduciaire n'existait plus.

Le même procédé de *coemptio* fiduciaire, de *mancipatio* et d'affranchissement *ex mancipio* servait encore à titre de *coemptio tutelæ evitandæ causa*, pour permettre de remplacer un tuteur gênant par un tuteur commode. Gaius en parle comme d'une institution usitée de son temps ; elle avait dû cependant perdre de son importance depuis l'abolition de la tutelle agnatique ; peut être ne disparut-elle entièrement qu'avec la tutelle du sexe, c'est-à-dire, au plus tard, au quatrième siècle de notre ère (1). La *coemptio* se faisait ordinairement avec un ami de confiance. Elle pouvait aussi se faire avec le propre mari, mais dans ce dernier cas elle produisait la *manus* véritable, c'est-à-dire la puissance maritale, et la fortune était transmise. Dans l'autre cas, comme dans la *coemptio testamenti faciendi causa*, la fortune restait à la femme, et la *manus* n'était qu'un simulacre, une pure forme, *dicis gratia*.

Il faut nécessairement admettre, pour expliquer ces *coemptiones* où la *manus* est détachée du mariage, que le tuteur légitime n'y pouvait refuser son autorisation. Le préteur l'obligeait *ex magna causa* à autoriser la *coem-*

(1) Ci-dessous, § 31, 109.

tio matrimonii causa ; on étendit ceci aux *coemptiones* faites dans une autre intention, parce qu'elles fournissaient le moyen de corriger les inconvénients d'un ordre de choses suranné. Ce moyen pouvait d'ailleurs être fort onéreux, car la femme qui en usait rompait ses liens d'agnation et perdait ses droits d'hérédité agnatique (1).

Cicéron, *Pro Murena*, 12, 27 : *Mulieres omnes propter infirmitatem consilii majores in tutorum potestate esse voluerunt : hi invenerunt genera tutorum, quæ potestate mulierum continerentur. Sacra interire illi noluerunt : horum ingenio senes ad coemptiones faciendas, interimendorum sacrorum causa, reperti sunt.* — Gaius, I, 114 : *Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo ; unde aut matrimonii causa facta coemptio dicitur, aut fiduciæ causa : quæ enim cum marito suo facit coemptionem, (ut) apud eum filiæ loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem ; quæ vero alterius rei causa facit coemptionem cum viro suo aut cum extraneo, velut tutelæ evitandæ causa, dicitur fiduciæ causa fecisse coemptionem.* 115. *Quod est tale : si qua velit quos habet tutores reponere, ut alium nanciscatur, iis auctoribus coemptionem facit ; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, (a) quo manumissa est ; qui tutor fiduciarius dicitur...* — 115 a. *Olim quidem etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio : tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi jus habebant, exceptis quibusdam*

(1) Inutile de dire que ceci importait surtout, en vertu de la *voconiana ratio*, aux *consanguineæ*. — *Traité des successions*, § 23.

personis, quam si coemptionem fecissent remancipatæque et manumissæ fuissent. Sed hanc necessitatem coemptionis faciendæ ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit. — 115 b... (*Ceterum quæ*) fiducia causa cum viro suo fecerit coemptionem, nihilominus filiæ loco incipit esse : nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit eam filiæ jura nancisci.

CHAPITRE IV

LES PUISSANCES DE MAITRE

Utpote cum jure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita.

ULPIEN, L. 4 *De J. et J.* 1, 1.

Quod ad jus naturale attinet, omnes homines æquales sunt.

Le même, L. 32 *De R. J.* 50, 17.

Majores nostri omnem dominis invidiam, omnem servis contumeliam detrahentes, dominum patrem familias, servos familiares appellaverunt.

MACROBE, *Saturnales*, 1, 11.

CHAPITRE IV

LES PUISSANCES DE MAITRE

§ 22. — La puissance sur l'esclave (1).

72. Nature et caractères de la servitude. — 73. Actes juridiques de l'esclave. — 74. Comment naît la servitude. — 75. Comment la servitude prend fin. L'affranchissement. — 76. *Liberalis causa*.

72. — L'esclave est une chose, objet de propriété comme l'est toute chose dans le commerce, animée ou inanimée, meuble ou immeuble.

Mais c'est, en outre, un homme, car la servitude, qui est de droit civil et même de droit des gens, n'est pas

(1) Voigt, *Die Zwölf Tafeln*, § 95. — Lange, t. I, § 37. — Pernice, *Labeo*, t. I, p. 110-158. — Buhl, *Salvius Julianus*, §§ 16-21. — Jhering, t. II, § 36 : Aspect extérieur de l'esclavage dans la vie romaine. — Willems, p. 137-150, 402-410, 640-642.

Servus, *ancilla* ; *homo*, *puer*, *mancipium*. *Famulus* signifie serviteur, comme l'ancien *ancus*, ci-dessous § 23, 77.

§ 3, I. *De jure personarum* 1, 3 : *Servi autem ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere jubent, ac per hoc servare nec occidere solent : qui etiam mancipia dicti sunt, quod ab omnibus manu capiuntur.*

Des causes multiples, que je n'ai pas à exposer, ont amené la transformation de l'esclavage en servage et, tardivement, la dis-

de droit naturel. En sa qualité d'homme il est soumis à une puissance, qui s'acquiert avec la propriété et sur nombre de points se confond avec elle, mais qui n'en produit pas moins certains effets distincts ; cette puissance est une puissance familiale, et l'esclave, surtout dans l'ancien temps, est un *familiaris* (1) ; il avait même comme tel sa part active dans le culte familial (2).

Les esclaves publics, qui exerçaient certaines fonctions subalternes, n'avaient d'autre maître que le peuple romain ; ils jouissaient de divers avantages, parvenaient à quelque considération et pouvaient disposer de la moitié de leur pécule à cause de mort (3).

Étant propriétaire, le maître fait ce qu'il veut de son esclave, comme de n'importe quelle autre chose à lui appartenant. Il peut le vendre, le donner, le léguer,

parition du servage, laquelle ne fut parachevée en France qu'en 1789. — Viollet, p. 250-280. — Un esclavage nouveau, d'origine non romaine, a pris naissance en Europe au moyen âge. Mais Loisel a mis dans ses *Institutes coutumières*, 24 : « Toutes personnes sont franches en ce royaume ; et sitôt qu'un esclave a atteint les marches d'icelui, se faisant baptiser, est affranchi ». L'esclavage noir, codifié par Louis XIV, est aboli dans les colonies françaises depuis 1848. — Viollet, p. 280-287.

Une espèce particulière de servitude, désignée depuis Constantin sous le nom de colonat, n'appartient nullement au droit de famille ; elle a formé un acheminement vers le servage.

(1) Ci-dessus, § 1, 1.

On voit dans Plaute l'esclave, homme de confiance du père, de la mère, du fils, membre de la famille et traité comme tel. Caton, qui était dur, faisait soigner par sa femme ses esclaves malades, et quand il frappait un de ses esclaves d'une peine capitale, il s'entourait d'un *consilium* d'esclaves.

(2) *Sacra familiaria*. Voigt, *Zwölf Tafeln*, § 72, p. 18, note.

(3) *Traité des successions*, § 14.

l'engager, constituer sur lui un usufruit. Il peut le maltraiter, le tuer. Le droit de vie et de mort découle aussi de la puissance dominicale ; le père de famille, qui juge sa femme et son enfant, juge aussi son esclave et le condamne à une peine qui peut être la mort. Dans l'ancien temps les abus étaient rares et le censeur les réprimait. Plus tard, le législateur dut intervenir ; les droits du maître furent restreints sous les empereurs ; une loi *Petronia*, relative aux cruels combats entre esclaves et bêtes, paraît remonter au règne de Tibère ou à celui de Néron (1) ; diverses mesures protectrices sont dues à Claude, Hadrien, Antonin le Pieux.

A d'autres points de vue encore, on reconnaissait à l'esclave une quasi-personnalité, qui le distinguait des autres choses animées. J'ai mentionné déjà le *contubernium* et la cognation servile (2). Le maître devait à l'esclave la sépulture ; le lieu en était religieux. L'esclave pouvait, si le maître y consentait, faire partie de ces associations de secours mutuels qui donnaient aux petites gens un appui dans la vie, une sécurité en cas de maladie et de mort.

Étant de droit naturel, auquel le droit des gens a dérogé, la liberté forme la règle, à laquelle on revient le plus possible. Le *favor libertatis* se manifeste en des applications diverses.

Gaius, 1, 52 : In potestate itaque sunt servi dominorum.

(1) On l'identifie avec la loi *Junia Petronia* de l'an 19 ; on la place aussi en l'an 61. Consulter Schneider, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*. t. V, p. 250.

(2) Ci-dessus, § 3, 12 et § 12, 40.

Quæ quidem potestas juris gentium est ; nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitæ necisque potestatem esse ; et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur. — Ulpian, L. 32 *De R. J.* 50, 17 : Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur : non tamen et jure naturali, quia, quod ad jus naturale attinet, omnes homines æquales sunt. — § 2, I. *De jure naturali, gentium et civili* 1, 2 :... Usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanæ quædam sibi constituerunt : bella etenim orta sunt et captivitates secutæ et servitutes, quæ sunt juri naturali contrariæ (jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur).

Modestinus, L. 11 § 2 *Ad legem Corneliam de sicariis* 48, 8 : Post legem Petroniam et senatusconsulta ad eam legem pertinentia dominis potestas ablata est ad bestias depugnandas suo arbitrio servos tradere : oblato tamen judici servo, si justa sit domini querela, sic pœnæ tradetur. — Gaius, 1, 53 : Sed hoc tempore neque civibus Romanis, nec ullis aliis hominibus, qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos sævire : nam ex constitutione sacratissimi imperatoris Antonini qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri jubetur, quam qui alienum servum occiderit. Sed et major quoque asperitas dominorum per ejusdem principis constitutionem coercetur : nam consultus a quibusdam præsidibus provinciarum de his servis, qui ad fana Deorum vel ad statuas principum confugiunt, præcepit, ut si intolerabilis videatur domino- rum sævitia, cogantur servos suos vendere... — Ulpian, L. 2 *De his qui sui vel alieni juris sunt* 1, 6 : Si dominus in servos sævierit vel ad impudicitiam turpemque violationem compellat, quæ sint partes præsidis, ex rescripto divi Pii ad Ælium Marcianum proconsulem Bæticæ manifestabitur.

Cujus rescripti verba hæc sunt : « Dominorum quidem potestatem in suos servos illibatam esse oportet, nec cuiquam hominum jus suum detrahi : sed dominorum interest, ne auxilium contra sævitiam vel famem vel intolerabilem injuriam denegetur his qui juste deprecantur. Ideoque cognosce de querelis eorum, qui ex familia Julii Sabini ad statuas confugerunt, et si vel durius habitos quam æquum est vel infami injuria affectos cognoveris, venire jube ita, ut in potestate domini non revertantur ; qui si meæ constitutioni fraudem fecerit, sciet me admissum severius exsecuturum. »

Divus etiam Hadrianus Umbriciam quandam matronam in quinquennium relegavit, quod ex levissimis causis ancillas atrocissime tractasset. — Ulpian, L. 1 § 1 *De officio præfecti Urbi* 1, 12 : Servos qui ad statuas confugerint, vel sua pecunia emptos ut manumittantur, de dominis querentes audiet. § 8. Quod autem dictum est, ut servos de dominis querentes præfectus audiat, sic accipiemus non accusantes dominos (hoc enim nequaquam servo permittendum est nisi ex causis receptis), sed si verecunde expostulent ; si sævitiam, si duritiam, si famem, qua eos premant, si obscenitatem, in qua eos compulerint vel compellant, apud præfectum Urbi exponant ; hoc quoque officium præfecto Urbi a divo Severo datum est, ut mancipia tueatur ne prostituantur. — Marcien, L. 3 § 4 *Ad legem Corneliam de sicariis* 48, 8 : Et qui hominem libidinis vel promercii causa castraverit, ex senatusconsulto pœna legis Corneliæ punitur.

Ulpian, L. 31 § 1 *De religiosis* 11, 7 : Qui servum alienum vel ancillam sepelivit, habet adversus dominum funerariam actionem. — Le même, L. 2 pr., même titre : Locum, in quo servus sepultus est, religiosum esse Aristo ait. — Marcien, L. 3 § 2 *De collegiis et corporibus* 47, 22 : Servos quoque licet in collegia tenuiorum recipi volentibus dominis.

73. — L'esclave se distingue surtout des autres objets de propriété en ce qu'il est un être intelligent. Il est l'organe et comme le porte-voix de son maître. Il ne saurait être sujet actuel de droits, mais c'est un précieux instrument d'acquisition, et peut-être deviendrait-il dans la suite une personne, par affranchissement. En vue de cette éventualité, on lui reconnaît même, en droit classique, la faculté de s'obliger par convention et d'obliger envers lui ; évidemment, l'obligation ne peut être que naturelle (1).

Le maître peut lui laisser ou lui concéder un pécule, qu'il administre plus ou moins librement ; en l'administrant, il acquiert au maître, même à l'insu de celui-ci (2). Ce qu'il peut acquérir en dehors du pécule, c'est encore au maître qu'il l'acquiert, car il est représentant nécessaire du maître ; mais il faut l'ordre du maître pour lui acquérir la possession, et pour faire adition d'hérédité, puisque l'adition oblige le maître (3).

L'esclave, affranchi et institué par son maître, est héritier nécessaire (4).

(1) Ainsi Papinien et Ulpien, dans les textes reproduits plus loin, tandis que Gaius, 3, 104, déclare l'esclave incapable. Ci-dessus, § 9, 30.

(2) Le pécule de l'esclave est probablement antérieur à celui du fils de famille, auquel il a servi de modèle. « Bien souvent le pécule était le fruit du travail de l'esclave ; il le formait, sou par sou, des économies qu'il pouvait faire sur sa nourriture. On tenait pour un mauvais esclave celui qui ne savait pas se créer un petit pécule ; c'était littéralement un vaurien (*nihili*) ». Cuq, p. 195. — Salkowski, *Zur Lehre vom Sklavenerwerb*. 1891.

(3) *Traité des successions*, § 43.

(4) *Traité des successions*, § 41.

Les actes de l'esclave exposent le maître aux actions de qualité adjectice ; ses délits soumettent le maître aux actions noxales (1). L'esclave s'oblige d'ailleurs par son délit, et sera poursuivi après l'affranchissement.

Pr. I. *De stipulatione servorum* 3, 17 : Servus ex persona domini jus stipulandi habet. Sed hereditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet : ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur acquirit hereditati, ac per hoc etiam heredi postea facto acquiritur. § 1. Sive autem domino sive sibi sive conservo suo sive impersonaliter servus stipuletur, domino acquirit. § 3. Servus communis stipulando unicuique dominorum pro portione domini acquirit, nisi si unius eorum jussu aut nominatim cui eorum stipulatus est : tunc enim soli ei acquiritur...

Julien, L. 42 *De damno infecto* 39, 2 : Si servus communis damni infecti stipulatus fuisset, perinde habetur ac si ipsi domini sua voce pro partibus stipularentur.

Paul, L. 73 § 1 *De V. O.* 45, 1 : Si servus hereditarius stipulatus sit, nullam vim habitura est stipulatio, nisi adita hereditas sit, quasi condicionem habeat. Idem est et in servo ejus qui apud hostes est. — Javolène, L. 36 *De stipulatione servorum* 45, 3. Quod servus stipulatus est, quem dominus proderelicto habebat, nullius est momenti... Quod si ab alio adprehensus est, stipulatione ei adquirere poterit.

Ulpien, L. 41 *De peculio* 15, 1 : Nec servus quicquam debere potest nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ad jus civile re-

(1) Girard, cité p. 80. — Lenel, § 58. — En droit nouveau, la *noxæ deditio* n'est plus appliquée qu'aux esclaves. — Pour les actions de qualité adjectice, *suprà*, § 9, 30.

ferimus obligationem. Itaque quod servo debetur, ab extraneis dominus recte petet, quod servus ipse debet, eo nomine in peculium et si quid inde in rem domini versum est in dominum actio datur. — Le même, L. 20 § 7 *Qui testamenta* 28, 1 : Servus quoque merito ad sollemnia adhiberi non potest, cum juris civilis communionem non habeat in totum, ne prætoris quidem edicti. — Le même, L. 14 *De O. et A.* 44, 7 : Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent : ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. Denique si servo, qui mihi mutuum pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor. — Le même, L. 19 § 4 *De donationibus* 39, 5 : Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus eam expromiserit, non erit donatio, sed debiti solutio. — Papinien, L. 50 § 2 *De peculio* 15, 1 : Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fidejussor pro servo accipi potest et..., qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest quam si iudicium dictatum non fuisset, eadem ratione fidejussor quoque utiliter acceptus videbitur, quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est. — Pomponius, L. 49 pr., même titre : Non solum id peculium est, quod dominus servo concessit, verum id quoque, quod ignorante quidem eo acquisitum sit, tamen, si rescisset, passurus erat esse in peculio.

Gaius, L. 133 *De R. J.* 50, 17 : Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest. — Le même, 1, 52 : Et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur. — 2, 86, 87, 96. *Supra*, § 9, 24. — 91-95. — Le même, L. 31 pr. *De heredibus instituendis* 28, 5 : Non minus servos quam liberos heredes instituere possumus, si modo eorum scilicet servi sint, quos ipsos heredes instituere pos-

sumus, cum testamenti factio cum servis ex persona dominorum introducta est.

Tit. l. 4, 7 *Quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicitur.* — Gaius 4, 70-74. *Suprà*, § 9, 30. — § 3, l. *Quod cum eo qui* : Introduxit et aliam actionem prætor, quæ tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce sciente domino negotietur, et quid cum eo ejus rei causa contractum erit, ita prætor jus dicit ut quidquid in his mercibus erit quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, et ceteros creditores pro rata portione distribuatur. Et quia ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quæ tributoria appellatur. § 4. Præterea introducta est actio de peculio, deque eo quod in rem domini versum erit, ut, quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum præstare debeat, sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus præstare debeat quatenus peculium patitur.

Tit. D. 9, 4 ; C. 3, 41 ; l. 4, 8 *De noxalibus actionibus.*

Gaius, 4, 75. *Ci-dessus*, § 8, 22. — 76-79. — Pr. l. *De noxalibus actionibus* : Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint aut bona rapuerint aut damnum dederint aut injuriam commiserint, noxales actiones proditæ sunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis æstimationem sufferre aut hominem noxæ dedere. § 1. Noxa autem est corpus quod nocuit, id est servus : noxia ipsum maleficio, veluti furtum, damnum, rapina, injuria. § 3. Dominus noxali judicio servi sui nomine conventus, servum actori noxæ dedendo liberatur. Nec minus perpetuum ejus dominium a domino transfertur : si autem damnum ei cui deditus est resarcierit, quæsita pecunia, auxilio prætoris, invito domino, manumittitur. § 4. Sunt

autem constitutæ noxales actiones aut legibus aut edicto prætoris : legibus veluti furti lege XII tabularum, damni injuriæ lege Aquilia, edicto prætoris veluti injuriarum et vi bonorum raptorum. § 5. Omnis autem noxalis actio caput sequitur. Nam si servus tuus noxiam commiserit, quamdiu in tua potestate sit tecum est actio : si in alterius potestate pervenerit, cum illo incipit actio esse, aut si manumissus fuerit, directo ipse tenetur et extinguitur noxæ deditio.

74. — La servitude est fondée par la plus grande diminution de chef. Tel est le cas du prisonnier de guerre ; du condamné à certaines peines, *ad ferrum, in metallum, in opus metalli* ; de celui qui a été vendu par punition *trans Tiberim*, de celui qui s'est vendu lui-même, *pretii participandi causa* ; du petit enfant que son père a vendu par misère, en vertu de la constitution de Constantin (1). Elle se fonde aussi par la naissance, d'une femme esclave, quel que soit le père. Toutefois, si, durant sa grossesse, la mère a été libre, ne fût-ce qu'un instant, l'enfant naît libre.

§ 4 I. *De jure personarum* 1, 3 : Servi autem aut nascuntur, aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris : fiunt aut jure gentium, id est ex captivitate, aut jure civili, veluti cum homo liber major viginti annis ad pretium participandum sese venum dari passus est. — Pr. I. *De ingenuis* 1, 4 : ... Sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore, quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et ex contrario, si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum, qui nascitur, liberum nasci, quia non debet calamitas matris ei nocere, qui

(1) Ci-dessus, § 8, 22.

in utero est... Sufficit ei, qui in ventre est, liberam matrem vel medio tempore habuisse.

75. — La servitude prend fin par l'affranchissement, *manumissio*. Il fallait, pour qu'il en résultât la liberté et le droit de cité, que l'affranchissement eût lieu par un des modes civils : *vindicta*, *censu* ou *testamento*.

Des lois, des sénatus-consultes, l'Édit ont réglé cette matière. Le besoin se fit sentir, dès le commencement de l'ère impériale et même avant, de limiter les affranchissements, surtout à cause des abus qui résultaient de la façon peu scrupuleuse dont ils étaient prodigués à des esclaves indignes. C'est ce qui fit l'objet des lois *Ælia Sentia* et *Fufia Caninia*. La loi *Junia Norbana* ou *Junia* (1), donna à celui qui, n'étant pas affranchi *civiler*, ne pouvait être citoyen, un droit de latinité *junienne* : situation restreinte et en quelque sorte transitoire, dont il sortira dans plusieurs cas prévus pour

(1) *Introduction historique*, § 119. — La question du rapport entre les lois *Ælia Sentia* et *Junia Norbana* et celles du nom et de la date de cette dernière sont controversées et difficiles à résoudre. Le nom de *Norbana* n'est donné que par les Institutes. — Romanet du Caillaud, *De la date de la loi Junia Norbana*. 1882. (Complété en 1883). — Labbé, Appendice à Ortolan. — Mommsen, *Annales de Bekker et Muther*, t. II. 1858. — Brinz, *Die Freigelassenen der lex Ælia Sentia und das Berliner Fragment von den Dediticiern*. 1884. — Schneider, *Die Lex Junia Norbana. Zeitschrift der Savigny Stiftung*, t. V. 1884. — Hœlder, *Zum gegenseitigen Verhältnisse der leges Ælia Sentia und Junia Norbana. Même Revue*, t. VI. 1885. — Ferrero, *Dei Libertini*. 1877. — Cantarelli, *I Latini Juniani. Archivio Giuridico*, t. XXIX et XXX. 1882-1883. *La data della legge Junia Norbana*, même Revue, t. XXXIV. 1885.

obtenir le droit de cité dont il se sera montré digne (1). Certains affranchis, réputés vils, ne sont pas même Latins, et n'atteignent, en vertu de la loi *Aelia Sentia*, que la situation de pérégrin déditice, *pessimum libertatis genus*. D'autre part, déjà sous la République, le préteur a facilité l'affranchissement, en admettant, à côté des formes strictes du droit civil, des affranchissements non formels, *per epistolam, per filii nuncupationem, inter amicos, convivii adhibitione*, et en admettant comme valable, et même seul valable, l'affranchissement opéré par le propriétaire bonitaire. Avant la loi *Junia*, ces affranchissements ne donnaient jamais la liberté, mais le préteur traitait l'affranchi comme s'il l'avait été en bonne et due forme.

Justinien a conféré à tous les affranchissements le plein effet civil, et supprimé les lois *Ælia Sentia*, *Fufia Caninia* (2), *Junia Norbana*, ainsi que la latinité. Tout affranchi jouit désormais du droit de cité, et peut même obtenir d'être assimilé aux ingénus par la concession du *jus aureorum annulorum* et de la *restitutio natalium*.

Constantin introduisit une forme nouvelle d'affranchissement : la déclaration faite à l'église, devant le prêtre et la communauté des fidèles (3).

(1) Vangerow, *Ueber die Latini Juniani*. 1833. — Brinz, cité p. 269. — Schneider, *Die Latini Juniani und das Berliner Fragment de deditionis*. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, t. VI. — Ci-dessus, § 6, 16.

(2) La loi *Fufia Caninia*, insérée au Bréviaire d'Alaric, est restée longtemps en vigueur dans les pays de droit écrit. — Viollet, p. 257.

(3) Le livre de droit syro-romain contient des indications instructives sur les modes d'affranchissement, tels qu'ils étaient en

L'esclave auquel la liberté a été léguée sous condition ou avec terme initial, est, *pendente condicione* et jusqu'à l'échéance du terme, dans une situation intermédiaire ; il est encore esclave, mais à l'échéance du terme ou à l'accomplissement de la condition, il deviendra libre de plein droit. On l'appelle *statuliber* (1). La vente même par l'héritier ne saurait l'empêcher d'être libre, quand le moment sera venu.

Il est certains cas dans lesquels la liberté est accordée directement par la loi, en punition du maître, en récompense de l'esclave. Ainsi l'esclave infirme que son maître a délaissé, est libre, de même que l'esclave que son maître a prostituée contrairement à une clause du contrat de vente. Ainsi encore celui qui a dénoncé l'assassin de son maître (d'après le sénatus-consulte Silanien, de l'an 9 de notre ère), et tout dénonciateur de crimes graves, d'après des édits de Constantin.

L'esclave qui embrasse la vie ecclésiastique ou monastique, est libre en vertu d'une novelle de Justinien.

On peut enfin usucaper la liberté : l'esclave affranchi par le possesseur de bonne foi et qui a vécu en état de liberté (*in libertate esse, morari*) pendant vingt ans, est libre.

Cicéron, *Topiques*, 2, 10 : Si neque censu nec vindicta nec testamento liber factus est, non est liber ; neque est ulla earum rerum : non est igitur liber. — Suétone, *Octave* 40 : Magni præterea existimans, sincerum atque ab omni

usage au 5^e siècle dans la partie orientale de l'empire. — Bruns, *Syrisch-ræmisches Rechtsbuch*, p. 195-197.

(1) Madaï, *Die Statuliberi*. 1834.

colluvione peregrini ac servilis sanguinis incorruptum servare populum, et civitatem Romanam parcissime dedit, et manumittendi modum terminavit.... Servos non contentus multis difficultatibus a libertate justa removisse, cum et de numero et de condicione ac differentia eorum, qui manumitterentur, curiose cavisset, hoc quoque adjecit, ne vinctus unquam tortusve quis ullo libertatis genere civitatem adipisceretur.— Gaius, 1, 37: Qui in fraudem creditorum vel in fraudem patroni manumittit, nihil agit, quia lex Ælia Sentia inpediit libertatem. 38. Item eadem lege minori XX annorum domino non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta apud consilium justa causa manumissionis adprobata fuerit. 39. Justæ autem causæ manumissionis sunt veluti si quis patrem aut matrem aut pædagogum aut conlactaneum manumittat... 40-41. — 1, 13. Lege itaque Ælia Sentia cavetur, ut qui servi a dominis pœnæ nomine vincti sint, quibusve stigmata inscripta sint, de quibus ob noxam quæstio tormentis habita sit et in ea noxa fuisse convicti sint, quive ut ferro aut cum bestiis depugnarent traditi sint, in ludum custodiamve conjecti fuerint, et postea vel ab eodem domino vel ab alio manumissi, ejusdem condicionis liberi fiant cujus condicionis sunt peregrini dediticii. 14. Vocantur autem peregrini dediticii hi qui quondam adversus populum Romanum armis susceptis pugnaverunt, deinde victi se dediderunt. 15. Hujus ergo turpitudinis servos quocumque modo et cujuscumque ætatis manumissos, etsi pleno jure dominorum fuerint, numquam aut cives Romanos aut Latinos fieri dicemus, sed omnimodo dediticiorum numero constitui intellegemus. 16. Si vero in nulla tali turpitudine sit servus, manumissum modo civem Romanum modo Latinum fieri dicemus. 17. Nam in cujus persona tria hæc concurrunt, ut major sit annorum XXX, et ex jure Quiritium domini, et

justa ac legitima manumissione liberetur, id est vindicta aut censu aut testamento, is civis Romanus fit ; sin vero aliquid eorum deerit, Latinus erit. 22... Homines Latini Juniani appellantur ; Latini ideo, quia adsimulati sunt Latinis coloniariis ; Juniani ideo, quia per legem Juniam libertatem acceperunt, cum olim servi viderentur esse. 23. Non tamen illis permittit lex Junia vel ipsis testamentum facere, vel ex testamento alieno capere, vel tutores testamento dari. 25. Hi vero qui dediticiorum numero sunt, nullo modo ex testamento capere possunt, non magis quam quilibet peregrinus, nec ipsi testamentum facere possunt secundum id quod magis placuit. 27. Quin etiam in urbe Roma vel intra centesimum Urbis Romæ miliarium morari prohibentur... 42. Præterea lege Fufia Caninia certus modus constitutus est in servis testamento manumittendis. 43-46.

Tit. I. *De libertinis* 1, 5. Tit. C. 7, 1 *De vindicta libertate et apud consilium manumissione*. — 2 *De testamentaria manumissione*. — 3 *De lege Fufia Caninia tollenda*. Justinien, L. un. (528) : Servorum libertates in testamento relictas tam directas quam fideicommissarias ad instar inter vivos libertatum indistincte valere censemus ; lege Fufia Caninia de cetero cessante nec impediante testantium pro suis servis clementes dispositiones effectui mancipari. — Tit. 4 *De fideicommissariis libertatibus*. — 5 *De dediticia libertate tollenda*. Justinien, L. un. (530) : Dediticia condicio nullo modo in posterum nostram rem publicam molestare concedatur, sed sit penitus deleta, quia nec in usu esse reperimus, sed vanum nomen hujusmodi libertatis circumducitur. Nos enim, qui veritatem colimus, ea tantum modo volumus in nostris esse legibus, quæ re ipsa obtinent. — Tit. C. 7, 6 *De latina libertate tollenda et per certos modos in civitatem romanam transfusa*. Justinien, L. un. (531). — Tit. 7 *De servo communi manumisso*. — 8 *De servo*

pignori dato manumisso. — 9 De servis rei publicæ manumittendis. — 10 De his qui a non domino manumissi sunt. — 11 Qui manumittere non possunt et ne in fraudem creditorum manumittatur. — 12 Qui non possunt ad libertatem pervenire. — 13 Communia de manumissionibus.

Tit. D. 40, 7 *De statuliberis.* — Paul, L. 1 pr. *De statuliberis* : Statuliber est, qui statutam et destinam in tempus vel condicionem libertatem habet. § 1. Fiunt autem statuliberi vel condicione expressa vel vi ipsa. Condicione expressa quid est, manifestum est. Vi ipsa, cum creditoris fraudandi causa manumittuntur : nam dum incertum est, an creditor jure suo utatur, interim statuliberi sunt, quoniam fraus cum effectu in lege Alia Sentia accipitur. — Ulpian, 2, 2 : Statuliber, quamdiu pendet condicio, servus heredis est. 3. Statuliber, seu alienetur ab herede sive usucapiatur ab aliquo libertatis condicionem secum trahit. 4. Sub hac condicione liber esse jussus : « si X millia heredi dederit », etsi ab herede abalienatus sit, emptori dando pecuniam ad libertatem perveniet : idque lex XII tabularum jubet. — Papinian, L. 33 *De statuliberis* : Statuliberorum jura per heredem fieri non possunt duriora. — Modestin, L. 25, même titre : Statuliberos venum dari leges XII tabularum putaverunt : duris autem condicionibus in venditione minime onerandi sunt, veluti ne intra loca serviant neve umquam manumittantur.

Tit. D. 40, 8 *Qui sine manumissione ad libertatem perveniunt.* Tit. C. 7, 13 *Pro quibus causis servi præmium accipiunt libertatem.* — Paul, L. 16 § 3 *Qui et a quibus* 40, 9. — Tit. C. 7, 22 *De longi temporis præscriptione quæ pro libertate et non adversus libertatem opponitur.*

76. — L'action en justice touchant la puissance dominicale, *liberalis causa* (1), la plus ancienne *quæstio*

(1) Lenel, p. 304, §§ 178-182.

status, est une action préjudicielle, qui se présente, soit sous la forme d'une revendication de la liberté, *vindicatio in libertatem*, soit sous celle d'une revendication de la puissance, *vindicatio in servitutem*. L'esclave vrai ou prétendu était représenté par un *adsertor in libertatem*, car il ne pouvait agir en personne ; tant que le procès durait, l'esclave était libre provisoirement : *vindicariæ dabantur secundum libertatem*, principe qui remonte à la loi des Douze Tables. Le juge prononçait *liberum esse*, ou *liberum non esse*.

Justinien a supprimé l'incapacité sus-mentionnée et l'*adsertio*.

Paul, 5, 1 : *De liberali causa*. — Tit. D. 40, 12 *De liberali causa*. Tit. C. 7, 16 *De liberali causa*; 17 *De adsertione tollenda*; 18 *Quibus ad libertatem proclamare non licet, et de rebus eorum, qui ad libertatem proclamare non prohibentur*.

§ 13, I. *De actionibus* 4, 6 : *Præjudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quæritur, an aliquis liber vel an libertus sit, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam quæritur, an aliquis liber sit : ceteræ ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt*. — Paul, L. 24 pr. *De liberali causa* : *Ordinata liberali causa liberi loco habetur is, qui de statu suo litigat, ita ut adversus eum quoque, qui se dominum esse dicit, actiones ei non denegentur, quascumque intendere velit*. — Gaius, L. 25 § 2, même titre.

§ 23. — Le *mancipium* (1).

77. Cas de *mancipium*. — 78. Situation de l'individu *in mancipio*. —
79. Comment le *mancipium* prend fin.

77. — En droit ancien, une personne libre pouvait être mancipée par le père de famille ayant sur elle la puissance paternelle ou maritale, avec l'intention que l'acquéreur en devînt maître par *mancipium* ou *mancipii causa* (2).

Cette puissance, analogue à la puissance dominicale, mais de force moindre, est inconnue au droit nouveau. Gaius dit que de son temps, et hormis le cas de *noxæ datio*, ce n'était guère plus qu'un état passager et de pure forme, *dicis gratia*, destiné à opérer, comme il a été montré plus haut, l'émancipation et l'adoption (3). Jadis, c'était sans doute la misère qui motivait le plus régulièrement la vente *in mancipium*. On peut présumer que le besoin auquel répondait cette servitude d'individus libres fut satisfait plus tard par le louage de services.

(1) Bœcking, *De mancipii causis*. 1826. — C. A. Schmidt, *Das Hauskind in mancipio*. 1879. — Lange, § 38. — Willems, p. 98. — Voigt, *Zwölf Tafeln*, § 96. — Pernice, *Labeo*, t. I, p. 168-172.

(2) *Mancipium esse* signifie être esclave, *in mancipio* ou *in mancipii causa esse* désigne l'état de serviteur libre. Terminologie analogue : *in libertate esse*, *in servitute esse*, *in possessione esse*. Plus anciennement l'homme *in mancipio* était appelé *ancus* ou *ancil*, la femme *ancilla* ; le masculin est tombé en désuétude et le féminin a pris le sens d'esclave. — Comparez Bréal et Bailly, aux mots *Ancilla*, *Famulus*, *Manus*.

(3) *Suprà*, § 11, § 7.

Gaius, 1, 116 : Superest, ut exponamus, quæ personæ in mancipio sint. 117. Omnes igitur liberorum personæ, sive masculini sive feminini sexus, quæ in potestate parentis sunt, mancipari ab hoc eodem modo possunt, quo etiam servi mancipari possunt. 118. Idem juris est in eorum personis quæ in manu sunt : nam feminae a coemptionatoribus eodem modo possunt (mancipari, quo liberi a parente possunt...). 118 a. (Sed) plerumque solum et a parentibus et a coemptionatoribus mancipantur, cum velint parentes coemptionatoresque e suo jure eas personas dimittere... 119. Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quædam venditio : quod et ipsum jus proprium civium Romanorum est... 120. Eo modo et serviles et liberæ personæ mancipantur : animalia quoque, quæ mancipi sunt, quo in numero habentur boves, equi, muli, asini : item prædia tam urbana quam rustica, quæ et ipsa mancipi sunt, qualia sunt italica, eodem modo solent mancipari. 121. In eo solo prædiorum mancipatio a ceterorum mancipatione differt, quod personæ serviles et liberæ, item animalia quæ mancipi sunt, nisi in præsentia sint, mancipari non possunt ; adeo quidem, ut eum, qui mancipio accipit, adprehendere id ipsum, quod ei mancipio datur, necesse sit ; unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur : prædia vero in absentia solent mancipari. 141... Ac ne diu quidem in eo jure detinentur homines, sed plerumque hoc fit dicis gratia uno momento ; nisi scilicet ex noxali causa manciparentur.

78. — Le serviteur *in mancipio*, tout en devenant sujet, *servi loco*, et subissant même une petite diminution de chef, parce qu'il entrait comme membre passif dans la famille du maître, ne perdait ni sa liberté ni son droit de cité.

De là diverses conséquences, qui influent aussi sur l'affranchissement. Le maître qui lui fait subir un traitement ignominieux, peut être poursuivi pour injures.

Le maître peut faire abandon noxal de son serviteur, mais il ne peut le vendre, ni *à fortiori* le tuer.

Institué par le maître, le serviteur *in mancipio* est, comme l'esclave, héritier nécessaire, mais il a comme le *suus* un bénéfice d'abstention (1).

Comme l'esclave, il acquiert au maître. Il ne peut s'obliger, ni envers son maître, ni envers personne.

Son mariage n'est point dissous par la mancipation; il peut même se marier pendant qu'il est *in mancipio*. Les enfants qu'il procrée en cet état, appartenaient jadis au maître, mais Gaius nous apprend que de son temps leur situation restait en suspens, de telle sorte qu'à l'affranchissement de leur père ils entraient sous sa puissance, tandis qu'ils étaient *sui juris* s'il mourait *in mancipio*. Les enfants mis au monde par une femme *in mancipio* appartiennent à la famille de son mari.

Gaius, 1, 141 : In summa admonendi sumus, adversus eos, quos in mancipio habemus, nihil nobis contumeliose facere licere : alioquin injuriarum actione tenebimur. — 162. Minima capitis diminutio est, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur, quod accidit in his, qui adoptantur, item in his, quæ coemptionem faciunt, et in his, qui mancipio dantur quique ex mancipatione manumittuntur ; adeo quidem, ut quotiens quisque mancipetur atque manumittatur, totiens capite diminuatur. — 2, 160 : ... Similiter abstinendi potestatem facit prætor etiam ei qui in causa

(1) *Traité des successions*, §§ 41-42.

mancipii est, si cum libertate heres institutus sit, quamvis necessarius, non etiam suus heres sit, tamquam servus. — 2, 86-90, 96. 3, 104. *Suprà*, § 9, 24 et 30.

Gaius, 1, 123 :... A (parentibus et a coemptionatoribus...) mancipati mancipatæve servorum loco constituuntur, adeo quidem ut ab eo, cujus in mancipio sunt, neque hereditatem neque legata aliter capere possint, quam si simul eodem testamento liberi esse jubeantur, sicuti juris est in persona servorum. — 135. Qui ex filio semel iterumve mancipato conceptus est, licet post tertiam mancipationem patris sui nascatur, tamen in avi potestate est, et ideo ab eo et emancipari et in adoptionem dari potest. At is qui ex eo filio conceptus est qui in tertia mancipatione est, non nascitur in avi potestate : sed eum Labeo quidem existimat in ejusdem mancipio esse cujus et pater sit : utimur autem hoc jure, ut quamdiu pater ejus in mancipio sit, pendeat jus ejus ; et si quidem pater ejus ex mancipatione manumissus erit, cadat in ejus potestatem ; si vero is, dum in mancipio sit, decesserit, sui juris fiat.

79. — L'état de *mancipium* n'est point perpétuel : être *in mancipio* est toujours une situation plus ou moins temporaire. En effet, l'individu *in mancipio* peut demander son affranchissement à l'arrivée d'un nouveau lustre ; la durée forcée du *mancipium* ne saurait donc excéder cinq ans (1).

(1) On peut rapprocher de cette institution le septennat de la servitude juive, ainsi qu'une constitution d'Honorius et de Théodose de l'an 409, la loi 20 C. *De postliminio et de redemptis* 8, 50 : Decet redemptos aut datum pro se pretium emptoribus restituere aut laboris obsequio vel opere quinquennii vicem referre beneficii. Comparez ci-dessus, p. 12, note 2. — Jhering, t. II, § 36, p. 180. — Pernice, *Labeo*, I, p. 169.

En cas d'abandon noxal, l'affranchissement est exigible aussitôt que la *litis æstimatio* se trouve payée par le travail fourni.

Le *mancipium* prend encore fin par affranchissement volontaire, et en raison de la qualité d'homme libre, que le serviteur n'a point perdue, les mesures restrictives des lois *Ælia Sentia* et *Fufia Caninia* sont ici sans application.

Gaius, I, 138 : li, qui in causa mancipii sunt, quia servorum loco habentur, vindicta, censu, testamento manumissi sui juris fiunt. 139. Nec tamen in hoc casu lex *Ælia Sentia* locum habet : itaque nihil requirimus, cujus ætatis sit is, qui manumittit et qui manumittitur ; ac ne illud quidem, an patronum creditoremve manumissor habeat ; ac ne numerus quidem lege *Fufia Caninia* finitus in his personis locum habet. 140. Quin etiam invito quoque eo, cujus in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt, excepto eo, quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur ; nam quodam modo tunc pater potestatem propriam reservare sibi videtur eo ipso, quod mancipio recipit. Ac ne is quidem dicitur invito eo, cujus in mancipio est, censu libertatem consequi, quem pater ex noxali causa mancipio dedit, velut qui furti ejus nomine damnatus est, et eum mancipio actori dedit : nam hunc actor pro pecunia habet. — Papinien, dans la *Collatio*, 2, 3 : Per hominem liberum noxæ deditum si tantum adquisitum sit, quantum damni dedit, manumittere cogendus est a prætore, qui noxæ deditum accepit.

§ 24. — Le patronat (1).

80. L'ancienne clientèle. Devoirs réciproques du client et du patron.
— 81. Patrons et affranchis. — 82. Actions de patronat. — 83. Le quasi-patronat.

80. — Dans l'antique clientèle des *gentes* patriciennes (2), il existait, entre les membres de la *gens* et la famille cliente dont ils étaient les patrons ou défenseurs, des devoirs réciproques, à sanction rigoureuse, dont le règlement était attribué à Romulus (3).

La loi des Douze Tables vouait aux dieux infernaux le patron qui trompait son client, et l'office envers le client venait immédiatement après l'office envers le pupille, bien que certains lui préférassent l'office envers l'hôte. Pour le client, d'autre part, le patron n'était primé que par le père. Patron et client ne pouvaient s'accuser mutuellement, ni porter témoignage l'un contre l'autre. Le client était tenu de payer pour le patron des amendes et des indemnités, de le racheter de la captivité, ainsi que ses enfants, de l'aider à doter ses filles. Le patron doit l'assister en justice, et lui montrer le droit; anciennement même, le client étant incapable d'ester en justice, le patron le représentait. L'homicide

(1) Mommsen, t. VI, p. 59 s. *Römische Forschungen. Das Römische Gastrecht und die Clientel.* 1859. — Lange, t. I, §§ 42-43. — Jhering, t. I, § 19. — Voigt, *Die Zwölf Tafeln*, §§ 155-156 (Indications bibliographiques). *Ueber Clientel und Libertinität*, dans les mémoires de l'Académie des sciences de Saxe. 1878. — Willems, p. 26-30, 107-114. — Carle, *Origini*, p. 46, 346.

(2) Ci-dessus, § 2, 6.

(3) Voigt, *Die Leges regiae*, § 4.

du patron par le client, du client par le patron, était un parricide.

Cette relation pouvait se fonder aussi par une convention qui portait le nom de *applicatio*, attachement. Il est probable que lorsqu'un étranger s'établissait à Rome d'une façon permanente, l'*hospitium* ne suffisant plus, c'est à l'*applicatio* qu'il avait recours pour s'assurer une protection légale. Le *jus applicationis* était, du temps de Cicéron, obscur et mal connu.

Denis, 2, 10 : Ἦν δὲ τὰ ὑπ' ἐκείνου (Ῥωμύλου) τότε ὀρισθέντα, ἔθη περὶ τὰς πατρωνείας τοιαύδε · τοὺς μὲν πατρικίους ἔδει τοῖς ἑαυτῶν πελάταις ἐξηγεῖσθαι τὰ δίκαια, δίκας τε ὑπὲρ τῶν πελατῶν ἀδικουμένων λαγχάνειν, καὶ τοῖς ἐγκαλοῦσιν ὑπέχειν · τοὺς δὲ πελάτας ἔδει τοῖς ἑαυτῶν προσταταῖς θυγατέρας τε συνεκδίδοσθαι γαμουμένας, εἰ σπανίζοιεν οἱ πατέρες χρημάτων, καὶ λύτρα καταβάλλειν πολεμίους, εἴ τις αὐτῶν ἢ παιδῶν αἰχμάλωτος γένοιτο · δίκας τε ἀλόντων ιδίας ἢ ζημίας ὀφλόντων δημοσίας ἀργυρικὸν ἐχούσας τίμημα ἐκ τῶν ιδίων λύεσθαι χρημάτων. Κοινῇ δ' ἀμφοτέροις οὔτε ὅσιον οὔτε θέμις ἦν, κατηγορεῖν ἀλλήλων ἐπὶ δίκας ἢ καταμαρτυρεῖν ἢ ψῆφον, ἐναντιᾶν ἐπιφέρειν. Εἰ δέ τις ἐξελεγχθείη τούτων τι διαπραττόμενος, ἔνοχος ἦν τῷ νόμῳ τῆς προδοσίας, ὃν ἐκύρωσεν ὁ Ῥωμύλος, τὸν δὲ ἀλόντα τῷ βουλομένῳ κτείνειν ὅσιον ἦν ὡς θῦμα τοῦ καταχθονίου Διός.

Servius, sur l'*Énéide*, 6, 609 : « Fraus innexa clienti ». Ex lege XII tabularum venit, in quibus scriptum est : PATRONUS, SI CLIENTI FRAUDEM FAXIT, SACER ESTO. Si enim clientes quasi colentes sunt, patroni quasi patres, tantundem est clientem quantum filium fallere. — Caton, dans Aulugelle, 5, 13 : Quod majores sanctius habuere, defendi pupillos, quam clientem non fallere. Adversus cognatos pro cliente testatur, testimonium adversus clientem nemo dicit... Sabinus, *ibid.* : In officiis apud majores ita observatum est, primum tutelæ, deinde hospiti, deinde clienti, tum cognato,

postea adfini. César, *Discours pour les Bithyniens*, *ibid.* : Neque clientes sine summa infamia deseri possunt. — Cicéron, *De oratore* 1, 39 : Quid? quod item in centumvirali iudicio certatum esse accepimus, qui Romam in exilium venisset, cui Romæ exulare jus esset, si se ad aliquem quasi patronum applicavisset intestatoque esset mortuus, nonne in ea causa jus applicationis, obscurum sane et ignotum, patefactum in iudicio atque illustratum est a patrono?

81. — La clientèle avec ses devoirs réciproques, et surtout avec ceux qui incombaient aux clients, a servi de modèle aux relations de puissance protectrice d'une part, de services et de respect de l'autre, qui prenaient naissance par l'affranchissement d'un esclave et remplaçaient son ancienne servitude (1).

L'esclave affranchi (2) restait vis-à-vis de son maître, maintenant son patron, auquel il devait son existence comme personne, comme sujet de droit, dans une situation de dépendance, de reconnaissance et de piété, ressemblant à celle des enfants vis-à-vis de leurs parents.

Les droits du patron sont multiples. Il a un droit de succession *ab intestat* avec légitime (3) et de tutelle (4);

(1) Le meilleur traité du droit de patronat est la partie afférente du grand commentaire sur les Pandectes de Glück, continué, en cette matière, par Leist. 1870-1879.

(2) Peut-être l'affranchi était-il encore, au temps de la loi *Cincia*, légalement appelé *servus*; il est en tout cas plus près de son ancienne servitude que de la liberté complète. — Paul, *Fragm. Vat.*, 307 : Verbis « si quis a servis suis » liberti continentur.

(3) Schmidt, *Das Pflichttheilsrecht des Patrons und des Parens manumissor*. 1868. — *Traité des successions*, § 35. — Lenel, §§ 150-153, 159-160.

(4) Ci-dessous, § 26, § 31.

un droit à l'*obsequium*, manifesté de façons diverses, et dont la violation donnait lieu à un châtiment rigoureux et à l'accusation d'ingratitude, qui pouvait avoir des suites fort graves ; il a droit à des services (1), à divers dons et présents. Le patron participe à la fortune, au gain de l'affranchi, de telle sorte qu'il se forme entre eux une association, qui a pu contribuer, comme la communauté entre frères, au développement du contrat de société (2). Enfin le patron indigent a contre son client l'exception de compétence et une créance alimentaire.

Le patron, de son côté, doit aussi des aliments à l'affranchi. Le devoir de piété est, en une certaine mesure, réciproque. Le patron qui le viole s'expose à la perte du patronat.

Il peut, en droit nouveau, renoncer au patronat ; il y renonce, entre autres, lorsqu'il consent à la *restitutio natalium* de l'affranchi, fiction au moyen de laquelle celui-ci est réputé désormais de naissance libre.

Il paraît qu'à une certaine époque, les patrons exploitaient les affranchis, considérés par eux comme instruments de gain, dans une mesure qui fut reconnue abusive (3). Un préteur Rutilius, peut-être cet illustre préteur de l'an 118 avant notre ère, auquel sont dues diverses autres innovations utiles (4), régla les relations

(1) H. Brocher, *De operis libertorum*. 1864. — Lenel, § 140.

(2) Leist, *Zur Geschichte der Römischen Societas*. 1881.

(3) Cicéron dit que les anciens commandaient à leurs affranchis à peu près comme à leurs esclaves : Quibus (libertis suis) illi (maiores nostri) quidem non multo secus ac servis imperabant. *Ad Quintum fratrem*, 1, 4, 13.

(4) *Introduction historique*, § 56 et § 93.

pécuniaires entre patrons et clients d'une façon plus équitable, et ses successeurs continuèrent dans la même voie, secondés en cela par les jurisconsultes. Mais une nouvelle réaction s'opéra sous l'empire, amenée par des fautes des affranchis, qui sont attestées, entre autres, par une constitution de l'empereur Commode.

Les devoirs dus au patron le sont aussi à ses enfants, et les enfants de l'affranchi les doivent encore. L'héritier, comme tel, ne les doit pas.

L'affranchi appartient à la commune d'origine du patron, dont il prend le nom gentilice.

Tit. 37, 14 *De jure patronatus* ; 15 *De obsequiis parentibus et patronis præstandis* ; 38, 1 *De operis libertorum* ; 2 *De bonis libertorum* ; 3 *De libertis universitatum* ; 4 *De libertis assignandis* ; 5 *Si quid in fraudem patroni factum sit*. Tit. C. 6, 3 *De operis libertorum* ; 4 *De bonis libertorum et de jure patronatus* ; 5 *Si in fraudem patroni alienatio facta est* ; 6 *De obsequiis patronis præstandis* ; 7 *De libertis et eorum liberis*.

Ulpien, L. 9 *De obsequiis* : Liberto et filio semper honesta et sancta persona patris ac patroni videri debet. — Le même, L. 9 § 3 *De officio proconsulis* 1, 16 : De plano proconsul potest expedire hæc : ut obsequium parentibus et patronis liberisque patronorum exhiberi jubeat, ... et libertum non obsequentem emendare aut verbis aut fustium castigatione. — L. 4 § 16 *De doli mali et motus exceptione* 44, 4. — Ulpien, L. 7 § 2 *De injuriis* 47, 10 : ... Levem coercionem utique patrono adversus libertum dabimus, nec patetur eum prætor querentem quasi injuriam passus sit, nisi atrocitas eum moverit : nec enim ferre prætor debet heri servum, hodie liberum conquerentem quod dominus ei convicium dixerit vel

quod leviter pulsaverit vel emendaverit. Sed si flagris, si verberibus, si vulneravit non mediocriter, æquissimum erit prætorem ei subvenire. — L. 11 § 7, même titre.

Alexandre, L. 4 C. *De obsequiis* (224). — Théodose et Valentinien, L. 4 C. *De libertis* : Libertinæ condicionis homines vel eorum filii si militantes docebuntur ingrati, ad servitutis nexum procul dubio reducentur (426).

Ulpian, 29, 1 : Civis Romani liberti hereditatem lex XII tabularum patrono defert, si intestato sine suo herede libertus decesserit. — Paul, 2, 32 : Egentem patronum libertus obligatione doni, muneris et operarum solutus alere cogendus est pro modo facultatum suarum.

Paul, L. 1 *De operis libertorum* : Operæ sunt diurnum officium. — Ulpian, L. 2, même titre : Hoc edictum prætor proponit coartandæ persecutionis libertatis causa impositorum : animadvertit enim rem istam ultra excrevisse, ut premeret atque oneraret libertinas personas. § 1. Initio igitur prætor pollicetur se iudicium operarum daturum in libertos et libertas. — Gaius, L. 22 pr., même titre : Cum patronus operas stipulatus sit, tunc scilicet committitur stipulatio, cum poposcerit nec libertus præstiterit. Nec interest, adjecta sint hæc verba « cum poposcero », annon sint adjecta : aliud enim est de operis, aliud de ceteris rebus. Cum enim operarum editio nihil aliud sit quam officii præstatio, absurdum est credere alio die deberi officium, quam quo is vellet, cui præstandum est. — Ulpian, L. 26 § 12 *De C. I.* 12, 6 : Libertus cum se putaret operas patrono debere, solvit. Condicere eum non posse, quamvis putans se obligatum solvit, Julianus libro X. Digestorum scripsit : natura enim operas patrono libertus debet. Sed et si non operæ patrono sint solutæ, sed, cum officium ab eo desideraretur, cum patrono decedit pecunia et solvit, repetere non potest... — Le

même, L. 7 § 2 *De operis libertorum* : Jurare autem debet post manumissionem, ut obligetur : et sive statim sive post tempus juraverit, obligatur. § 3. Jurare autem debet operam, donum, munus se præstaturum, operas qualescumque, quæ modo probe, jure licito imponuntur.

Sur le sens des mots *donum* et *munus*, voyez L. 53 pr., L. 194, L. 214 *De V. S.* 50, 16.

Sur la *natalium restitutio* : Tit. D. 40, 11 *De natalibus restituendis*. Tit. C. 6, 7 *De jure aureorum annulorum et de natalibus restituendis*. — Modestin, L. 5 *De natalibus* : Patrono consentiente debet libertus ab imperatore natalibus restitui : jus enim patroni hoc impetrato amittitur. § 1. Libertinus, qui natalibus restitutus est, perinde habetur, atque si ingenuus factus (natus ?) medio tempore maculam servitutis non sustinuisset.

Ulpian, L. 1 *De bonis libertorum* : Hoc edictum a prætore propositum est honoris, quem liberti patronis habere debent, moderandi gratia. Namque, ut Servius scribit, antea soliti fuerunt a libertis durissimas res exigere, scilicet ad remunerandum tam grande beneficium, quod in liberos confertur, cum ex servitute ad civitatem Romanam perducuntur. § 1. Et quidem primus prætor Rutilius edixit se non amplius daturum patrono quam operarum et societatis actionem, videlicet si hoc pepigisset, ut, nisi ei obsequium præstaret libertus, in societatem admitteretur patronus. § 2. Posteriores prætores certæ partis bonorum possessionem pollicebantur : videlicet enim imago societatis induxit ejusdem partis præstationem, ut, quod vivus solebat (nolebant ?) societatis nomine præstare, id post mortem præstaret. (præstarent ?)

Le même, L. 1 *De jure patronatus* : Patronorum querelas adversus liberos præses audire et non translatie exequi

debent, cum, si ingratus libertus sit, non impune ferre eum oporteat. Sed si quidem inofficiosus patrono patronæ librisve eorum sit, tantum modo castigari eum sub comminatione aliqua severitatis non defuturæ, si rursus causam querelæ præbuerit, et dimitti oportet. Enimvero si contumeliam fecit aut convicium eis dixit, etiam in exilium temporale dari debet : quodsi manus intulit, in metallum dandus erit : idem et si calumniam aliquam eis instruxit vel delatorem subornavit vel quam causam adversus eos temptavit. — L. 7 § 1, même titre. — Modestin, L. 6 § 1 *De agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis* 25, 3 : Imperatoris Commodi constitutio talis profertur : « Cum probatum sit contumeliis patronos a libertis esse violatos vel illata manu (vi) atroci esse pulsatos aut etiam paupertate vel corporis valetudine laborantes relictos, primum eos in potestate patronorum redigi et ministerium dominis præbere cogi ; sin autem nec hoc modo admoneantur, vel a præside emptori addicentur et pretium patronis tribuetur ».

Paul, L. 8 *De obsequiis* : Heres liberti omnia jura integra extranei hominis adversus patronum defuncti habet.

Ulpien, L. 27 pr. *Ad municipalem et de incolis* 50, 1 : Ejus qui manumisit municeps est manumissus, non domicilium ejus, sed patriam secutus. Et si patronum habeat duarum civitatum municipem, per manumissionem earundem civitatum erit municeps.

82. — Une action analogue au *liberale judicium* est donnée à l'ingénu qui est prétendu affranchi, pour faire prononcer *se libertum non esse* ou *se ingenuum esse*, et au patron dont l'affranchi nie sa qualité, pour faire pro-

noncer *eum libertum esse* (1). Le patron a aussi un interdit *de liberto exhibendo* (2).

Tit. D. 40, 14 *Si ingenuus esse dicetur*. — § 13, I, cité au § 22. — Ulpien, L. 6 *Si ingenuus* : Quotiens de hoc contenditur, an quis libertus sit, sive operæ petantur sive obsequium desideretur sive etiam famosa actio intendatur sive in jus vocetur qui se patronum dicit sive nulla causa interveniat, redditur præjudicium. Sed et quotiens quis libertinum quidem se confitetur, libertum autem Gaii Seii se negat, idem præjudicium datur. Redditur autem alterutro desiderante. Sed actoris partibus semper qui se patronum dicit fungitur probareque libertum suum necesse habet aut, si non probet, vincitur. — Ulpien, L. 14 *De probationibus et præsumptionibus* 22, 3. — Paul, L. 2 § 1 *De interdictis* 43, 1 : (Competit interdictum) juris sui tuendi causa de liberis exhibendis, item de liberto exhibendo.

83. — L'affranchi *ex mancipio* est soumis au quasi-patronat du *manumissor*. Le quasi-patron a droit à des services et il succède *ab intestat*.

On a vu que le fils de famille que son père a vendu, retombe, lorsqu'il est affranchi, sous la puissance paternelle, mais seulement jusqu'à la troisième mancipation (3).

(1) Lenel, § 141.

(2) Lenel, § 263.

(3) *Suprà*, § 8, 22, § 11, 33.

CHAPITRE V

TUTELLES ET CURATELLES

Ut enim tutela, sic procuratio rei publicæ
ad utilitatem eorum qui commissi sunt, non
ad eorum quibus commissa est, gerenda est.

CICÉRON, *De officiis* 1, 85.

CHAPITRE V

TUTELLES ET CURATELLES ⁽¹⁾

§ 25. — Notions générales.

84. Garde ou protection des personnes *sui juris* incapables ou incomplètement capables. — 85. Diverses tutelles et curatelles.

84. — Les personnes *sui juris* qui sont hors d'état de se conduire elles-mêmes, ou du moins de se conduire avec la prudence et le discernement nécessaires, sont pourvues de gardiens ou de protecteurs qui prennent soin d'elles et de leurs biens, les représentent ou les assistent, et suppléent à ce qui leur manque. Ces per-

(1) La meilleure monographie sur la tutelle est toujours : Rudorff, *Das Recht der Vormundschaft, aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt*. 1832-1834. — Ch. Le Fort, *Essai historique sur la tutelle en droit romain*. 1850. — Voigt, *Die XII Tafeln*, §§ 110-113, 163-165. — Lange, t. I, § 41. — Pernice, *Labeo*, t. I, p. 184-196. — Buhl, *Salvius Julianus*, §§ 27-30. — Carle, *Origini del diritto romano*, p. 542-549. — Gérardin, *La tutelle et la curatelle dans l'ancien droit romain. Nouvelle revue historique*, 1889. — Labbé, *De la tutelle*. Appendice au t. II de la *Législation romaine* d'Ortolan. 1883-1884.

sonnes sont les enfants, *pupilli* (1), les adolescents et jeunes adultes, les femmes, les fous et idiots (*furiosi, dementes*), les prodigues, certains infirmes (*debiles*). La garde ou protection s'appelle tantôt tutelle (*jus tuendi*), et tantôt curatelle (*cura, curatio*) (2).

La tutelle de l'impubère, de la fille nubile et de la veuve était confiée par la loi des Douze Tables, et déjà sans doute par la coutume antérieure, aux agnats et à leur défaut aux gentils ; il fut aussi permis au père de famille de donner un tuteur par testament, et cette tutelle testamentaire eut, comme l'hérédité testamentaire, la préférence sur la légitime (3). La loi appelait également les agnats et les gentils à la curatelle du furieux et du prodigue. Le motif dominant de la protection légale était alors le souci du patrimoine, le désir de le mettre en sûreté dans l'intérêt de la famille, et ceci ressort du texte même de la loi : *tutela suæ rei* (4). Aussi la loi chargeait-elle de cette protection les plus proches

(1) Pomponius, L. 239 pr. *De V. S.* 50, 16 : *Pupillus est qui, cum impubes est, desiit in patris potestate esse aut morte aut emancipatione.* — *Pupillus, pupilla*, diminutifs de *pupus, pupa* (d'où l'on a fait poupée), signifient dans le sens non juridique petit garçon, petite fille. — Bréal et Bailly, au mot *pupus*.

(2) Il n'est question ici que de la curatelle, office public de protection, et non des *curæ bonorum*. Cf. § 34.

(3) La tutelle testamentaire est sans aucun doute de date plus récente que la tutelle agnatique ; elle est déjà consacrée par la loi des Douze Tables, selon le témoignage positif de Gaius et de Paul.

La tutelle légitime du plus proche héritier est une institution commune aux divers peuples indo-européens ; on la trouve chez les Germains, les Scandinaves, les Celtes.

(4) Ci-dessous, § 26, 86-87. *Introduction historique*, § 36, p. 170.

agnats, qui étaient aussi les plus proches héritiers ; la mission qui leur était conférée, tant en raison de leur qualité d'héritiers qu'en raison de leur qualité d'agnats, constituait pour eux un droit ; peut-être y a-t-il là, comme dans l'hérédité nécessaire des *sui*, quelque reste ou souvenir d'une ancienne copropriété de la famille (1) ; c'est, en tout cas, une manifestation de la solidarité ou plutôt de l'unité familiale.

De bonne heure cependant une autre idée s'est fait jour : c'est que la protection du faible est réclamée par l'intérêt public. On l'aperçoit déjà dans la loi des Douze Tables, punissant le tuteur suspect (2). On la voit mieux dans la loi *Atilia*, qui prend soin de ceux qui n'ont ni tuteur testamentaire ni tuteur légitime, et dans la loi *Plætoria*, qui organise la protection du pubère mineur. Elle prévaudra sous l'empire, alors que le préteur créera l'action de tutelle, que la tutelle agnatique disparaîtra, que le mineur obtiendra en vertu de sa minorité même un curateur général, que les tutelles seront dirigées par un magistrat *ad hoc*, et qu'enfin un empereur prononcera ces paroles mémorables : « Je veux qu'il soit manifeste à tous que je m'applique de toute manière à venir en aide aux pupilles, attendu qu'il y va de l'intérêt public ».

C'est désormais pour la personne protégée et en sa

(1) Ci-dessus, § 2, 3.

Le caractère de la tutelle ancienne, droit intéressé du tuteur, se retrouve partout à une certaine époque de civilisation. Ainsi chez les Germains, et au moyen âge. — Sur ce caractère à Rome : Læhr, *Magazin für Philosophie und Geschichte des Rechts*, t. III.

(2) Ci-dessous, § 28, 98.

faveur que la tutelle ou curatelle existe. C'est, en toute cette matière, son intérêt qui doit être pris en considération et exercer l'influence décisive (1). Ceci est surtout vrai du tuteur de l'impubère, tandis que, d'autre part, la curatelle du prodigue a conservé, par la force même des choses, un caractère marqué d'utilité pour les héritiers.

L'office du tuteur envers le pupille était placé, nous dit Aulu-Gelle, immédiatement après celui des enfants envers leurs père et mère. L'ancien droit lucratif est devenu une charge civique, une fonction que l'État impose aux citoyens. L'État exerce sur les tutelles et curatelles une surveillance, qui s'est constamment affermie et développée. Le magistrat avise, tant à la nomination du tuteur qu'à son installation ; il lui fait promettre et fournir caution *rem pupilli salvam fore*, et dresser inventaire ; il autorise les aliénations ; il dépose le tuteur infidèle ou incapable. La juridiction des tutelles fut confiée par Marc-Aurèle à un magistrat spécial, le préteur tutélaire (2).

(1) Les Germains, lors des invasions, apportèrent naturellement avec eux leurs tutelles, avec l'idée ancienne de garde intéressée. Les deux systèmes coexistèrent et réagirent l'un sur l'autre. La tutelle romaine, conservée chez les Burgondes et les Wisigoths durant le moyen âge, pénétra le droit coutumier en nombre de points, sous l'action des légistes, et nous sommes revenus aujourd'hui à l'idée supérieure, dominante en droit justinienéen. — Viollet, p. 448-467.

(2) Suétone, *Claude* 23 : Ut pupillis extra ordinem tutores a consulibus darentur. — Capitolin, *Marc-Aurèle* 10 : Prætorem tutelarem primus fecit, cum antea a consulibus poscerentur, ut diligentius de tutoribus tractaretur. — Paul a écrit *de jurisdictione*

La différence entre la notion de la tutelle et celle de la curatelle n'est pas déterminée bien nettement. Il n'est pas impossible qu'à l'origine, ces deux termes aient été à peu près équivalents ; cependant *tueri* signifie *protéger* et *garder*, tandis que *curare* signifie simplement *prendre soin* (1).

On a fait consister la différence en ceci que les tuteurs protègent non seulement la fortune, mais encore la personne de l'incapable, tandis que les curateurs ont pour seule mission de veiller au patrimoine, ce qu'ils font, soit d'une manière complète, en gérant, soit en donnant simplement leur assentiment à certains actes patrimoniaux (2). Mais les Douze Tables reconnaissent au curateur du furieux une puissance sur la personne comme sur les biens, et ce curateur prend soin de la personne, tandis que d'autre part, la tutelle du sexe a de bonne heure différé considérablement de celle des impubères, tant par sa moindre intensité que par la raison d'être qui lui était attribuée.

tutelari et de officio prætoris tutelariorum ; Ulpien, *de officio prætoris tutelariorum*.

Dans l'empire d'Orient, l'Éclogue (740) donnait à l'Église la haute direction des tutelles ; mais cela paraît n'avoir été que passer.

Aujourd'hui, dans une grande partie de l'Europe, depuis l'ordonnance impériale de 1577, la surveillance de l'État sur les tutelles s'exerce continuellement. L'autorité les dirige d'une manière régulière et permanente (*Obervormundschaft*).

(1) Sur les rapports et différences de la tutelle et de la curatelle, voyez surtout Lœhr, au tome III du *Magazin*. — Vangerow, t. I, § 263. — Bréal et Bailly, aux mots *Tueor* et *Cura*.

(2) Ci-dessous, § 30, 104.

A l'époque classique, la différence consiste essentiellement dans la distinction entre l'assentiment (*consensus*) que le curateur est appelé à donner ou à refuser, et l'autorisation, *interpositio auctoritatis*, qui est propre à la tutelle. Le droit et le pouvoir de compléter (*augere, auctor esse*), au point de vue de la capacité d'action, une personnalité incomplète, insuffisante, appartiennent exclusivement au tuteur (1). Le curateur n'est jamais appelé à interposer son autorité.

On vient de voir qu'entre le tuteur et son pupille il existe un lien personnel d'office de piété. Rien de semblable entre le curateur et la personne sous curatelle.

Les Romains reconnaissaient dans la tutelle, surtout dans celle des impubères, une institution du droit des gens (2).

Tit. I. 4, 13 *De tutelis*, 23 *De curatoribus*. Tit. D. 26, 1 *De tutelis*. — Paul, L. 1 pr. *De tutelis*: Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter ætatem sua sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa. § 1. Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt: itaque appellantur tutores quasi tuitores atque defensores, sicut æditui dicuntur qui ædes tuentur. — Aulu-Gelle, 5, 13. *Suprà*, § 3, 7, p. 31. — Modestin, L. 2 § 2 *Qui petant tutores* 26, 6: Divus Severus Cuspia Rufinio: « Omnem me rationem adhibere subveniendis (subveniendi?) pupillis, cum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo ».

(1) Ci-dessous, § 27, 94. — Bréal et Bailly, au mot *Augeo*.

(2) Sur la tutelle en droit grec: Schulthess, *Vormundschaft nach attischem Recht*. 1886. Hermann, § 56. — Droit germanique, même caractère que la tutelle romaine primitive: Heusler, § 163.

Pr. I. *De excusationibus* 1, 25 :.. Nam et tutelam et curam placuit publicum munus esse. — Hermogénien, L. 1 § 3 *De muneribus* 50, 4 : Illud tenendum est generaliter, personale quidem munus esse, quod corporibus labore (corporis laborem ?) cum sollicitudine animi ac vigilantia sollemniter extitit (exigit ?) ; patrimonii vero, in quo sumptus maxime postulatur. § 4. Æque personale munus est tutela, cura adulti furiosive, item prodigi, muti, etiam ventris, etiam ad exhibendum cibum potum tectum et similia, sed et in bonis (*absentis curator datur* ?), cujus officio usucapiones interpellantur ac, ne debitores liberentur, providetur : item ex Carboniano edicto bonorum possessione petita, si satis non datur, custodiendis bonis curator datus personali fungitur munere. His similes sunt bonis dati curatores, quæ fuerunt ejus, qui ab hostibus captus est et reverti speratur : item custodiendis ab eo relictis, cui necdum quisquam civili vel honorario jure successit, curatores constituti. — Marcien, L. 14 *De testamentaria tutela* 26, 2 : Quia (tutor) personæ, non rei vel causæ datur.

Gaius, 1, 189 : Sed impuberes quidem in tutela esse omnium civitatum jure contingit ; quia id naturali rationi conveniens est, ut is qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela regatur ; nec fere ulla civitas est, in qua non licet parentibus liberis suis impuberibus testamento tutorem dare ; quamvis, ut supra diximus, soli cives Romani videantur liberos suos in potestate habere. 193. Apud peregrinos non similiter ut apud nos in tutela sunt feminæ ; sed tamen plerumque quasi in tutela sunt ; ut ecce lex Bithynorum, si quid mulier contrahat, maritum auctorem esse jubet aut filium ejus puberem.

85. — La loi des Douze Tables mentionne quatre tu-

telles et curatelles : la tutelle des impubères et celle des femmes (filles ou veuves), la curatelle des furieux et celle des prodigues. La curatelle des mineurs date probablement de la loi *Plætoria*, mais nous ne connaissons à son sujet que des dispositions de droit honoraire. D'autres curatelles sont d'origine plus récente, d'un caractère spécial et de moindre importance.

Il y a diverses autres distinctions et divisions (1). Les Prudents ont établi des classifications d'après divers systèmes. Les curateurs sont honoraires ou légitimes. Le tuteur est testamentaire (ou datif), légitime, atilien, optif. Il est encore ou légitime ou *alterius generis*. Il y a des tuteurs honoraires, des tuteurs gérants, des tuteurs spéciaux.

Gaius, I, 188 : Ex his apparet quot sint species tutelarum. Si vero quæramus in quot genera hæ species diducantur, longa erit disputatio : nam de ea re valde veteres dubitaverunt, nosque diligentius hunc tractatum executi sumus et in Edicti interpretatione et in his libris quos ex Qu. Mucio fecimus. Hoc tantisper sufficit admonuisse, quod quidam quinque genera esse dixerunt, ut Qu. Mucius ; alii tria, ut Serv. Sulpicius ; alii duo, ut Labeo ; alii tot genera esse crediderunt, quot etiam species essent.

Ulpien, 12, 1 : Curatores aut legitimi sunt, id est qui ex lege XII tabularum dantur, aut honorarii, id est qui a præ-tore constituuntur. 2-4.

(1) Ci-dessous, § 26, 86-88 ; § 27, 96 ; § 31, 108.

SECTION I. — *La tutelle des impubères et la curatelle des pubères mineurs.*

§ 26. — Qui est tuteur.

86. Le tuteur datif ou testamentaire. — 87. Le tuteur légitime. — 88. Le tuteur atilien (aussi dit datif). — 89. Incapacités. — 90. Excusations. — 91. *Potioris nominatio*. — 92. Le curateur du pupille ; le *tutor prætorius* ; autres tuteurs extraordinaires ou temporaires.

86. — Le père de famille, en vertu de sa puissance paternelle, peut donner par disposition de dernière volonté un ou plusieurs tuteurs à son enfant impubère ; les Douze Tables lui reconnaissent expressément le droit de dire ou de faire la loi touchant sa *familia pecuniaria*, la *pecunia tutelave suæ rei* (1), et ceci embrasse la sphère entière où il est souverain (2). Le tuteur ainsi donné s'appelait tuteur datif ; les modernes l'appellent plutôt tuteur testamentaire, réservant le nom de datif au tuteur atilien (3).

(1) La première teneur est donnée par Cicéron et par l'auteur *ad Herennium*. La seconde par Gaius, Pomponius, Ulpien, Paul. — Même droit de nomination de tuteur en Grèce. Chez les peuples germaniques et scandinaves, où le testament est inconnu, il est évident que la tutelle dative l'est aussi.

(2) *Traité des successions*, § 4, § 16. Ci-dessus, § 1, 1.

(3) Ci-dessous, 88. — La tutelle testamentaire, toujours usitée dans les pays français de droit écrit, avait été admise dans plusieurs provinces coutumières, et y primait les autres tutelles, généralement avec confirmation par le juge. On la repoussait ailleurs. Le Code Napoléon l'a sanctionnée, dans la mesure indiquée aux articles 397-401.

La nomination avait lieu par testament, et à l'origine en termes impératifs et en langue latine ; on se relâcha de cette rigueur, comme de tant d'autres, sous l'empire. Celui qui est nommé, s'il satisfait aux conditions prescrites, est tuteur de plein droit aussitôt que, la succession étant acquise, on est assuré que le testament ne sera pas destitué (1). Mais il pouvait, encore à l'époque classique, refuser la tutelle, ainsi qu'on refuse un legs, *abdicare, nolle tutorem esse* ; Ulpien constate cette faculté, dont le droit nouveau ne fait plus mention. Sous l'empire, la dation de tuteur avait aussi lieu par codicille confirmé (2).

Elle doit porter sur la tutelle en général comme complément de la personnalité du pupille ; une nomination qui ne viserait qu'une seule affaire serait sans valeur ; et c'est ce qu'exprime la règle : *tutor personæ, non causæ vel rei, datur*. Toutefois, le tuteur peut être nommé pour un ensemble d'affaires, pour une branche de l'administration patrimoniale (3).

La dation n'appartient qu'au père de famille. Cependant, sous les empereurs, lorsqu'un tuteur était désigné dans le testament ou le codicille d'un père sans puissance, ou de la mère, ou même d'un oncle, le magistrat confirmait cette nomination après enquête, et même sans enquête. Il confirmait aussi la dation faite par le père de famille d'une manière incorrecte (4).

(1) *Traité des successions*, § 86 et § 71.

(2) *Traité des successions*, § 77.

(3) Comparez ci-dessous, § 27, 96. *Tutela divisa*.

(4) Dans l'ancien droit français, la confirmation du tuteur tes-

Tit. *De testamentaria tutela* 26, 2; C. 5, 28. *De confirmando tutore vel curatore* 26, 3; C. 5, 29.

Cicéron : *De inventione* 2, 50 : ... Lex : PATERFAMILIAS UTI SUPER FAMILIA PECUNIAQUE SUA LEGASSIT, ITA JUS ESTO. — *Ad Herennium*, 1, 13. — Gaius, 2, 224. — Pomponius, L. 120 *De V. S.* 50, 16. — Paul, L. 53 pr., même titre. — Ulpien, 11, 14 : Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege XII tabularum his verbis : UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUÆ REI, ITA JUS ESTO : qui tutores dativi appellantur.

Gaius, L. 1 pr. *De testamentaria tutela* : Lege XII tabularum permissum est parentibus liberis suis sive feminini sive masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores testamento dare. — Paul, L. 20 § 1, même titre : Testamento quemlibet possumus tutorem dare, sive is prætor sive consul sit, quia lex XII tabularum id confirmat. — Gaius, 1, 144 : Permissum est itaque parentibus, liberis, quos in potestate sua habent, testamento tutores dare : masculini quidem sexus impuberibus, feminini vero impuberibus puberibusque, vel cum nuptæ sint. 146. Nepotibus autem neptibusque ita demum possumus testamento tutores dare, si post mortem nostram in patris sui potestatem recasuri non sint... 149. Rectissime autem tutor sic dari potest : LUCIUM TITIUM LIBERIS MEIS TUTOREM DO.... Sed et si ita scriptum sit : LIBERIS MEIS... TITIUS TUTOR ESTO, recte datus intellegitur. 154. Vocantur autem hi, qui nominatim testamento tutores dantur, dativi... — 2, 231 : Nostri præceptores nec tutorem eo loco (sc. ante heredis institutionem) dari posse existimant ; sed Labeo et Proculus tutorem posse dari, quod nihil ex hereditate erogatur tutoris datione. — Ulpien, L. 3 *De testamen-*

tamentaire était requise généralement ; de même dans l'empire romain d'Allemagne en vertu des ordonnances de 1548 et de 1577.

taria tutela. — Modestin, L. 1 § 1 *De confirmando tutore*. — Neratius, L. 2, même titre : Mulier liberis non recte testamento tutorem dat : sed si dederit, decreto prætoris vel proconsulis ex inquisitione confirmabitur nec satisdabit pupillo rem salvam fore. — Julien, L. 3, même titre : Qui a patre tutor scriptus est aut non justo testamento aut non ut lege præcipiebatur, confirmandus est ad tutelam gerendam perinde ac si ex testamento tutor esset, id est ut satisdatio ei remittatur. — Quintus Mucius Scévola, L. 73 § 1 *De R. J.* 50, 17 : Nemo potest tutorem dare cuicumque nisi ei, quem in suis heredibus cum moritur, habuit, habiturusve esset si vixisset. — Ulpien, 11, 17. Ci-dessous § 28, 98.

§ 5, I. *De tutelis* 1, 13 : Sed si emancipato filio tutor a patre testamento datus fuerit, confirmandus est ex sententia præsidis omni modo, id est sine inquisitione. — Paul, L. 7 *De testamentaria tutela* : Tutores non ab herede, sed a testatore protinus proficiscuntur, simul atque aliquis heres exstiterit : nam et ipse heres tutor dari potest et post mortem heredis tutor recte dari potest.

Ulpien, Pomponius et Marcien, L. 12-14, même titre : Certarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest nec deductis rebus ; et si datus fuerit, tota datio nihil valebit, quia personæ, non rei vel causæ datur. — Ulpien, L. 15, même titre : Si tamen tutor detur rei Africanæ vel rei Syriacæ, utilis datio est : hoc enim jure utimur.

Pomponius, L. 9, même titre : Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his quæ testamento scripta sunt : si vero unus ex pluribus adierit, tutelæ statim valent nec expectandum erit, ut omnes hereditatem adeant.

87. — A défaut de tuteur testamentaire, les Douze Tables déféraient la tutelle à l'agnat le plus proche, hé-

ritier légitime du pupille ; plusieurs agnats au même degré étaient tuteurs et héritiers au même titre et tous ensemble (1). A défaut d'agnats, les gentils étaient tuteurs et héritiers. On ignore comment se réalisait leur droit à la tutelle, qui a dû perdre une grande partie de son importance en suite de la loi *Atilia* (2).

L'évolution, qui d'agnatique a rendu l'hérédité cognatique, s'est opérée aussi pour la tutelle, mais plus lentement et uniquement par le droit civil impérial. Quand Anastase admit à la tutelle, en 498, le frère émancipé, Théodose et Arcadius y avaient appelé, déjà depuis plus d'un siècle, à défaut d'agnat la mère (390), ce que Justinien confirma en 530. Dans le dernier état du

(1) La règle *In legitimis hereditatibus successio non est* (*Traité des successions*, § 23, p. 143, 147) ne doit pas avoir eu pour corollaire *in legitimis tutelis successionem non esse*. La tutelle ne pouvait suivre constamment la *familia* ; elle s'en séparait notamment lorsque l'héritier légitime était du sexe féminin.

La tutelle légitime fut abolie sous l'empereur Claude, en ce qui concerne les enfants du sexe féminin, en même temps que sur les femmes et filles nubiles. Gaius, 1, 157. Ci-dessous, § 31, 109. Constantin la rétablit par un édit de 326 : *In feminis tutelam legitimam consanguineus patruus non recuset*. L. 3 C. Théod. *De tutoribus* 3, 17. Ce que Léon confirma en 472, L. 3 C. *De legitima tutela* 5, 30. — Bruns, *Syrisch-ræmisches Rechtsbuch*, p. 185. —

Il est important de constater qu'en droit grec la tutelle légitime est agnatique, alors que l'hérédité légitime des ἀγχιστεῖς est cognatique.

Voigt, *Die Zwölf Tafeln*, § 112. — Leist, *Rechtsgeschichte*, § 15, § 17.

(2) Le droit des gentils n'a pas été supprimé par la loi *Atilia* : on le trouve encore dans les dernières années avant l'ère chrétienne. Éloge funèbre de Turia, ci-dessous, § 31, 107.

droit, selon la novelle 118, de l'an 543, le plus proche cognat capable est tuteur (1) ; la mère même et la grand'mère le sont, ainsi qu'il sera dit plus loin (2).

Le patron et ses fils sont tuteurs légitimes de l'affranchi. De même le quasi-patron, *manumissor ex mancipio*, et ses fils ; en cas de mancipation fiduciaire (3), la tutelle est dite elle-même fiduciaire. Le père qui a émancipé son enfant impubère, *parens manumissor*, en est le tuteur légitime ; et lui mort, ses fils le sont (4).

Les Institutes de Justinien, consacrant la tutelle légitime des *liberi virilis sexus* du patron et du *parens manumissor*, lui donnent le nom de tutelle fiduciaire, employant ainsi ce mot, comme l'avait fait d'ailleurs déjà Modestin, dans un sens nouveau et, semble-t-il, peu approprié.

La tutelle testamentaire prime la tutelle légitime, bien que celle-ci l'ait évidemment précédée en date, conformément à l'antique constitution de la famille (5).

Ces tutelles s'excluent l'une l'autre absolument, de même que l'hérédité testamentaire exclut l'hérédité

(1) *Traité des successions*, § 26.

La tutelle légitime s'est maintenue en France (Viollet, p. 459 s.), tandis qu'elle a disparu dans le droit postjustinien de l'empire d'Orient, où toute tutelle est une fonction conférée par l'autorité. — Zachariæ, § 27. — L'ordonnance impériale de 1548, suivie de celle de 1577, a rendu nécessaire pour toutes les tutelles un décret de l'autorité.

(2) Ci-dessous, 89.

(3) Ci-dessus, § 24, 83.

(4) Ci-dessus, § 11, 33.

(5) Ci-dessus, § 2, 5-6.

légitime (1). Si donc la tutelle testamentaire est subordonnée à une condition, la tutelle légitime ne sera déferée que lorsque la condition aura défailli ; s'il y a un terme initial, il n'y a pas de tuteur légitime pour l'entretemps, et le magistrat nomme un tuteur intérimaire.

Tit. D. *De legitimis tutoribus* 26, 4. Tit. C. *De legitima tutela* 5, 30. Tit. I. 1, 15 *De legitima agnatorum tutela* ; 17 *De legitima patronorum tutela* ; 18 *De legitima parentum tutela* ; 19 *De fiduciaria tutela*.

Cicéron, *De inventione*, 2, 50 : Et lex : SI PATER FAMILIAS INTESTATO MORITUR, FAMILIA PECUNIAQUE EJUS AGNATUM GENTILIUMQUE ESTO. — Douze Tables, 4, 2, d'après Voigt, t. I, p. 703-704 : SI INTESTATO MORITUR, CUI SUUS HERES NEC ESCIT, ADGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO. SI ADGNATUS NEC ESCIT, GENTILES FAMILIAM HABENTO. — 6, 2, p. 713 : Si intestato moritur, orbi orbæque viduæque adgnati tutores sunt. Si adgnatus nec escit, gentilis tutor esto (Voigt, § 112). — Q. Mucius Scaevola (libro singulari ὁρων), L. 73 pr. *De R. J.* 50, 17 : Quo tutela re-dit, eo et hereditas pervenit, nisi cum feminæ heredes intercedunt. — Ulpien, 11, 3. — Le même, L. 1 pr. *De legitimis tutoribus* : Legitimæ tutelæ lege XII tabularum adgnatis delatæ sunt et consanguineis, item patronis, id est his, qui ad legitimam hereditatem admitti possint : hoc summa providentia, ut qui sperarent hanc successionem, idem tuerentur bona, ne dilapidarentur. § 1. Interdum alibi est hereditas, alibi tutela, ut puta si sit consanguinea pupillo : nam hereditas quidem ad adgnatam pertinet, tutela autem ad adgnatum. Item in libertinis, si sit patrona et patroni filius : nam tutelam patroni filius, hereditatem patrona obtinebit. —

(1) *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.*
— *Traité des successions*, § 4.

Gaius, 1, 155: Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi. 164. Cum autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum qui proximo gradu sunt. — Dioclétien et Maximien, L. 1 C. *De legitima tutela* (290): Ad avunculos nec masculorum tutelæ ex lege XII tabularum deferuntur, cum solum patruis, si non excusaverint, id jus tributum sit. — Anastase, L. 4, même titre. — Valentinien, Théodose, Arcadius, L. 2 C. *Quando mulier tutelæ officio fungi potest* 5, 35. *Infrà*, 89. — Justinien, L. 3, même titre.

Justinien, nouvelle 118, ch. 5: ... Sancimus..., ut unusquisque eo gradu et ordine, quo ad hereditatem vel solus, vel cum aliis vocatur, etiam munus tutelæ suscipiat, neque ulla differentia neque hac in parte ex jure agnationis aut cognationis introducatur, sed omnibus similiter ad tutelam vocentur, cum ii, qui per masculos, tum ii qui per feminas impuberibus junguntur... (543).

Ulpien, L. 11 *De testamentaria tutela*: Si quis sub conditione vel ex die tutorem dedit, medio tempore alius tutor dandus est, quamvis legitimum tutorem pupillus habeat: sciendum est enim, quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare. § 1. Et si semel ad testamentarium devoluta fuerit tutela, deinde excusatus sit tutor testamentarius, adhuc dicimus in locum excusati dandum, non ad legitimum tutorem redire tutelam. — Le même, L. 9 § 1 *De tutelæ et rationibus* 27, 3: ... Semper legitima tutela testamentariæ cedit.

Gaius I, 165: Ex eadem lege XII tabularum libertarum et impuberum libertorum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet: quæ et ipsa tutela legitima vocatur, non quia nominatim ea lege de hac tutela cavetur, sed quia proinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis in-

troducta esset : eo enim ipso, quod hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, jusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, quia et agnatos quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse jusserat. — Tit. I. *De legitima patronorum tutela* : ... Et quia plerumque, ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelæ onus esse debet. Ideo autem diximus plerumque, quia, si a femina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur, cum alius est tutor. — Ulpian, L. 3 pr. *De legitimis tutoribus* : Tutela legitima, quæ patronis defertur e lege XII tabularum, non quidem specialiter vel nominatim delata (data?) est, sed per consequentias hereditatum, quæ ex ipsa lege patronis datæ sunt. § 1. Ergo manumissor ex lege XII tabularum tutor est, sive sponte manumisit, sive etiam compulsus ex causa fideicommissi manumisit.

Ulpian, 11, 5 : Qui liberum caput mancipatum sibi vel a parente vel a coemptionatore manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur, qui fiduciarius tutor appellatur. — Gaius, 1, 166 : Exemplo patronorum receptæ [sunt et aliæ tutelæ, quæ et ipsæ legitimæ vocantur. Nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio, et deinceps, alteri ea lege mancipio dedit, ut sibi remanciparetur, deinde remancipatum remancipatamve manumisit, legitimus eorum tutor erit.] Sunt et aliæ tutelæ, quæ fiduciariæ vocantur, id est quæ ideo nobis competunt, quia liberum caput mancipatum nobis vel a parente vel a coemptionatore manumisimus. — Tit. I. *De legitima parentum tutela* : Exemplo patronorum recepta est et alia tutela, quæ et ipsa legitima vocatur. Nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio, et deinceps, impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit. — Ulpian, L. 3 § 10 *De legitimis tutoribus* :

Si parens filium vel filiam, vel nepotem vel neptem, vel deinceps, impuberes, quos in potestate habeat, emancipet, vicem legitimi tutoris sustinet. — Modestin, L. 4, même titre : Quo defuncto si liberi perfectæ ætatis existant, fiduciarii tutores fratris vel sororis efficiuntur. — Pr. I. *De fiduciaria tutela*.

88. — En vertu de la loi *Atilia*, antérieure à l'an 488 avant notre ère (1), le préteur urbain, assisté d'un conseil composé de la majeure partie des tribuns de la plèbe, donne à l'impubère qui n'a ni tuteur testamentaire ni tuteur légitime, un tuteur que les Romains appelaient tuteur atilien et que les modernes préfèrent appeler tuteur datif (2). La même attribution appartient dans les provinces, d'après la loi *Julia et Titia* (3), aux gouverneurs ; dans les municipes aux duumvirs assistés des deux tiers des décurions. Sous les empereurs divers magistrats en furent chargés, notamment le préteur tutélaire (4) et les présidents de province (5).

La mère de l'impubère, puis ses autres parents suc-

(1) Sur la loi *Atilia* : Dirksen, *Vermischte Schriften*, t. I. 1841.

(2) Ci-dessus, 86. — Règle française, Loisel, *Institutes coutumières*, 181 : Les tutelles sont datives. Cf. 182. Sur le sens de cette règle générale de la tutelle *dativæ* : Viollet, p. 460.

(3) *Introduction historique*, § 46. Y a-t-il eu deux lois, une *Julia* et une *Titia*, ou une seule loi comme l'affirme Théophile ? La certitude n'est pas possible actuellement, malgré Zocco-Rosa, *Antologia giuridica*, I, 1, 12. D'après Théophile on appelait, dans les provinces, le tuteur atilien *Juliotitien*.

(4) Ci-dessus, § 25, 84.

(5) Sur la tutelle des *Orphanotrophi*, ci-dessous, § 27, 93.

cessibles, sont obligés, du temps des jurisconsultes classiques, d'informer le magistrat ou fonctionnaire compétent, et de provoquer la nomination du tuteur ; s'ils y manquent, ils sont punis par la perte de leur droit de succession. L'obligation incombe, en dernière ligne, aux affranchis.

Tit. I. *De Atiliano tutore vel eo qui ex Julia et Titia dabatur* 1, 20. Tit. D. 26, 5 *De tutoribus et curatoribus datis ab his qui jus dandi habent, et qui et in quibus causis specialiter dari possunt* ; 26, 6 *Qui petant tutores vel curatores et ubi petantur*. Tit. C. 5, 31 *Qui petant tutores vel curatores* ; 32 *Ubi petantur tutores vel curatores*.

Ulpien, L. 6 § 2 *De tutelis* 26, 1 : Tutoris datio neque imperii est neque jurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex, vel senatusconsultum, vel princeps.

Gaius, 1, 185 : Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a prætore urbano et majore parte tribunorum plebis, qui Atilianus tutor vocatur ; in provinciis vero a præsidibus provinciarum (*ex*) lege Julia et Titia. — Loi de Salpensæ, 29. — § 4, I. *De Atiliano tutore* : Sed hoc jure utimur ut Romæ quidem præfectus urbis vel prætor secundum suam jurisdictionem, in provinciis autem præsides ex inquisitione tutores crearent. § 5. Nos autem per constitutionem nostram et hujusmodi difficultates hominum resecantes nec expectata jussione præsidum, disposuimus, si facultas pupilli vel adulti usque ad quingentos solidos valeat, defensores civitatum (una cum ejusdem civitatis religiosissimo antistite vel apud alias publicas personas) vel magistratus, vel juridicum Alexandrinæ civitatis tutores vel curatores creare... — Justinien, L. 30 C. *De episcopali audi-*

entia et de diversis capitulis, quæ ad jus curamque et reverentiam pontificalem pertinent 1, 4 (531).

Modestin, L. 2 § 2 *Qui petant tutores* : Divus Severus Cuspio Rufino :... Quæ mater vel non petierit tutores idoneos filiis suis vel prioribus excusatis rejectisve non confestim aliorum nomina dederit, jus non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum. — Théodose et Valentinien, L. 10 C. *De legitimis heredibus* 6, 58 (439) : Sciant qui ad successionem vocantur pupilli mortui, si defuncto ejus patre tutorem ei secundum leges non petierint intra annum, omnem eis sive ab intestato sive jure substitutionis successionem ejus, si impubes moritur, denegandam. — Ulpien, L. 1 § 6 *De magistratibus conveniendis* 27, 8.

89. — La tutelle, charge publique, est de sa nature un office viril, auquel les femmes ne sauraient prétendre. Tant que dura la tutelle du sexe, il n'en pouvait guère être autrement. Toutefois les empereurs, et déjà les empereurs payens, accordèrent à des femmes, sur leur prière, la tutelle de leurs enfants ou petits-enfants, et Justinien, dans sa nouvelle 118, tout en maintenant le principe de l'exclusion, donne à la mère et à la grand'mère la préférence sur tous les collatéraux, et même sur les frères qui viennent à l'hérédité en concurrence avec elles (1).

Le pérégrin est incapable, comme l'esclave; le Latin,

(1) Le Papien, ch. 36, consacre déjà la tutelle légitime de la mère, préférée même aux agnats, si elle en fait la demande. Voyez Viollet, p. 450, et A. de Crousaz, *Études sur le Papien*, p. 41, 44 (1862).

en revanche, capable, comme le citoyen, sauf que le Latin junien ne peut être tuteur testamentaire (1).

Soit le but même de la tutelle, soit la force des choses, s'opposent à ce qu'elle soit exercée par un fou, un muet, un sourd, un impubère et même, dans le dernier état du droit, par un pubère mineur. Sur ces divers points, l'ancien droit était plus facile que le nouveau. Justinien, dans l'intérêt du pupille, a multiplié les incapacités. Il a exclu, par exemple, le créancier et le débiteur du pupille, et transformé en incapacités d'anciennes excusations.

Le fils de famille est capable d'exercer la tutelle aussi bien que les autres charges publiques, exactement comme s'il était *sui juris* (2).

Philippe l'Arabe, par une constitution de 244, a déclaré incapable le militaire (3).

Neratius, L. fin. *De tutelis* 26, 1 : *Feminæ tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent.* — Tit. C. 5, 35 *Quando mulier tutelæ officio fungi potest.* — Alexandre, L. 1 : *Tutelam administrare virile munus est et ultra sexum femineæ infirmitates tale officium est* (224). — Valentinien, Théodose et Arcadius, L. 2, même titre : *Matres, quæ amissis viris tutelam administrandorum negotiorum in liberos postulant, priusquam confirmatio officii talis in eas jure veniat, fateantur actis sacramento præstito ad alias se nuptias non venire.*

(1) Gaius, 1, 23. Ulpien 11, 16. Fragments du Vatican, 193. — *Introduction historique*, § 119. *Traité des successions*, §§ 13-14.

(2) Ci-dessus, § 8, 23.

(3) L. 4 C. *Qui dare tutores* 5, 34.

§ 1... Si malunt alia optare matrimonia, tutelas filiorum administrare non debent. § 3. His illud adjungimus, ut mulier, si ætate major est, tunc demum petendæ tutelæ jus habeat, cum tutor testamentarius vel legitimus defuerit vel privilegio a tutela excusetur vel suspecti genere submoveatur vel ne suis quidem per animi aut corporis valetudinem administrandis facultatibus idoneus inveniatur (390). — Justinien, novelle 118, ch. 5 :... Mulieres enim etiam nos tutelæ munus subire prohibemus, nisi mater vel avia sit. His enim solis secundum ordinem hereditatis etiam tutelam suscipere permittimus, si apud acta et secundis nuptiis et beneficio senatusconsulti Velleiani renuntiaverit. Hæc enim si observent, omnibus cognatis ex latere ad tutelam præferentur, testamentariis solum tutoribus eas præcedentibus (543).

Tit. C. 5, 34 *Qui dare tutores vel curatores et qui dari possunt*. — Dioclétien et Maximien, L. 7 *Qui dare* (293). — Gaius, 1, 180. — Ulpian, 11, 21. — Paul, L. 1 § 2 *De tutelis* 26, 1 : Mutus tutor dari non potest, quoniam auctoritatem præbere non potest. § 3. Surdum non posse dari tutorem plerique... probant, quia non tantum loqui, sed et audire tutor debet. — Le même, L. 17, même titre : Complura senatusconsulta facta sunt, ut in locum furiosi et muti et surdi tutoris alii tutores dentur. — Ulpian, 11, 20 et 22. — Justinien, L. 5 C. *De legitima tutela* 5, 30 :... Vel dativi vel legitimi fiant tutores vel curatores ii, qui talis ætatis sunt, cui suarum rerum administratio committitur, quorumque res possunt plenissimo jure hypothecarum teneri. — § 13, I. *De excusationibus tutorum vel curatorum* 1, 25 :... Minores autem viginti quinque annis olim quidem excusabantur : a nostra autem constitutione prohibentur ad tutelam vel curam aspirare adeo ut nec excusatione opus fiat. Qua constitutione cavetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus : cum erat inci-

vile, eos qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur et sub aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire. § 14. Idem et in milite observandum est, ut nec volens ad tutelæ munus admittatur. — Novelle 72, *De curatoribus et tutoribus et cura minorum* (538), ch. 1-4.

90. — La tutelle étant une charge publique, on ne peut s'y soustraire à moins d'avoir un motif légal de dispense, une excuse ou excusation (1). Les excusations ont été surtout réglées sous les empereurs. On les trouve en des circonstances personnelles qui rendent la charge de tuteur trop lourde et empêchent d'en remplir les devoirs d'une manière soigneuse, ou avec une compétence suffisante, — et dans des situations privilégiées. Je mentionne notamment : des fonctions ou dignités élevées ou absorbantes ; certaines professions, telles que celles de médecin, grammairien, rhéteur ; l'administration de trois tutelles ; un grand âge (plus de soixante-dix ans révolus), la maladie, l'indigence ; la qualité de vétéran, de membre de certains corps de métiers ou de certaines corporations (*fabri, navicularii, pistorum*, etc.) ; enfin le *jus liberorum* en vertu de la loi *Julia et Papia* (2).

Fragments du Vatican, 123-247. — Tit I. *De excusationibus tutorum vel curatorum* 1, 25. Tit. D. *De excusationibus* 27, 1. Tit. C. 5, 62 *De excusationibus et temporibus earum* ; 63 *Si falsis adlegationibus excusatus sit*.

(1) Modestin a écrit en grec, *Excusationum libri VI* ; Ulpien, un *Liber singularis excusationum*, Paul un *Liber singularis de excusatione tutorum*.

(2) *Introduction historique*, § 121.

Pr. I. *De excusationibus* : Excusantur autem tutores vel curatores variis ex causis : plerumque autem propter liberos, sive in potestate sint, sive emancipati. Si enim tres liberos quissuperstites Romæ habeat vel in Italia quattuor vel in provinciis quinque, a tutela vel cura possunt excusari exemplo ceterorum munerum. — Modestin, L. 10 § 8 *De excusationibus*... : Adversa quoque valetudo excusat, sed ea quae impedimento est, quominus quis suis rebus superesse possit, ut imperator noster cum patre rescripsit. — Paul, L. 11, même titre : Et non tantum ne incipiant, sed et a cœpta excusari debent.

91. — Même sans avoir une excusation, la personne appelée à la tutelle peut se faire dispenser en indiquant au magistrat une autre personne qui, par sa parenté, sa fortune, sa position sociale, ses relations avec le pupille, paraît mieux qualifiée pour remplir les fonctions de tuteur. C'est la *nominatio potioris*.

Le magistrat statue.

Il n'est plus question de la *nominatio potioris* dans le droit de Justinien.

Caracalla, L. un. *De potioribus ad munera nominandis* 10, 67 : Si ipse vocatus ad munera civilia potiozem alium nominandum putaveris, age causam tuam. — Fragments du Vatican, 157 : Tunc demum excusandus est, qui prius datus fuerat, si is, quem nominaverit, et potior necessitudine et idoneus re fideque, nec absens deprehendatur. 158-165. 166 : Libelli ita formandi : « Cum proxime decreto tutorem me dandum existimaveris illi, quod mihi in notitiam pervenit illa die, nomino potiozem, ut municipem suprascripti, illum, Veientanum, morantem eo loco, habentem in substantia plus

minus tantum ». Si eques romanus fuerit, qui potior nominabitur, etiam hoc comprehendere debet. Deinde sine talem clausulam addat : « Rogo, prætor, propter præscriptionis tempora, libellos accipere digneris ». 206-220.

92. — Il est de règle qu'on ne donne pas de tuteur à qui en a déjà : *habenti tutorem tutor dari non potest*. Lors donc que le tuteur testamentaire ou légitime est incapable ou impropre à son office, comme aussi lorsque le tuteur est empêché ou excusé temporairement, on lui adjoint, non un autre tuteur, mais un curateur, *curator pupilli* (1).

La règle souffre des exceptions. Il est certains cas où le magistrat peut nommer des tuteurs extraordinaires, spéciaux. Ainsi en cas d'actes à intervenir entre tuteur et pupille ; le tuteur nommé *ad hoc* est appelé *tutor prætorius*. Ainsi encore lorsque le tuteur fait valoir une excusation, et qu'un acte où l'autorité tutélaire est nécessaire doit être fait avant qu'on ait pu statuer sur l'excusation alléguée. Enfin, le tuteur même peut proposer la nomination d'un autre tuteur pour le soulager dans l'administration ; dans ce cas il y a partage de tutelle, *tutela divisa* (2).

Tit. C. 5, 36 *In quibus causis tutorem habenti tutor vel curator dari potest*.

§ 5, I. *De curatoribus* 1, 23 : Interdum autem et pupilli

(1) Ce *curator pupilli* ne doit pas être confondu avec le curateur qui sera mentionné plus loin, au § 34, 113, lequel n'est curateur que des biens d'un impubère qui n'a pas de tuteur.

(2) Ci-dessous, § 27, 96.

curatores accipiunt, ut puta si legitimus tutor non sit idoneus, quia habenti tutorem tutor dari non potest. Item si testamento datus tutor vel a prætore vel a præside idoneus non sit ad administrationem nec tamen fraudulenter negotia administret, solet ei curator adjungi. Item in locum tutorum, qui non in perpetuum, sed ad tempus a tutela excusantur, solent curatores dari. — Celse, L. 11 *De tutoribus et curatoribus datis* 26, 5: Curator pupillo vel pupillæ non datur, si tutor eorum afuerit. — Paul, L. 15, 16, même titre: In omnem rem curator dandus est in ejus tutoris locum, quia rei publicæ causa afuit (*abiit* ?); nec ille desinit tutor esse, quod et in omnibus, qui ad tempus excusantur, juris est. — Le même, L. 25, même titre. Curatorem impuberi datum quacumque ex causa perseverare in diem pubertatis in eadem cura respondi: ergo post pubertatem alium curatorem sibi petere debet. — Ulpian, L. 3 § 4 *De administratione et periculo* 26, 7.

Gaius, I, 184: Olim cum legis actiones in usu erant, etiam ex illa causa tutor dabatur, si inter tutorem et mulierem pupillumve lege agendum erat: nam quia ipse tutor in re sua auctor esse non poterat, alius dabatur, quo auctore legis actio perageretur: qui dicebatur prætorius tutor, quia a prætore urbano dabatur. Sed post sublatas legis actiones quidam putant hanc speciem dandi tutoris in usu esse desiisse, aliis autem placet adhuc in usu esse, si legitimo iudicio agatur (1). — Ulpian, 11, 24: Moribus tutor datur mulieri pupillove, qui cum tutore suo lege aut legitimo iudicio agere vult, ut auctore eo agat (ipse enim tutor in rem suam auctor fieri non potest), qui prætorius tutor dicitur, quia a prætore urbis dari consuevit.

(1) Gaius, 4, 103-109.

§ 27. — Administration et responsabilité du tuteur.

93. Administration du tuteur quant à la personne du pupille. —

94. Administration du patrimoine. — 95. Responsabilité du tuteur et garanties du pupille. — 96. Administration et responsabilité en cas de pluralité de tuteurs.

93. — Le tuteur est gardien de l'impubère, et par conséquent aussi protecteur de sa personne, mais il doit surtout garder et administrer sa fortune, *res pupillaris* (1).

Avant tout et surtout, il doit le défendre, le représenter en justice.

Il doit veiller à son entretien (*educatio*). Les questions diverses qui s'y rapportent, notamment celles qui concernent les dépenses, sont, s'il le faut, réglées par le magistrat, qui prend l'avis des proches parents, *propinqui*, ceux-ci formant ainsi conseil de famille (2).

Quant à l'éducation proprement dite de l'impubère (*instructio, institutio, disciplina*), le père en a pu charger le tuteur qu'il a donné, et la mère survivante est appelée à s'en occuper, mais c'est surtout le magistrat qui doit y pourvoir, en ayant égard à l'âge du pupille, à sa fortune, à sa position sociale.

(1) Dans le droit moderne, en Allemagne, en vertu des ordonnances impériales, le tuteur a soin de la personne du pupille autant que de son patrimoine. Code civil, 450 : Le tuteur prendra soin de la personne du mineur.

Pour le sens du mot *educatio*, Varron, cité par Nonius : *Educit obstetrix, educat nutrix, instituit pædagogus, docet magister.*

En grec on distingue la *τροπεία* et la *παιδεία*.

(2) Ci-dessus, § 2, 5, § 3, 8.

Sous les empereurs chrétiens, on plaçait l'impubère pauvre dans un orphelinat ; le directeur était tuteur.

Tit. D. 26, 7 *De administratione et periculo tutorum et curatorum qui gesserint vel non et de agentibus et conveniendis uno vel pluribus*. Tit. C. 5, 37 *De administratione tutorum et curatorum et de pecunia pupillari feneranda vel deponenda* ; 38 *De periculo tutorum et curatorum*. Tit. D. 27, 2 *Ubi pupillus educari vel morari debeat et de alimentis ei præstandis*. Tit. C. 5, 49 ; 5, 50.

Marcellus, L. 30 *De administratione* : Tutoris præcipuum est officium, ne indefensum pupillum relinquat.

Paul, *Fr. Vat.* 304 :... Tutores quasi parentes proprii pupillorum sunt... — Le même, L. 12 § 3 *De administratione* : Cum tutor etiam moribus pupilli præponatur...

Ulpien, L. 1 *Ubi pupillus* : Solet prætor frequentissime adiri, ut constituat ubi filii vel alantur vel morentur, non tantum in postumis, verum omnino in pueris. § 1. Et solet ex persona, ex condicione et ex tempore statuere, ubi potius alendus sit : et nonnumquam a voluntate patris recedit prætor. Denique cum quidam testamento suo cavisset, ut filium apud substitutum educetur, imperator Severus rescripsit prætorem æstimare debere præsentibus ceteris propinquis liberorum : id enim agere prætorem oportet, ut sine ulla maligna suspicione alatur partus et educetur. — Le même, L. 3, même titre : Jus alimentorum decernendorum pupillis prætori competit, ut ipse moderetur, quam summam tutores vel curatores ad alimenta pupillis vel adolescentulis præstare debeant. § 1. Modum autem patrimonii spectare debet, cum alimenta decernit : et debet statuere tam moderate, ut non universum redditum patrimonii in alimenta decernat, sed semper sit (*sic ?*), ut aliquid ex redditu supersit. § 2. Ante oculos habere debet in decernendo et mancipia,

quæ pupillis deserviunt, et mercedes (præceptorum) pupillorum, et vestem et tectum pupilli : ætatem etiam contemplari, in qua constitutus est cui alimenta decernuntur. § 5. Idem ad instructionem quoque pupillorum vel adolescentium pupillarum vel earum, quæ intra vicensimum annum constitutæ sunt, solet decernere respectu facultatum et ætatis eorum qui instruuntur. § 6. Sed si egeni sint pupilli, de suo eos alere non compellitur... — Julien, L. 4, même titre : Qui filium heredem instituerat, filiae dotis nomine, cum in familia nupsisset, ducenta legaverat nec quicquam præterea, et tutorem eis Sempronium dedit : is, a cognatis et a propinquis pupillæ perductus ad magistratum, jussus est alimenta pupillæ et mercedes, ut liberalibus artibus institueretur, pupillæ nomine præceptoribus dare. — Ulpien, L. 5 : Si disceptetur, ubi morari vel ubi educari pupillum oporteat, causa cognita id præsidem statuere oportebit. In causæ cognitione evitandi sunt, qui pudicitiae impuberi (impueris ?) possunt insidiari. — Alexandre Sévère, L. 4 C. *Ubi pupilli educantur* 5, 49 : Educatio pupillorum tuorum nulli magis quam matri eorum, si non vitricum eis induxerit, commitenda est. § 1. Quando autem inter eam et cognatos et tutorem super hoc orta fuerit dubitatio, aditus præses provinciæ inspecta personarum et qualitate et conjunctione perpendet, ubi puer educari debeat. § 2. Sin autem aestimaverit, apud quem educari debeat, is necessitatem habebit hoc facere, quod præses jusserit (223).

Léon et Anthémius, L. 31 C. *De episcopis et clericis et orphanotrophis* 1, 3 (472). — Justinien, nouvelle 130, ch. 15 (545) : Orphanotrophis vero tutorum et curatorum locum teneant.

94. — Le tuteur jouissait à l'origine, dans son administration, d'une grande liberté, qui fut accompagnée

de bonne heure d'une rigoureuse responsabilité. Cette liberté fut graduellement restreinte. En droit nouveau, dans nombre de cas, le magistrat non seulement surveille le tuteur, mais coopère avec lui.

Conformément au principe de l'éducation romaine, laquelle, fort différente de la nôtre, cherchait à développer chez le citoyen enfant les qualités que l'on priait par dessus tout, la force d'âme, le courage, l'énergie, la *gravitas*, il fallait, autant que possible, que le pupille agît lui-même, en personne (1).

Le tuteur se bornait à l'assister dans ses actes, à l'autoriser (*auctor fieri, auctoritatem interponere*), corrigeant ainsi son incapacité en complétant sa personnalité intellectuelle encore imparfaitement développée (2). On a vu que cette autorité est caractéristique pour la tutelle, propre au tuteur, et que les curateurs ne l'ont pas (3). Il va de soi que le tuteur ne saurait être auteur dans un acte où lui-même serait partie : *tutor in rem suam auctor fieri non potest* (4).

En distinguant tant selon l'âge du pupille que selon les actes, il y a lieu de poser les règles suivantes.

L'*infans*, c'est-à-dire l'enfant *sensu stricto*, qui a moins

(1) *Gravitas, constantia, magnitudo animi, probitas, fides*. Comparez Cicéron, *Tusculanes* 1, 1 ; *De officiis* 1, 31.

(2) *Auctor* de *augere*, augmenter, accroître, créer. Le mot et la notion de *auctor* et *auctoritas* se retrouvent ailleurs, notamment en matière de transmission de droits ; l'*auctor* est celui qui a transmis le droit, le vendeur ou donateur, le garant etc. Ici c'est le tuteur, qui augmente la personnalité insuffisante du pupille.

(3) Ci-dessus, § 23, 84.

(4) Ulpien, 11, 24. Gaius, 1, 184. Ci-dessus, 92.

de sept ans révolus, est généralement hors d'état d'agir. Son tuteur fait donc seul les actes d'administration ; il a la pleine gestion du patrimoine ; il est le représentant universel de l'*infans*. D'où résulte que certains actes, où la représentation n'est point admise, ne peuvent avoir lieu : la mancipation, la cession *in jure*, l'acceptilation.

Le pupille âgé de plus de sept ans, *infantia major* ou *pupillus* dans un sens spécial, peut faire seul les actes purement acquisitifs, parce que sa position en est améliorée. Mais il ne peut ni aliéner ni s'engager sans autorisation. Celle-ci se donnait dans le principe solennellement, plus tard par une déclaration orale non solennelle, ou même par le simple fait de la présence volontaire et approbative du tuteur. Toujours dans l'acte même, ni avant ni après, et ni par lettre ni sous condition. *Tutor statim, in ipso negotio præsens, debet auctor fieri* (1).

Si le tuteur le juge préférable, il peut agir seul, gérer pour le pupille *infantia major*, comme il le fait pour l'*infans* (2).

Il n'appartient pas au tuteur de faire des libéralités au nom du pupille ; cependant il doit en cette matière se conformer aux convenances, selon la fortune du pupille.

Tit. D. 26, 8 *De auctoritate et consensu tutorum et curatorum*. Tit. I, 1, 21 *De auctoritate tutorum*.

Paul, L. 27 *De administratione et periculo* : Tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem domini

(1) Voigt, § 110 : Auctor sum, ut L. Titius, qui in mea tutela est, Stichum hominem, quo de agitur, Caio Sempronio noxæ dederit. — Gaius, L. 9 § 3 *De auctoritate et consensu* 26, 8.

(2) C'est ce qui a prévalu dans le droit moderne.

loco haberi debet. — Julien, L. 7 § 3 *Pro emptore* 41, 4 :... Tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat. — Ulpien, 11, 25 : Pupillorum pupillarumve tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt, mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt. — Pr. I. *De auctoritate tutorum* : Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria : ut ecce, si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas ; quod si aliis pupilli promittant, necessaria est. Namque placuit, meliorem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriore vero non aliter quam tutore auctore.... § 2. Tutor autem statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus vero aut per epistolam interposita auctoritas nihil agit. — Gaius, L. 9 § 6 *De auctoritate* : Etiam si non exaudiat tutoris auctoritatem is qui cum pupillo contrahit, scriptis tamen hoc adprobetur, recte negotium geritur, veluti si absentis pupillo per epistolam vendam aliquid aut locum et is tutoris auctoritate consentiat. — Ulpien, L. 7 pr., même titre : Quod dicimus, in rem suam auctoritatem accommodare tutorem non posse, totiens verum est, quotiens per semet vel subjectas sibi personas acquiritur ei stipulatio : ceterum negotium ei geri per consequentias, ut dictum est, nihil prohibet auctoritas (1).

Ulpien, L. 1 § 1, même titre : Tutor si invitatus retentus sit per vim, non valet quod agitur : neque enim præsentia corporis sufficit ad auctoritatem, ut si somno aut morbo

(1) Ce dernier mot doit être supprimé, selon une bonne conjecture d'Haloandre.

comitiali occupatus tacuisset (1). — Paul, L. 22 *De administratione et periculo* : Tutor ad utilitatem pupilli et novare et rem in iudicium deducere potest : donationes autem ab eo factæ pupillo non nocent. — Le même, L. 46 § 7 même titre.

Dioclétien et Maximien, L. 16 C. *De administratione*. Non omni titulo res pupilli potestatem alienandi tutores habent, sed administrationis tantum causa. Cum itaque donandi nulla ratione res eorum, quorum administrant negotia, potestatem habent, vindicare dominium a possidentibus non prohiberis (293).

Paul, L. 12 § 3 *De administratione* : Cum tutor non rebus dumtaxat, sed etiam moribus pupilli præponatur, in primis mercedes præceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet, alimenta servis libertisque, nonnumquam etiam exteris, si hoc pupillo expediet, præstabit, sollemnia munera parentibus cognatisque mittet (2). Sed non dabit dotem sorori alio patre natæ, etiamsi aliter ea nubere non potuit : nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quæ servanda arbitrio pupilli est. — Ulpien, L. 1 §§ 4 et 5 *De tutelæ et rationibus distrahendis* 27, 3.

Dans le principe, le tuteur était libre de vendre les choses pupillaires.

Septime Sévère, par une constitution de l'an 195 (3), a défendu aux tuteurs et curateurs d'aliéner les immeu-

(1) Jacques Godefroy a conjecturé : *jacuisset*.

(2) Ci-dessus, § 3, 8.

(3) *Introduction historique*, § 125. — Bachofen, dans ses *Ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts*, 1848. — Paul a composé un *Liber singularis ad Orationem D. Severi*.

bles ruraux et suburbains, qui constituaient le plus solide placement (1) ; à moins d'ordre du père ou qu'il ne soit nécessaire de faire de l'argent pour payer des dettes et que, dans ce cas, il n'y ait un décret du magistrat rendu sur enquête, autorisant la vente. Cette défense fut étendue par Constantin aux immeubles situés en ville et même aux biens meubles de prix. Finalement, le tuteur n'eut plus le droit d'aliéner que les choses superflues et de peu de valeur, ainsi que les fruits.

Justinien, par deux constitutions de l'an 537, a restreint la faculté qu'avait le tuteur de donner quittance des créances pupillaires.

Il a enjoint aux tuteurs et curateurs de faire, avant tout autre acte, dresser inventaire des biens du pupille, à moins de dispense expresse du père de famille.

Tit. D. 27, 9 *De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis*. Tit. C. 5, 71-74.

Ulpien, L. 1 *De rebus eorum* : Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores prædia rustica vel suburbana distrahere. § 1. Quæ oratio in senatu recitata est Tertullo et Clementi consulibus idibus Juniis, et sunt verba ejus hujus modi : « Præterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne prædia rustica vel suburbana distrahant, nisi ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. Quod si forte æs alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc prætor urbanus vir clarissi-

(1) Les maisons sises en ville n'étaient pas considérées comme un placement de premier ordre, à cause du danger plus grand d'incendie.

mus adeatur, qui pro sua religione æstimet, quæ possunt (possident ?) alienari obligarive debeant, manente pupillo actione, si postea potuerit probari obreptum esse prætori. Si communis res erit et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, jus exsequetur, nihil novandum censeo ».

Constantin, L. 22 § 6 C. *De administratione tutorum* : Jam ergo venditio tutoris nulla sit sine interpositione decreti ; exceptis his vestibus, quæ detritæ usu, aut corruptæ servando servari non poterint. § 7. Animalia quoque supervacua minorum, quin veneant, non velamus (326).

Justinien, L. 25 et L. 27 C. même titre (531).

Justinien, L. 13 § 2 C. *Arbitrium tutelæ* 5, 51 : Illo procul dubio observando, ut non audeat tutor vel curator res pupillares vel adulti aliter attingere vel ullam sibi communionem ad eas vindicare, nisi prius inventario publice facto secundum morem solitum res eis tradantur : nisi testatores, qui substantiam transmittunt, specialiter inventarium conscribi vetaverint. § 3. Scituris tutoribus et curatoribus, quod, si inventarium facere neglexerint, et quasi suspecti ab officio removeantur et pœnis legitimis, quæ contra eos interminatæ sunt, subjacebunt et postea perpetua macula infamiæ notabuntur, neque ab imperiali beneficio absolutione hujusmodi notæ fruituri (530).

95. — Le tuteur est tenu d'apporter à l'administration du patrimoine du pupille ses soins désintéressés, et au moins autant de diligence qu'il en met à ses propres affaires, *diligentia quam suis rebus adhibere solet* ; il est tenu de toute faute étant représentant, mais seulement *in concreto*. Cette atténuation de sa responsabilité a sa raison d'être dans le fait que le tuteur remplit

une fonction qui lui est imposée, sans qu'il ait pu, à défaut d'excuse légale, la refuser.

Le tuteur est obligé envers le pupille *quasi ex contractu*.

En entrant en charge, il promet *rem pupilli salvam fore*, et fournit caution. Le pupille *infantia major* est lui-même stipulateur; c'est lui qui prononce les paroles interrogatives, sous l'autorité du préteur. Si l'impubère était encore *infans*, le préteur stipulait en personne, ou bien il faisait stipuler un esclave de l'*infans* ou un esclave public. Cette *cautio et satisdatio rem pupilli salvam fore* incombait essentiellement, en droit nouveau, au tuteur légitime; le tuteur nommé par un magistrat supérieur après enquête en était dispensé, comme le tuteur testamentaire.

Le pupille a une hypothèque sur tout ce qui appartient au tuteur. La constitution de Constantin la mentionne comme déjà reçue, sans que l'on puisse dire quand elle a été introduite.

Tryphonin, L. 37 *De negotiis gestis* 3, § :... Nam illi (qui tutelam administrant), de quibus constitutum est, cum gratuitam certe integram et abstinentem omni lucro præstare fidem deberent... — Ulpien, L. 1 pr. *De tutelæ et rationibus distrahendis* 27, 3 : In omnibus quæ fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quæ non fecit, rationem reddet hoc iudicio, præstando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam. — L. 23 *De R. J.* 50, 17. — Callistrate, L. 33 pr. *De administratione et periculo* 26, 7 : A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarum, quam paterfamilias rebus

suis ex bona fide præbere debet. — Gaius, L. 5 § 1 *De O. et A.* 44, 7. — Javolène, L. 198 *De R. J.* 50, 17 : Neque in interdicto neque in ceteris causis pupillo nocere oportet dolum tutoris, sive solvendo est sive non est. — Papinien, L. 3 *Quando ex facto tutoris* 26, 9 : Dolus tutorum puero neque nocere neque prodesse debet : quod autem vulgo dicitur tutoris dolum pupillo non nocere, tunc verum est, cum ex illius fraude locupletior pupillus factus non est.

Gaius, 1, 199 : Ne tamen et pupillorum et eorum, qui in curatione sunt, negotia a tutoribus curatoribusque consumantur aut deminuantur, curat prætor, ut tutores et curatores eo nomine satisdant. 200. Sed hoc non est perpetuum ; nam et tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est ; et curatores, ad quos non e lege curatio pertinet, sed vela consule vel a prætore vel a præside provinciæ defertur, plerumque non coguntur satisdare. — Ulpien, L. 17 *De testamentaria tutela* 26, 2 : Testamento datos tutores non esse cogendos satisdare rem salvam fore certo certius est : sed nihilominus cum quis offert satisfactionem, ut solus administret, audiendus est, ut Edicto cavetur. Sed recte prætor etiam ceteris detulit hanc condicionem, si et ipsi velint satisdare... — Le même, L. 5 *De legitimis tutoribus* 26, 4 : Sed etiam hos (legitimos tutores) cogi satisdare certum est, in tantum ut etiam patronum et patroni filium ceterosque liberos ejus cogi rem salvam fore satisdare plerisque videatur. Sed hoc causa cognita prætorem statuere debere melius est, utrum debeat satisdare patronus liberique ejus an non.

96. — Il peut y avoir partage dans l'administration et dans la responsabilité, *tutela divisa*, parce qu'il y a pluralité de tuteurs, tant par la volonté du testateur,

qu'ensuite d'égale proximité dans la tutelle légitime (1). La répartition peut avoir lieu soit selon les branches de l'administration, de telle sorte que l'un est chargé de la fortune mobilière, ou de la fortune commerciale, un autre des immeubles, etc., — soit selon les lieux, de telle sorte que l'un se charge des biens d'Italie, un autre des biens d'Afrique, etc. Ou enfin un tuteur peut n'avoir d'autre obligation que celle d'assister les autres de ses lumières spéciales (*tutor notitiæ causæ datus*). Dans ces divers cas de tutelle divise, chaque tuteur a sa sphère délimitée d'action et de responsabilité.

Il se peut aussi que, de plusieurs tuteurs, certains soient exclusivement chargés de l'administration, — on les appelle tuteurs gérants, — tandis que les autres, tuteurs honoraires, ont un devoir de contrôle qui engage leur responsabilité subsidiairement à celle des gérants.

Il se peut enfin, et c'est même normal en cas de pluralité de tuteurs, qu'ils le soient tous ensemble au même titre et avec les mêmes droits et les mêmes obligations. Il sont alors cotuteurs, *contutores*, dans le sens technique du mot. Les cotuteurs doivent régulièrement administrer en commun, et ils sont responsables solidairement. Cependant ils ont le droit de demander la division, à l'exemple des fidéjusseurs, et de se faire céder, s'ils sont condamnés par le pupille, l'action contre leurs collègues ; elle leur est donnée aussi *utiliter quasi ex jure cesso*.

Tit. C. *De dividenda tutela* 5, 52.

(1) Voyez aussi *suprà*, § 26, 92.

Ulpian, 11, 26 : Si plures sint tutores, omnes in omni re debent auctoritatem accommodare, præter eos qui testamento dati sunt ; nam ex his vel unius auctoritas sufficit. — Justinien, L. 5 C. *De auctoritate præstanda* 5, 59 (de l'an 531) : Veterem dubitationem amputantes, per quam testamentarii quidem vel per inquisitionem dati tutoris et unius auctoritas sufficiebat, licet plures fuerant, non tamen diversis regionibus destinati, legitimi autem vel simpliciter dati omnes consentire compellebantur, sancimus, si plures tutores fuerint ordinati, sive in testamento paterno sive ex lege vocati, sive a iudice vel ex inquisitione vel simpliciter dati, et unius tutoris auctoritatem in omnibus tutoribus sufficere, ubi non divisa est administratio vel pro regionibus vel pro substantiæ partibus. Sed hæc omnia ita accipienda sunt, si non res, quæ agitur, solutionem faciat ipsius tutelæ, ut puta si pupillus in adrogationem se dare desiderat. Tunc etiam... necesse est, omnes suam auctoritatem præstare. Quæ omnia simili modo et in curatoribus observari oportet.

Ulpian, L. 1 § 11 *De tutelæ et rationibus* 27, 3 : Et si quidem omnes simul gesserunt tutelam et omnes solvendo sunt, æquissimum erit dividi actionem inter eos pro portionibus virilibus exemplo fidejussorum. § 12. Sed et si non omnes solvendo sint, inter eos qui solvendo sunt dividitur actio, Sed prout quisque solvendo est, poterunt conveniri. § 13. Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus præstiterit vel ex communi gestu nec ei mandatæ sunt actiones constitutum est a divo Pio et ab imperatore nostro et divo patre ejus utilem actionem tutoræ adversus contutorem dandam. § 18. — Tryphonin, L. 53 pr. *De administratione et periculo* : Tres tutores pupillo dati sunt, unus tutelam gessit et solvendo non est, secundus Titio gerendam mandavit et Titius quædam administravit, tertius nihil omnino gessit : quæsi-

tum est, quatenus quisque eorum teneatur. Et tutorum quidem periculum commune est in administratione tutelæ et in solidum universi tenentur. Plane si pecunia numerata pupilli inter eos distributa est, non in maiorem summam quisque eorum quam accepit tenetur.

Ulpian, L. 3 § 4, même titre : Nam et si unum pater dederit tutorem, nonnumquam ei adiunguntur curatores : nam imperator noster cum patre rescripsit, cum duos quis libertos suos tutores dedisset, unum rerum Italicarum, alium rerum Africanarum, curatores eis adiungendos, nec patris secuti sunt voluntatem. § 9. Item si dividi inter se tutelam velint tutores, audiendi sunt, ut distribuatur inter eos administratio. L. 4 : Vel in partes vel in regiones, et si ita fuerit divisa, unusquisque exceptione summovebitur pro ea parte vel regione, quam non administrat. — Paul, L. 32 § 1 *De testamentaria tutela* 26, 2 : Idem Paulus respondit, eum quoque, qui propter rerum notitiam tutor datus est, perinde in omnibus et administrationis et accessionis (cessionis ?) jure conveniri posse atque ceteros tutores, qui eodem testamento dati sunt.

Ulpian, L. 3 § 1 *De administratione et periculo* : Si parens vel pater qui in potestate habet destinaverit testamento, quis tutorum tutelam gerat, illum debere gerere prætor putavit, meritoque parentis statueret voluntati, qui utique recte filio prospexit. Tantundem prætor facit et de his quos parens destinavit testamento, ipse autem confirmavit, ut, si parens declaravit, quem velit tutelam administrare, ille solus administret. § 2. Ceteri igitur tutores non administrabunt, sed erunt hi, quos vulgo honorarios appellamus. Nec quisquam putet ad hos periculum nullum redundare : constat enim, hos quoque, excussis prius facultatibus ejus qui gesserit, conveniri oportere : dati sunt enim quasi observatores

actus ejus et custodes, imputabiturque eis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, suspectum eum non fecerunt. Adsidue igitur et rationem ab eo exigere eos oportet et sollicite curare, qualiter conversetur, et si pecunia sit, quæ deponi possit, curare, ut deponatur ad prædiorum comparisonem : blandiuntur enim sibi, qui putant honorarios tutores omnino non teneri : tenentur enim secundum ea quæ supra ostendimus.

Carus, Carinus et Numérien, L. 2. C. *De dividenda tutela* : Si divisio administrationis inter tutores sive curatores in eodem loco seu provincia constitutos necdum fuit, licentiam habet adulescens et unum eorum eligere et totum debitum exigere, cessione videlicet ab eo adversus ceteros tutores seu curatores actionum ei competentium facienda. § 1. In divisionem autem administratione deducta sive a præside sive a testatoris voluntate unumquemque pro sua administratione convenire potest, periculum invicem tutoribus seu curatoribus non sustinentibus, nisi per dolum aut culpam suspectum non removerunt vel tarde suspicionis rationem moverunt, cum alter eorum non solvendo effectus sit, vel suspicionis causam agendo sua sponte jura pupilli prodiderunt. § 2. Nec prodest eis dicentibus, contutorem suum non administrasse pupillares res. § 3. Sin vero ipsi inter se res administrationis diviserunt, non prohibetur adulescens et unum ex his in solidum convenire, ita ut actiones, quas adversus alios habet, ad electum transferat (284).

§ 28. — Comment la tutelle prend fin.

97. Dans la personne du pupille. — 98. Dans la personne du tuteur.
Postulatio suspecti, remotio.

97. — La tutelle de l'impubère prend fin, normalement, au moment de sa puberté, c'est-à-dire, dans le dernier état du droit, lorsque le pupille a quatorze ans révolus et la pupille douze (1); par diminution de chef de l'impubère, s'il est adrogé, déporté, pris par l'ennemi, réduit en servitude; et naturellement par sa mort.

Gaius, 1, 196-197. Tit. I. 1, 22 *Quibus modis tutela finitur*
 Pr. I. *Quibus modis* : Pupilli pupillæve cum puberes esse cœperint, tutela liberantur... § 1. Item finitur tutela, si adrogati sint adhuc impuberes vel deportati; item si in servitutem pupillus redigatur, ut ingratus a patrono, vel ab hostibus fuerit captus. § 3. Simili modo finitur tutela morte vel tutorum vel pupillorum. § 4... Sed pupilli et pupillæ capitis deminutio, licet minima sit, omnes tutelas tollit.

98. — La tutelle prend fin dans la personne du tuteur par sa mort; par sa diminution de chef, grande ou moyenne s'il est tuteur testamentaire ou tuteur atilien, et même petite s'il est légitime. Par l'échéance du terme

(1) Ci-dessus, § 14, 44. — Le père pouvait anciennement, en donnant un tuteur testamentaire, fixer l'âge où la tutelle devait prendre fin.

Aujourd'hui, la tutelle ne finit qu'à la majorité. Voyez la note en tête du § 30.

ou l'accomplissement de la condition, si c'est à terme ou avec clause résolutoire qu'il a été nommé. Par abdication, laquelle était libre en droit classique pour le tuteur testamentaire, mais doit en droit nouveau être motivée pour tout tuteur. Par la survenance d'une excusation. Par la survenance d'une incapacité (*excusatio necessaria*). Enfin par révocation ou déposition, *remotio*.

La demande de révocation, *postulatio* ou *accusatio suspecti* (1), peut être faite, selon la loi des Douze Tables, par tout citoyen, *quivis ex populo*, parce que l'intérêt public est en jeu ; s'il y a d'autres tuteurs, ils sont obligés de dénoncer leur collègue infidèle, sous peine d'être traités en complices. Sous l'empire, le magistrat poursuit d'office. Le tuteur infidèle déposé est frappé d'infamie. La déposition a aussi lieu pour négligence et pour incapacité.

La mère ou grand'mère tutrice perd la tutelle en se remariant.

Ulpien, 11, 17 : Si capite diminutus fuerit tutor testamento datus, non amittit tutelam ; sed si abdicaverit se tutela, desinit esse tutor. Abdicare se tutela est dicere, nolle se tutorem esse ; in jure cedere autem tutelam testamento datus non potest ; nam et legitimus in jure cedere potest (2), abdicare se non potest.

§ 2, I. *Quibus modis tutela finitur* 1, 22 : Sed et si usque ad certam condicionem datus sit testamento, æque evenit, ut

(1) Voyez Bréal et Bailly, au mot *Specio*.

(2) Ceci ne concerne que la tutelle du sexe. Ci-dessous, § 31, 107.

desinat esse tutor existente condicione. § 4. Sed et capitis deminutione tutoris, per quam libertas vel civitas ejus amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se in adoptionem dederit, legitima tantum tutela perit, ceteræ non pereunt... § 5. Præterea qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo, deponunt tutelam. § 6. Desinunt autem esse tutores, qui vel removentur a tutela ob id, quod suspecti visi sunt, vel ex justa causa sese excusant et onus administrandæ tutelæ deponunt secundum ea quæ inferius proponemus.

Tit. I. 1, 26 ; D. 26, 10 ; C. 5, 43 *De suspectis tutoribus et curatoribus*.

Pr. I. *De suspectis* : Sciendum est, suspecti crimen e lege XII tabularum descendere. § 1. Datum est autem jus removendi suspectos tutores Romæ prætori et in provinciis præsidibus earum et legato proconsulis. § 2. Ostendimus, qui possunt de suspecto cognoscere : nunc videamus, qui suspecti fieri possunt. Et quidem omnes tutores possunt... § 4. Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare : puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere : et ita Divi Severus et Antoninus rescripserunt. § 5. Suspectus est autem et qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo est, ut Julianus quoque scripsit... § 6. Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est : si ob culpam, non æque. § 7. Si quis autem suspectus postulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei administratio, ut Papiniano visum est. § 12. Novissime sciendum est, eos, qui fraudulenter tutelam vel curam administrant, etiamsi satis offerant, removendos a tutela, quia satisfactio propositum tutoris malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstat. § 13. Suspectum enim eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit ; enimvero tutor

§ 29. — ACTIONS RÉSULTANT DE LA TUTELLE. 337

vel curator, quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi suspectus.

Novelle 22, ch. 38.

Gaius, 1, 182 : Præterea senatus censuit, ut si tutor pupilli pupillæve suspectus a tutela remotus sit, sive ex justa causa fuerit excusatus, in locum ejus alius tutor detur, quo facto prior tutor amittet tutelam. — Ulpien, 11, 23.

Ulpien, L. 1 pr. *De suspectis* : Hæc clausula et frequens et pernecessaria est : cottidie enim suspecti tutores postulantur.

§ 29. — Actions résultant de la tutelle.

99. *Actio tutelæ directa, contraria*. Actions contre le protuteur ou faux tuteur. — 100. Actions *de rationibus distrahendis*. — 101. Autres actions du pupille.

99. — Quand la tutelle a pris fin, le pupille a contre le tuteur l'action de tutelle, *actio tutelæ* (1), analogue à l'action du mandat, pour le contraindre à rendre ses comptes, à restituer les choses qu'il a entre les mains, à verser ou payer tout ce qu'il peut devoir en suite de son administration. La condamnation entraîne l'infamie du tuteur condamné. L'action s'intente aussi contre la caution du tuteur.

De son côté, le tuteur a contre le pupille une action contraire, aux fins de se faire indemniser de ses débours

(1) Rudorff, *Edictum perpetuum*, § 130, approuvé par Lenel, § 124, rédige la formule comme suit : Quod N^s N^s Aⁱ Aⁱ tutelam gessit, quidquid ob eam N^s N^s A^o A^o dare facere oportet ex fide bona, ejus judex N^m N^m A^o A^o condemna, si non paret absolve. Pour l'action contraire, il suffit d'intervertir les noms dans l'*intentio* et la *condemnatio*.

et d'être déchargé des obligations qu'il peut avoir contractées envers des tiers dans l'administration de la tutelle (1).

L'action de tutelle était en usage déjà du temps de Cicéron.

Une action analogue à l'action de tutelle est donnée contre celui qui a administré en qualité de tuteur et comme tel sans l'être, mais en se croyant tel (*pro tutore*), ce qui pouvait facilement arriver (2), ou en se donnant pour tel (*falsus tutor*). On l'appelle *actio protutelæ*. Il est clair que le prétendu ou soi-disant tuteur, qui ne l'était pas, n'a pu autoriser ni gérer valablement, mais on l'assimile au tuteur au point de vue de sa responsabilité. On ne paraît pas lui avoir donné d'action contraire.

Le préteur accordait la restitution en entier au tiers de bonne foi qui avait perdu son procès pour avoir fait litiscontestation avec un pupille autorisé par un faux tuteur. Une action en indemnité était également donnée au tiers contre le faux tuteur, ainsi que contre celui *qui dolum malum adhibuit ut alius auctoraretur inscius* (3).

Tit. D. *De tutelæ et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione* 27, 3. *De contraria tutelæ et utili actione* 27,

(1) On voit par le livre de droit syro-romain que dans la partie orientale de l'empire, au 3^e siècle, on avait coutume de rémunérer le tuteur datif. — Bruns, *Syrisch-ræmisches Rechtsbuch*, p. 188. — Comparez le passage de Callistrate, cité plus loin.

(2) Un tuteur testamentaire administre, puis le testament est invalidé et reconnu nul. Un agnat se croit le plus proche, et ne l'est pas. Il n'en est plus ainsi en droit moderne, vu la nécessité d'un décret du magistrat. — Lenel, § 126.

(3) Lenel, § 44, § 122.

§ 29. — ACTIONS RÉSULTANT DE LA TUTELLE. 339

4. *De eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit* 27, 5.
Quod falso tutore auctore gestum esse dicetur 27, 6.

Ulpian, L. 1 pr. *De tutelæ actione*. Suprà, § 27, 93. — § 2, I. *De obligationibus quasi ex contractu* 3, 27 : Tutores quoque, qui tutelæ judicio tenentur, non proprie ex contractu obligari intelliguntur. Nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur. Sed, quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem casu mutuæ sunt actiones. Non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem, sed et ex contrario tutor cum pupillo habet contrariam actionem tutelæ, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditori ejus obligaverit. — Callistrate, L. 33 § 3 *De administratione et periculo* 26, 7 : Sumptuum, qui bona fide in tutelam, non qui in ipsos tutores fiunt, ratio haberi solet, nisi ab eo, qui eum dat, certum solacium ei constitutum est.

Ulpian, L. 1 pr. *De eo qui* : Pro tutelæ actionem necessario prætor proposuit ; nam, quia plerumque incertum est, utrum quis tutor, an vero quasi tutor pro tutore administraverit tutelam, idcirco in utrumque casum actionem scripsit, ut, sive tutor est, sive non sit, qui gessit, actione tamen teneretur. § 1. Pro tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, sive se putet tutorem, sive scit non esse, finget tamen esse. — Pomponius, L. 4, même titre : Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam præstat, quam tutor præstaret. — Paul, L. 221 *De V. S.* 50, 16 : Paulus respondit, falsum tutorem eum vere dici, qui tutor non est, sive habenti datus est, sive non ; sicut falsum testamentum, quod testamentum non est, et modius iniquus, qui modius non est. — Celse, L. 2 *De eo qui* : Si is qui pro tutore negotia gerebat, cum tutor non esset, rem pupilli vendidit nec ea usucapta est, petet eam pupillus, quamquam ei cautum

est : non enim eadem hujus quæ tutoris est rerum pupilli administratio. — Ulpien, L. 1 § 1 *Quod falso tutore* : Verba autem Edicti hæc sunt : « Quod eo auctore », inquit, « qui tutor non fuerit ». § 2. Verbis Edicti multa desunt : quid enim si fuit tutor, is tamen fuit, qui auctoritatem accommodare non potuit ? puta furiosus vel ad aliam regionem datus. § 6. Ait prætor : « Si id actor ignoraverit, dabo in integrum restitutionem ». Scienti non subvenit, merito, quoniam ipse se decepit. — Le même, L. 7, même titre : Novissime prætor ait : In eum qui, cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur, judicium dabo, ut quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnetur. — Le même, L. 9 pr., même titre : Hujus actionis exemplo Pomponius libro XXXI. scribit dandam actionem adversus eum, qui dolo malo adhibuit, ut alius auctoraretur inscius (1). — Le même, L. 11, même titre : Falsus tutor, qui in contrahendo auctor minori duodecim vel quattuordecim annis fuerit, tenebitur in factum actione propter dolum malum. § 1. Cujuscumque condicionis fuerit vel sui juris vel alieni, qui dolo malo auctoritatem accommodavit, tenebitur hoc edicto.

100. — Le pupille peut aussi intenter contre son ancien tuteur une action *ex delicto* en rescision de comptes, *de rationibus distrahendis*, et le faire condamner à restituer au double les valeurs qu'il a détournées (2).

Cette action remonte à la loi des Douze Tables.

(1) Mommsen conjecture : qui dolo malo adhibuit alium, ut auctoraretur inscius. Lenel, mieux quant au sens : qui dolum malum adhibuit, ut alius auctoraretur insciens.

(2) Lenel, § 125. — *Distrahere* signifie tirer de côté et d'autre : par conséquent détruire, supprimer. Comparez Bréal et Bailly, au mot *Traho*.

§ 29. — ACTIONS RÉSULTANT DE LA TUTELLE. 341

Tit. D. 27, 3 *De tutelæ et rationibus distrahendis*. — Paul, L. 2 pr. *De tutelæ* : Actione de rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit. § 1. Quodsi furandi animo fecit, etiam furti tenetur. Utraque autem actione obligatur, et altera alteram non tollet... § 2. Hæc actio, licet in duplum sit, in simplo rei persecutionem continet, non tota dupli pœna est. — Le même, L. 55 § 1 *De administratione et periculo* 26, 7 : Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quæ proponitur ex lege XII tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur... — Le même, 2, 30 : Dolo tutoris curatorisve detecto in duplum ejus pecuniæ condemnatione conveniuntur, qua minorem fraudare voluerunt.

101. — Le pupille a une action subsidiaire contre les magistrats municipaux chargés de pourvoir à la tutelle, mais non contre les magistrats supérieurs (1).

Il peut actionner aussi les nominateurs et affirmateurs qui ont certifié l'aptitude du tuteur.

Enfin il a l'action hypothécaire pour faire valoir son hypothèque légale sur les biens du tuteur.

Tit. D. 27, 8 ; C. 5, 75 *De magistratibus conveniendis* ; 27, 7 *De fidejussoribus et nominatoribus et heredibus tutorum et curatorum*.

Ulpien, L. 4 § 3 *De fidejussoribus et nominatoribus* : Fidejussores a tutoribus nominati si præsentés fuerunt et non contradixerunt et nomina sua referri in acta publica passi sunt, æquum est perinde teneri ac si jure legitimo stipulatio interposita fuisset ; eadem causa videtur adfirmatorum, qui scilicet, cum idoneos esse tutores adfirmaverint, fidejussorum

(1) Lenel, § 127.

vicem sustinent. — § 2, I. *De satisfatione tutorum* 1, 24: Scendum autem est, non solum tutores vel curatores pupillis et adultis ceterisque personis ex administratione teneri, sed etiam in eos, qui satisfationem accipiunt, subsidiariam actionem esse, quæ ultimum eis præsidium possit afferre. Subsidiaria autem actio in eos datur, qui aut omnino a tutoribus vel curatoribus satisfdari non curaverint, aut non idonee passi essent caveri. — Ulpian, L. 1 § 1 *De magistratibus conveniendis* : Neque prætor neque quis alius, cui tutoris dandi jus est, hac actione tenebitur.

§ 30. — **La curatelle du pubère mineur** (1).

102. Minorité et majorité. — 103. La protection des mineurs selon la loi *Plætoria* et selon l'Édit du préteur. La restitution en entier. — 104. Fonctions du curateur. — 105. Fin de la curatelle.

102. — Durant des siècles, grâce à l'honnêteté des vieilles mœurs non moins qu'au caractère peu compli-

(1) Savigny, *Ueber den Schutz der Minderjæhrigen nach ræmischem Recht und insbesondere von der lex Plætoria*, 1833, et dans la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, t. X. Huschke, *Die vermögensrechtliche Handlungsfæhigkeit der mündigen Minderjæhrigen in ihrer geschichtlichen Entwicklung. Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. XIII (1878). — Ubbelohde, *Die Handlungsfæhigkeit des prodigus und der Minderjæhrigen*. Revue de Grünhut, t. IV.

La curatelle du mineur, institution spécialement romaine, création de la loi ou du préteur, inconnue au droit grec, semble n'avoir pas poussé de profondes racines dans les provinces orientales de l'empire. Tout en distinguant l'ἐπίτροπος du κούράτωρ, le livre de droit syro-romain, dont la compilation doit dater de 476 ou 477, n'établit entre eux aucune différence de fond et traite la curatelle comme une continuation nécessaire de la tutelle. Bruns, *Syrisch-Ræmisches Rechtsbuch*, p. 184. — L'Éclogue de Léon

qué des affaires dans une société plus agricole que commerciale, la protection si large et si ferme que la loi accordait aux impubères, perfectionnée et complétée par les Prudents et par les préteurs, devait et pouvait suffire. Ayant été rendu graduellement apte à prendre le rôle qui convient à l'homme fait, l'adolescent entrait dans la vie active assez préparé et armé pour n'être pas trop facilement victime de son inexpérience.

et Constantin (740) ne fait plus aucune différence et appelle la tutelle *κουρατορεία*. — Zachariæ, § 26.

Le Papien (36, 3) a maintenu la curatelle. Elle était encore fréquente en France au moyen âge, parfois même avec son ancien caractère volontaire ; la différence entre la tutelle et la curatelle a persisté en somme dans les provinces de droit écrit. Le droit espagnol l'a consacrée jusqu'au récent Code civil, de 1888-1889. Lehr, *Éléments de droit civil espagnol*, t. I, 160, t. II, 27, 114. Le même, *Sur la tutelle des mineurs selon le droit espagnol actuel*, dans la *Zeitschrift für internationale Privat-und Strafrecht* de Boehm, p. 170-175. — Viollet, p. 463-465. — Dans les pays de droit coutumier, la tutelle fut ordinairement continuée jusqu'à l'âge romain de vingt-cinq ans, et Loisel dit, dans ses *Institutes coutumières*, 180 : « Tuteur et curateur n'est qu'un ». Sous le régime du Code Napoléon, qui a combiné la tutelle romaine avec les principes fondamentaux du droit germanique, il n'est plus question de curatelle du mineur ; le tuteur le protège jusqu'à sa majorité, laquelle est la majorité germanique de vingt-un ans révolus. Il n'y a de curateur de mineur en droit français actuel que celui du mineur émancipé. C. N., 388, 480. — Dans le droit romain actuel, droit commun de l'Allemagne, ainsi que dans les législations particulières, la curatelle se confond aussi avec la tutelle, laquelle dure sans interruption jusqu'à la majorité. Ceci a été consacré législativement par les grandes ordonnances impériales de 1548 (titre 31, § 1) et de 1577 (titre 32, § 1), mais auparavant déjà la distinction de la puberté et de la majorité, de la tutelle et de la curatelle, était en nombre d'endroits assez effacée.

Un moment vint où il n'en fut plus ainsi. A l'époque même où la loi *Atilia* complétait l'organisation tutélaire, aux temps de Caton l'Ancien, entre la deuxième et la troisième guerre punique, une autre loi, dont la date nous est connue approximativement par une comédie de Plaute, la loi *Plætoria, quina vicenaria* (1), s'occupa des adolescents déjà pubères, *adolescentes, adulti* (2), pour les protéger contre les exploitations (*circumscriptiones*), et créa les notions nouvelles de la minorité et de la majorité (*legitima ætas*), qui devaient exercer leur influence aussi sur le droit public (3) et remplacer dans les temps modernes, en partie sous l'action du droit germanique, les anciennes notions romaines de l'impuberté et de la puberté (4). Désormais on

(1) *Introduction historique*, § 46. La date de la loi *Plætoria* doit se placer peu après l'an 200 avant notre ère. Plaute y fait allusion comme à une actualité.

Plaute, *Pseudolus*, 303 : *Perii : annorum lex me perdit quina vicenaria.*

Metuunt credere omnes.

Rudens, 1380 : *Cedo quicum habeam judicem,*

Ni dolo malo instipulatus sis nive etiamdum siem

Minus quinque et viginti natus annos.

(2) Bréal et Bailly, au mot *oleo*. Dans le langage des jurisconsultes comme dans celui de Justinien, on voit parfois les adultes (mineurs) opposés aux pupilles. Voyez, par exemple, Ulpien L. 1 *De administratione et periculo* 26, 7. *Adolescentes* est évidemment plus correct. L'adolescence, notion peu déterminée, allait même jusqu'à trente ans.

(3) Dion Cassius, 52, 20.

(4) D'autres limites d'âge, dans la minorité, sont la 20^e année révolue pour les jeunes gens et la 18^e pour les jeunes filles, comme dates déterminant la faculté d'obtenir congé d'âge (*venia*

distingue les pubères qui n'ont pas encore vingt-cinq ans révolus, *minores XXV annis*, mineurs, de ceux qui ont accompli leur vingt-cinquième année, *maiores XXV annis*, majeurs.

103. — La loi *Plætoria* traite en criminel celui qui abuse de l'inexpérience du mineur avec lequel il fait une convention, et prescrit contre lui des poursuites pénales, *judicium publicum* (1). La peine était probablement pécuniaire, avec infamie. La convention n'était point nulle, mais le mineur pouvait opposer à son créancier un moyen de défense qui devint sous le régime formulaire l'exception *legis Plætoriæ* (2), et qui lui était donné après enquête.

ætatis), c'est-à-dire d'être déclaré majeur ; la 18^e année comme pleine puberté. — Ci-dessus, § 7, 21, § 14, 44.

Aujourd'hui, dans la plupart des pays de l'Europe, la majorité n'est plus la *legitima ætas* romaine, mais l'âge de 21 ans, terme de la *Mündigkeit* germanique.

C'est un fait maintes fois constaté, et qui s'explique aisément, que dans une société avancée la protection doit durer plus longtemps que dans une société simple et en quelque sorte rudimentaire. Cf. Viollet, p. 428-434.

(1) Priscien cite à deux reprises un passage de Suétone d'après lequel la loi aurait positivement et généralement interdit de faire un contrat obligeant un mineur. (*Stipulari* dans le sens de *promittere*.) Priscien, 8, 21 : Suetonius autem passive protulit : *Plætoria, quæ vetat minorem annis XXV stipulari*. Cf. 18, 149. Huschke insiste sur ce témoignage dans l'étude précitée. *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. XIII, p. 316.

(2) Paul la cite comme *exceptio rei cohærens*, à la L. 7 § 1 *De exceptionibus* 44, 1 : *Pro minore vigintiquinque annis circumscripto*.

Cicéron, *De officiis* 3, 15 : Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela XII tabulis, circumscriptio adolescentium lege Plætoria. — *De N. D.* 3, 30 : Inde iudicium publicum rei privatæ lege Plætoria.

Lex Julia Municipalis, ligne 111 : Incapable de faire partie du sénat ou de la curie : queive lege Plætoria ob eamve rem, quod adversus eam legem fecit fecerit, condemnatus est erit.

Il doit être permis de rattacher à la loi *Plætoria* la faculté que l'on voit accordée au mineur de demander au préteur, en indiquant un motif, un curateur, qu'il désignait lui-même. Cette curatelle du mineur est venue s'ajouter aux deux curatelles de la loi des Douze Tables, avec lesquelles elle est souvent mentionnée. Le curateur pouvait être demandé, soit pour une affaire particulière, soit pour toute la gestion.

Marc Aurèle élargit la faculté donnée par la loi, en décidant que tous les pubères mineurs (*omnes adulti*) obtiendraient dorénavant un curateur, sur leur demande, sans qu'une indication de motif fût nécessaire. La minorité est désormais, en elle-même, un motif suffisant.

L'obtention d'un curateur était bien toujours une faculté, dont le mineur était libre de ne pas faire usage. Les Institutes de Justinien posent encore la règle : *Inviti adolescentes curatores non accipiunt* (1) ; et les jurisconsultes de l'époque classique se prononcent à mainte reprise pour la capacité d'action du pubère. Mais cette obtention était utile, et non pas seulement au mineur, mais aussi à tous ceux qui voulaient faire avec lui des

(1) § 2, I. *De curatoribus* 1, 23.

affaires honnêtes, et, par la force même des choses, l'habitude s'en généralisa de plus en plus. Le tuteur prudent et consciencieux ne voulait sans doute rendre ses comptes et se faire donner décharge que si un curateur approuvait.

Par le fait, à un moment donné, tout mineur ayant quelque bien devait se pourvoir d'un curateur général. Le tuteur sortant de charge fut tenu d'en faire la recommandation à son pupille ; lui-même pouvait accepter les fonctions de curateur (1).

En outre, depuis Dioclétien, le mineur pourvu d'un curateur général a été graduellement restreint dans sa capacité, au point d'être comparé au prodigue interdit. Il peut cependant tester librement (2).

Au temps où fut votée la loi *Plætoria* et encore longtemps après, les femmes étaient perpétuellement sous tutelle (3). La curatelle des mineurs devait être superflue à leur égard ; et la loi ne concernait que les pubères du sexe masculin. Mais avec la disparition graduelle de la tutelle du sexe, la curatelle fut également appliquée aux filles et veuves mineures (4).

Le curateur est donné par le magistrat, lequel tient compte du désir exprimé dans le testament du père ou de la mère.

(1) Pour le développement ultérieur, et pour le droit qui régnait dans les provinces grecques, voir la note en tête du présent paragraphe.

(2) *Traité des successions*, § 14.

(3) Ci-dessous, § 31.

(4) Papien, 36 : Pupillæ, impleto duodecimo anno, sibi ipsæ petent (curatores).

Tit. I. 1, 23 *De curatoribus*. Tit. D. 26, 6 *Qui petant tutores vel curatores et ubi petantur*. Tit. C. 5, 31 *Qui petant tutores vel curatores*. 32 *Ubi petantur tutores vel curatores*.

Gaius, I, 197-198. — Capitolin, *Marc-Aurèle*, 10 : De curatoribus vero, cum ante non nisi ex lege Plætoria, vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis. — Ulpien, 12, 4 : Præterea (*prætor ex lege Plætoria*) dat curatorem etiam ei, qui nuper pubes factus : donec negotia sua tueri non potest. — Pr. I. *De curatoribus* 1, 23 : Masculi puberes et feminæ viripotentes, usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt ; qui licet puberes sint, adhuc tamen hujus ætatis sunt, ut negotia sua tueri non possint. § 1. Dantur autem curatores ab iisdem magistratibus, a quibus et tutores. Sed curator testamento non datur, sed datus confirmatur decreto prætoris vel præsidis. § 2. Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, præterquam in litem : curator enim et ad certam causam dari potest. — Ulpien, L. 7 § 2 *De minoribus* 4, 4 : Permittitur etiam ex constitutione principum debitori compellere adolescentem ad petendos sibi curatores. — Le même, L. 13, même titre : Et ideo hodie in hanc usque ætatem adolescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suæ administratio eis committi debet, quamvis bene rem suam gerentibus. — Le même, L. 3, même titre : Denique Divus Severus et imperator noster... perraro minoribus rerum suarum administrationem extra ordinem indulserunt, et eodem jure utimur. — Alexandre Sévère, L. 6 C. *Qui petant* (224) : ... Petendi autem filiis curatores necessitas matribus imposita non est, cum puberes minores anno XXV^o ipsi sibi curatores, si res eorum exigit, petere debeant.

Modestin, L. 101 *De V. O.* 45, 1 : Puberes sine curatoribus

suis possunt ex stipulatu obligari :... Pubes vero qui in potestate est, proinde ac si paterfamilias obligari solet. — Paul, L. 43 *De O. et A.* 44, 7 : Obligari potest paterfamilias suæ potestatis pubes compos mentis : pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur jure civili. — Ulpien, L. 2 § 1 *De pollicitationibus* 50, 12 : Voto autem patres familiarum obligantur puberes sui juris. — Dioclétien et Maximien, L. 3 C. *De in integrum restitutione minorum* 2, 21 : Si curatorem habens minor quinque et viginti annis post pupillarem ætatem res venum dedisti, hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a prætore curatore dato bonis interdictum est. Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora præfinita excesserint, causa cognita non prohiberis (293). — Les mêmes, L. 2 C. *Qui legitimam personam in judiciis habent* 3, 6 : In rebus, quæ privati judicii quæstionem habent, sicut pupillus tutore auctore et agere et conveniri potest, ita et adultus curatore consentiente et intendere et excipere debet (294). — Justinien, L. 2 C. *De administratione tutorum et curatorum* 5, 37 (530).

En suite de l'application de la loi *Plætoria*, le préteur a pris le pubère mineur sous sa protection spéciale. Il annonçait dans son Édit qu'il examinerait les affaires faites avec les mineurs, et se réservait de prononcer, le cas échéant, la restitution en entier : *Quod cum minore quam XXV annis natu gestum esse dicetur, uti quæque res erit, animadvertam* (1). Cette clause, qui date probablement de la République, a un caractère général ; elle concerne le pupille aussi bien que le pubère,

(1) Ulpien, L. 1 § 1 *De minoribus*. — Lenel, § 41, p. 93.

et les actes faits avec l'autorisation du tuteur ou le consentement du curateur comme ceux qui ont été faits sans cette autorisation ou ce consentement.

Tit. D. 4, 4 *De minoribus XXV annis*, C. 2, 21 *De in integrum restitutione minorum XXV annis*.

104. — Le curateur spécial donnait ou refusait son assentiment, *consensus*, à l'acte en vue duquel il était nommé.

Le curateur général donnait ou refusait également, après examen, son assentiment aux actes d'aliénation et d'obligation du mineur. Il pouvait le donner par écrit ou de vive voix, dans l'acte même, ou après, ou d'avance.

Comme on l'a dit plus haut, le curateur n'avait pas à interposer son autorité, mais uniquement à donner ou à refuser son assentiment. A part cela, et *mutatis mutandis*, la curatelle suit, sur la plupart des points, l'analogie de la tutelle ; les titres des Pandectes relatifs à la tutelle traitent aussi de la curatelle, comme l'indiquent leurs rubriques (1). Le développement exposé à l'article précédent aboutit naturellement à une administration à peu près générale de la fortune par le curateur.

La défense de Septime Sévère, mentionnée plus haut, s'applique aussi aux immeubles du pubère mineur.

Le recours contre le curateur s'exerçait au moyen

(1) Ci-dessus, § 25, 84 ; § 27, 94. — Le titre 26, 7 des Pandectes est intitulé : *De auctoritate et consensu tutorum et curatorum*, ce qui veut dire : *De auctoritate tutorum et consensu curatorum*. On trouve cependant, quelquefois, *curatoris auctoritas*, improprement ou par suite d'interpolation.

d'une action *negotiorum gestorum* utile, appelée aussi *actio utilis curationis causa*, *curationis iudicium*, *actio tutelæ utilis*. Le curateur avait l'action *negotiorum gestorum contraria* (1). Le curateur qui a trompé ou volé, est condamné au double (2).

Paul, L. 20 *De R. N.*, 23, 2 : Sciendum est, ad officium curatoris non pertinere, nubat pupilla an non, quia officium ejus in administratione negotiorum constat ; et ita Severus et Antoninus rescripserunt in haec verba : « Ad officium curatoris administratio pupillæ pertinet : nubere autem pupilla suo arbitrio potest ». — Gordien, L. 8 C. *De nuptiis* 5, 4. Ci-dessus, § 14, p. 148.

Ulpien, L. 14 § 7 *De solutionibus* 46, 3 : Curatori quoque furiosi recte solvitur, item curatori sibi non sufficientis vel per ætatem vel per aliam justam causam. Sed et pupilli curatori recte solvi constat.

Constitution de Septime Sévère. Ci-dessus § 27, p. 326.

Hermogénien, L. 48 *De administratione et periculo* 26, 7 : Inter bonorum ventrisve curatorem et inter curatorem furiosi itemque prodigi pupillive magna est differentia, quippe cum illis quidem plane (plena ?) rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia et rerum, quæ deteriores futuræ sunt, venditio committitur. — Ulpien, L. 5 § 6, même titre : Post completum vicesimum quintum annum ætatis si nondum rationes redditæ sunt nec ad causam instrumenta pertinentia, fidei ac verecundiæ curatorum convenit, ut consilio suo cœptam litem perficiant. Si igitur cessent in his quæ constituta sunt faciendis, magis puto sufficere ne-

(1) Lenel, § 124.

(2) Paul, 2, 30. Ci-dessus, § 29, 100.

gotiorum gestorum iudicium etiam si jam actum est, si tamen hujus rei ratio reddita non est.

105. — La curatelle cesse à la majorité, laquelle peut être anticipée par congé d'âge, *venia ætatis*, accordé sur requête, depuis Constantin, au mineur de sexe masculin qui a vingt ans révolus, et à la mineure qui en a dix-huit, si leur conduite est bonne (1).

La curatelle cesse aussi par les motifs qui mettent fin à la tutelle. Ainsi en particulier par la déposition du curateur suspect.

Tit. C. *De his, qui veniam ætatis impetraverunt* 2, 44.

Aurélien, L. 1 de ce titre (274). — Constantin, L. 2 : Omnes adulescentes, qui honestate morum præditi paternam frugem vel avorum patrimonia gubernare cupiunt et super hoc imperiali auxilio indigere cœperint, ita demum ætatis veniam impetrare audeant, cum vicesimi anni metas impleverint, ita ut post impetratam ætatis veniam idem ipsi per se principale beneficium adlegantes non solum præscriptorum annorum numerum probent, sed etiam testibus idoneis advocatis morum suorum instituta probitatemque animi et testimonium vitæ honestioris edoceant... (321).

(1) La concession du congé d'âge paraît avoir été tellement fréquente dans l'empire d'Orient, après Justinien, qu'elle fut considérée comme allant sans dire, et que la nouvelle 28 de Léon déclara qu'en règle l'indépendance commencerait à 20 et à 18 ans ; cette nouvelle cependant n'a pas été reçue dans l'Éclogue des nouvelles de Léon. — Zachariæ, § 27.

SECTION II. — *La tutelle du sexe* (1).

§ 31.

106. En général. — 107. Qui est tuteur. — 108. Situation de la femme sous tutelle. — 109. Disparition de la tutelle du sexe.

106. — Longtemps, à Rome, la femme nubile et même majeure, qui n'était ni en puissance de père ni en puissance de mari, a été considérée comme devant être soumise à une tutelle perpétuelle, et cela, disent les juristes, *propter levitatem animi, infirmitatem consilii, sexus infirmitatem et forensium rerum ignorantiam*.

J'ai rappelé l'importance que l'on attachait à la gravité et à la fermeté, qualités viriles qui peuvent être appelées nationales. Néanmoins ces raisons doivent surprendre, d'après ce que l'on sait du caractère et de l'éducation des femmes et des filles de Rome. Mais ce n'étaient point les seules, ni même les principales. La dépendance générale et perpétuelle des femmes se retrouve partout dans l'ancien droit indo-européen (2).

(1) Ancienne dissertation d'Everard Otto. 1719. — Savigny, *Beitrag zur Geschichte der Geschlechtstutel; Vermischte Schriften*, t. I. — Keller, *Institutionen*, § 266. — Pernice, *Labeo*, t. I, p. 189-196. — Voigt, *Die Zwælf Tafeln*, §§ 110-113.

(2) Gaius, 1, 193, ci-dessus § 25, 84. — D'après les lois de Manou et le Yajnavalkya, la femme ne doit jamais être indépendante. Le droit grec consacre rigoureusement la tutelle perpétuelle des femmes. Hermann, t. III, § 56. En Scandinavie, en Islande la tu-

L'esprit de famille, le soin du patrimoine et du culte familial, le désir d'empêcher le déplacement et l'émiettement des fortunes, enfin les droits du patronat l'ont maintenue pendant des siècles. Gaius laisse entendre que pour lui les motifs allégués sont des prétextes.

Une loi royale exemptait de tutelle les vestales, et la loi *Julia et Papia* les veuves ayant le *jus liberorum*.

Caton, dans Tite-Live, 34, 2 : *Majores nostri nullam, ne privatam quidem rem agere feminas sine tutore auctore voluerunt ; in manu esse parentum, fratrum, virorum.* — Cicéron, *Pro Murena*, 27 : *Mulieres omnes propter infirmitatem consilii majores in tutorum potestate esse voluerunt.* — Gaius, 1, 144 : ... *Veteres enim voluerunt, feminas, etiam si perfectæ ætatis sint, propter animi levitatem in tutela esse, 145.* — 190 : *Feminas vero perfectæ ætatis in tutela esse, fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur : nam quæ vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et æquum erat, eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera.* — Plutarque, *Numa*, 10 : *Τιμᾶς δὲ μεγάλας ἀπέδωκεν (τᾶς ἐστιάζειν), ὧν ἔστι καὶ τὸ διαθέσθαι ζῶντος ἑξεῖναι πατρὸς καὶ τᾶλλα πράττειν ἄνευ προστάτου.*

Ulpien, 11, 1 : *Tutores constituuntur in feminis... tam impuberibus quam puberibus et propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam.*

telle appartient au plus proche héritier. Droit germanique : Loi des Saxons, 7, 2. Loi salique, 46, § 7-10. *Miroir de Saxe* 1, 45 § 1. — Viollet, *Précis*, p. 242-250. — L'ancien droit des Slaves ne paraît pas avoir connu la tutelle du sexe, ce qui peut s'expliquer par la forte organisation de leurs communautés de famille ; l'influence allemande paraît avoir introduit la tutelle en certaines contrées. — *Miroir de Saxe*, III, 73, § 3 : *Man seget dat alle wendinne fri sin.*

Gaius, 1, 194 : Tutela autem liberantur ingenuæ quidem trium (liberorum jure, libertinæ vero quattuor, si in patroni) liberorumve ejus legitima tutela sint.

107. — Les modes de constitution de la tutelle du sexe sont les mêmes que ceux de la tutelle des impubères.

La veuve, la fille, la bru recevaient un tuteur datif par dernière volonté du mari ayant puissance ou du père de famille. A défaut de telle volonté, les tuteurs étaient les plus proches agnats et, à défaut d'agnats, les gentils (1) ; ou le patron, le quasi-patron, le *parens manumissor*. A défaut d'autre tutelle, le magistrat donnait un tuteur en vertu des lois *Atilia* et *Julia et Titia*. Le mari pouvait, déjà sous la République, laisser à sa veuve le choix du tuteur, soit pour toute la tutelle, soit pour telle affaire spéciale et avec plus ou moins de latitude ; le tuteur était alors dit tuteur optif (2). Le magistrat aussi nommait des tuteurs *ad singulas res vel causas* : ainsi en cas d'absence ou d'empêchement du tuteur, ou d'acte à passer avec lui. — Le tuteur légitime pouvait céder

(1) La tutelle des gentils ressort d'une façon indubitable de l'éloge de Turia : Nec sub condicionem tutelæ legitimæ venturam, quous per [*legem in te jus non*] esset, neque enim familiæ gens ulla probari poterat, quæ te id facere [*cogeret*] : nam etsi patris testamentum ruptum esset, tamen iis, qui intenderent, [*non esse id*] jus, quia gentis ejusdem non essent. — Mommsen, *Zwei Sepulcralreden aus der Zeit Augusts und Hadrians*. 1864. (Académie de Berlin).

(2) Tite Live, 39, 19, 5. Option conférée par sénatus-consulte de l'an 185 (*escennia Hispala*).

la tutelle ; le cessionnaire était appelé *tutor cessitius* (1).

Pour la femme comme pour l'impubère, la tutelle légitime, qui avait primitivement été la seule, n'avait lieu qu'à défaut de tutelle dative. La tutelle agnatique pouvait être exclue aussi par une tutelle quasi-patronale, fiduciaire. On a vu plus haut la *coemptio tutelæ evitandæ causa* (2).

Gaius, 1, 148 : Uxori, quæ in manu est, proinde ac filiæ, item nurui, quæ in filii manu est, proinde ac nepti tutor dari potest. 149. 150. In persona tamen uxoris, quæ in manu est, recepta est etiam tutoris optio, id est ut liceat ei permittere, quem velit ipsa tutorem sibi optare, hoc modo : *TITLÆ UXORI MEÆ TUTORIS OPTIONEM DO*. Quo casu licet ita testari ut tutorem optare liceat uxori in omnes res vel in unam forte aut duas. 151. Ceterum aut plena optio datur aut angusta. 152. Plena ita dari solet, ut proxime supra diximus. Angusta ita dari solet : *TITLÆ UXORI MEÆ TUTORIS OPTIONEM DUMTAXAT SEMEL DO*, aut *DUMTAXAT BIS DO*. 153. Quæ optiones plurimum inter se differunt. 154. Vocantur autem hi, qui nominatim testamento tutores dantur, dativi, qui ex optione sumuntur, optivi. 155. Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi. 165. *Suprà*, § 26, p. 308. — 173. Præterea senatusconsulto mulieribus permissum est in absentis tutoris locum alium petere ; quo petito prior desinit ; nec interest quam longe absit is tutor. 180. Item si qua in tutela legitima furiosi aut muti sit, permittitur ei senatusconsulto dotis constituendæ gratia tutorem petere. 184. *Ci-dessus*, § 26, 92.

Ulpien, 11, 6 : Legitimi tutores alii tutelam in jure cedere

(1) Scheurl, *Beitræge zur Bearbeitung des rœm. Rechts*, t. II (1834).

(2) *Ci-dessus*, § 21. 71.

possunt. 7. Is cui tutela in jure cessa est, cessicius tutor appellatur. Qui sive mortuus fuerit sive capite minutus sive alii tutelam in jure cesserit, redit ad legitimam tutorem tutela. Sed et si legitimus decesserit aut capite minutus fuerit, cessicia quoque tutela extinguitur. 8. Quantum ad agnatos pertinet, hodie cessicia tutela non procedit, quoniam permissum erat in jure cedere tutelam feminarum tantum, non etiam masculorum. — Gaius, 1, 168-171.

Ulpien, 11, 18, 20 : Ex lege Julia de maritandis ordinibus tutor datur a prætore urbis ei mulieri virginive, quam ex hac ipsa lege nubere oportet, ad dotem dandam, dicendam, promittendam, si legitimum tutorem pupillum habeat. Sed postea senatus censuit, ut etiam in provinciis quoque similiter a præsidibus earum ex eadem causa tutores dentur. 21. Præterea etiam in locum muti furiosive tutoris alterum dandum esse tutorem ad dotem constituendam senatus censuit. 22. Item ex senatusconsulto tutor datur mulieri ei, cujus tutor abest, præterquam si patronus sit qui abest : nam in locum patroni absentis alter peti non potest nisi ad hereditatem adeundam et nuptias contrahendas.

108. — Il est probable qu'à l'origine le pouvoir du tuteur, et ceci doit s'entendre surtout du tuteur légitime, ne différait que peu ou point de celui du père ou du mari ; on le qualifie de *manus*, de *potestas* (1). Nos sources ne nous montrent plus cet état de choses. Nous n'y voyons plus que les femmes *sui juris* soient inca-

(1) Ci-dessus, § 2, 3 ; § 25, 84. En Grèce, le tuteur légitime avait des droits fort étendus. On voit, dans Homère, Télémaque maître de la main de sa mère, des frères vendant leurs sœurs en esclavage.

pables d'agir, d'administrer leurs biens. Mais, pour les motifs ou sous les prétextes connus, leur capacité était restreinte. On ne voulait pas qu'elles fissent seules et sans contrôle certains actes importants : ces actes étaient nuls si la volonté du tuteur ne complétait pas la volonté féminine. Il fallait aux femmes l'autorisation tutélaire pour se marier (1) ; pour constituer une dot, pour ester en justice, pour faire cession *in jure*, pour aliéner une chose *mancipii*, pour libérer un débiteur par acceptilation, pour s'obliger, pour faire adition d'hérédité, pour tester (2), pour affranchir.

Mais cette autorisation pouvait, et cela peut-être avant la fin de la République, être forcée par le magistrat, après enquête, pour tout tuteur autre que le légitime. Et celui-ci même, libre en principe, parce qu'il exerçait un droit qui lui appartenait en propre, fut aussi contraint à autoriser, mais seulement *ex magna causa*. Au point de vue de cette différence, on distinguait deux espèces de tutelle, la légitime et l'autre (*tutela alterius generis*) (3). Une *magna causa* a dû être, au moins depuis la loi *Julia et Papia*, un mariage honorable.

Quand le tuteur *alterius generis* n'eut plus la faculté de refuser son autorisation, il cessa d'être gênant, mais put encore être utile, comme conseiller et comme ap-

(1) En Irlande, le frère mariait sa sœur ; en Suède, le plus proche parent marie sa parente sans le consentement de la mère. Voir, pour la Grèce, la note précédente.

(2) *Traité des successions*, § 14. *Coemptio testamenti faciendi causa*, ci-dessus, § 21.

(3) Gaius, 1, 188 : *supra*, § 25, 85.

pui ; lorsqu'il parut superflu, la tutelle du sexe fut supprimée.

Quant au tuteur fiduciaire, son autorisation était affaire de pure forme ; il n'était qu'un simulacre de tuteur ; avec son apparition se manifeste la décadence de l'institution tutélaire.

Conformément à ce que j'ai dit plus haut, le tuteur du sexe n'avait pas à gérer le patrimoine, mais uniquement à interposer son autorité, de sorte qu'il n'y avait pas lieu d'intenter contre lui l'action de tutelle ni l'action *de rationibus distrahendis*. Cette interposition d'autorité allait au delà des actes ordinaires de la vie juridique et économique, puisqu'elle était requise pour le mariage. En outre, le tuteur avait, anciennement, la surveillance des mœurs de sa pupille, ainsi que la juridiction domestique sur elle ; c'était lui qui convoquait et présidait le conseil ou tribunal de famille, dont l'histoire mentionne plus d'une fois les sentences rigoureuses (1).

Cicéron, *pro Flacco*, 34 : ... In manum, inquit, convenerat... Sed quæro, usu an coemptione ? Usu non poterat. Nihil enim potest de tutela legitima nisi omnium tutorum auctoritate deminui. Coemptione ? omnibus ergo auctoribus, in quibus certe Flaccum fuisse non dices.

Ulpien, 11, 25 : Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt : mulierum autem tu-

(1) Voigt, *Zwölf Tafeln*, § 111. Exemples de femmes *sui juris* jugées en tribunal domestique : Pline, *Histoire naturelle*, 14, 13, 89. — Tite Live, 39, 18, 6 (affaire des Bacchanales). — Valère Maxime, 6, 3, 7-8. — Tacite, *Annales*, 2, 50. — Suétone, *Tibère*, 35.

tores auctoritatem dumtaxat interponunt. 27. Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus : si lege aut legitimo iudicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertæ suæ permittant in contubernio alieni servi morari, si rem Mancipi alienent. — Le même, 1, 17 : Mulier, quæ in tutela est, item pupillus et pupilla, (*nisi tutore auctore*) manumittere non possunt. — Gaius, 2, 118 : Observandum præterea est, ut si mulier, quæ in tutela est, faciat testamentum, tutore auctore facere debeat : alioquin inutiliter jure civili testabitur. 2, 47 : (*Item olim*) mulieris, quæ in agnatorum tutela erat, res Mancipi usucapi non poterant, præterquam si ab ipsa tutore auctore traditæ essent : idque ita lege XII tabularum cautum erat. — Le même, 1, 190 : ... Mulieres enim, quæ perfectæ ætatis sunt, ipsæ sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam ; sæpe etiam invitus auctor fieri a prætore cogitur. 191. Unde cum tutore nullum ex tutela iudicium mulieri datur... 192. Sane patronorum et parentum legitimæ tutelæ vim aliquam habere intelleguntur eo, quod hi neque ad testamentum faciendum, neque ad res Mancipi alienandas, neque ad obligationes suscipiendas auctores fieri coguntur, præterquam si magna causa alienandarum rerum Mancipi obligationisve suscipiendæ interveniat. Eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate, neque alienatis pretiosioribus rebus susceptove ære alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat.

109. — La tutelle légitime des agnats donnait lieu, par la force même des choses, à des abus, qui à un certain moment parurent intolérables. Les agnats avaient intérêt à empêcher leur agnate de tester, d'aliéner, de faire

tout acte qui menaçait leurs perspectives d'héritage, et ils avaient le pouvoir de l'en empêcher. De là les expédients mentionnés plus haut (1) ; de là aussi l'abolition de la tutelle agnatique, qui eut lieu par une loi (peut-être un sénatus-consulte) du règne de Claude. Quand donc Gaius et Ulpien parlent de tutelle légitime, il s'agit seulement de celle des patrons et quasi-patrons et du *parens manumissor*. Ces tutelles, en effet, n'avaient pas le caractère odieux de la tutelle agnatique. La situation de la fille vis-à-vis de son père qui l'avait libérée de la puissance paternelle, et de l'ancienne esclave vis-à-vis du maître qui avait fait d'elle une personne libre, était toute autre que celle de l'ingénue qui se voyait entravée et exploitée par ses frères, ses oncles ou ses cousins.

Toutes les tutelles du sexe disparurent entièrement au cours du quatrième siècle. La dernière trace de leur existence se trouve dans un rescrit de Dioclétien de l'an 293 (2). On ignore quels actes législatifs y ont mis fin. Le Code Théodosien ne les mentionne plus (3). Désor-

(1) Au § 24.

(2) La constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius, de l'an 390, transcrite au § 26, 89, suppose nécessairement que les femmes ne sont plus sous tutelle. Le rescrit de Dioclétien nous est transmis par les *Fragments du Vatican*, § 325 : ..Mulier quidem facere procuratorem sine tutoris auctoritate non prohibetur.

Les invasions germaniques ont ramené la tutelle du sexe dans notre Occident. Elle a subsisté jusqu'aux temps modernes et même tout à fait récents, aux Pays-Bas et dans plusieurs pays d'Allemagne ; dans les États scandinaves, où elle a été abolie de 1857 à 1869 ; en Suisse, où elle n'a disparu qu'en 1877. En France, elle n'a pas survécu au moyen âge ; on la voit au treizième siècle, à Bordeaux, en Touraine, dans l'Anjou.

(3) *A fortiori* n'en existe-t-il plus aucune trace dans le livre de

mais le sexe n'est plus une cause générale d'incapacité. La femme romaine est presque l'égale de l'homme (1).

Gaius, 1, 157 : Sed olim quidem, quantum ad legem XII tabularum attinet, etiam feminæ agnatos habebant tutores : sed postea lex Claudia lata est, quæ quod ad feminas attinet, tutelas (illas) sustulit : itaque masculus quidem impubes fratrem puberem aut patruum habet tutorem ; feminæ vero talem habere tutorem non amplius coguntur. 171. 190. — Ulpien, 11, 6, 8 : ... Feminarum autem legitimas tutelas lex Claudia sustulit, excepta tutela patronorum.

droit syro-romain. — Il est bien probable que la tutelle du sexe a été supprimée, et n'est pas simplement tombée en désuétude, sinon Justinien aurait jugé bon de l'abroger.

(1) Il ne faut pas exagérer l'égalité des sexes en droit romain. Papinien l'a dit, et les compilateurs des Pandectes ont inséré cette déclaration : In multis juris nostri articulis deterior est condicio feminarum, quam masculorum (L. 9 *De statu hominum* 1, 5). — Que l'on pense, en effet, aux mesures protectrices des femmes, au sénatus-consulte Velléien, à tous les offices virils dont elles sont exclues, aux puissances dont elles sont incapables. Mais déjà Ulpien a posé la règle générale, qui forme la loi 1 du titre *De Regulis juris* 50, 17 : Verbum hoc si quis tam masculos quam feminas complectitur.

SECTION III. — *La curatelle du furieux* (1).

§ 32.

110. Loi des Douze Tables. Fonctions du curateur quant à la personne et quant aux biens.

110. — La loi des Douze Tables plaçait le furieux, *furiosus*, pour l'empêcher de perdre son patrimoine, sous la tutelle de ses agnats ou, à défaut d'agnats, de ses gentils, et cette disposition a été étendue à tous les individus en état de démence ou d'idiotisme, *dementes*, *amentes*, mais non pas à ceux qui sont simplement bornés ou sots, *stulti*, *insani* (2). La loi reconnaissait aux agnats

(1) Voigt, *Die Zwölf Tafeln*, §§ 163-165. — Pernice, *Labeo*, t. I, p. 234-237. — Buhl, *Salvius Julianus*, § 30.

(2) La folie appelée *furor*, qu'on attribuait primitivement à une possession, se manifeste surtout par des accès périodiques, réguliers ou irréguliers, tandis que la *dementia* suit un cours égal et calme. Dans l'un et l'autre cas il y a aliénation mentale, le malade est *mente captus* : « mente captus », selon Paul Diacre, 159,4, « cum mens ex hominis potestate abiit, et idem demens, quod de sua mente decesserit, et amens, quod a mente abierit ». Saluste et Suétone parlent de *mens alienata*. Comparez Cicéron, *Tusculanes*, 3, 4-5 ; *In Pisonem*, 21, 50 ; *De haruspicum responsis* 18, 39 : A Diis quidem immortalibus quæ potest homini major esse pœna furore atque dementia ? — La terminologie ne paraît nullement invariable. M. Audibert a serré de fort près les diverses questions relatives à la terminologie dans son étude sur *deux formes d'aliénation mentale reconnues par le droit romain (furor et dementia)*. *Nouvelle Revue historique*, t. XIV, p. 846-890. 1890.

et gentils un véritable pouvoir sur le furieux et sur ses biens. Ils décident, en conseil de famille ou de *gens*, s'il y a lieu de lui nommer un curateur, à prendre probablement dans leur propre sein, et ils surveillent l'exercice de la curatelle (1).

En droit nouveau le curateur est nommé et contrôlé par le magistrat, qui tient compte, dans son choix, des dernières volontés des parents de l'aliéné. Rien n'empêche de conférer au fils la curatelle de son père ou de sa mère, mais on ne nomme pas un mari curateur de sa femme.

Il n'y a lieu à curatelle du furieux que s'il est *sui juris* et n'a ni tuteur ni curateur de mineur.

Le curateur a la pleine administration des biens, sauf la restriction mise par Septime Sévère à l'aliénation des immeubles, et il doit prendre soin aussi de la personne du furieux (2). Celui-ci étant sans volonté, donc incapa-

(1) De même en droit grec, l'administration des biens du fou lui était enlevée et était confiée à ses parents; seulement ce sont ses cognats du cercle intime, ses ἀγχιστεῖς, tandis qu'à Rome, par suite du développement connu (§ 2, 5) ce sont les agnats. — Leist, *Rechtsgeschichte*, § 44.

La tutelle de l'insensé et du prodigue ne paraît pas dans les lois des barbares; en France, les curatelles romaines sont en usage, même dans les pays coutumiers, dès le XIV^e siècle. — Viollet, p. 463. — Les *Miroirs* de Saxe (3, 3) et de Souabe (314) consacrent la tutelle du «Thor et Sinnlose»; les curatelles romaines du furieux et du prodigue ont de bonne heure été introduites dans l'empire allemand.

(2) Il se peut que la loi lui ait imposé expressément l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour empêcher le furieux de nuire; de le faire garder, lier. M. Voigt rapporte à ceci un passage

ble d'agir, le curateur n'a pas à autoriser, mais à gérer ; il fait tout lui-même, comme le tuteur de l'*infans*. Il ne peut faire adition d'hérédité pour le fou, mais seulement demander la *bonorum possessio furiosi nomine*, et à la mort du fou, la succession retourne à ceux qui auraient hérité à son défaut.

Les actes faits par le furieux dans un intervalle lucide sont valables. Quand y a-t-il intervalle lucide ? Question de fait.

La curatelle cesse à la guérison.

Le curateur est tenu par l'action *negotiorum gestorum* utile, comme celui du mineur (1).

Tit. D. 27, 10 *De curatoribus furioso et aliis extra minores dandis*. Tit. C. 5, 70 *De curatore furiosi vel prodigi*. — Tit. D. *De bonorum possessione furioso infanti muto surdo cæco competente* 37, 3.

Cicéron, *De inventione*, 2, 50 : Lex : SI FURIOSUS ESCIT, ADGNATUM GENTILIUMQUE IN EO PECUNIAQUE EJUS POTESTAS ESTO. *Tusculanes* 3, 5 : (Græci)... quem nos furorem, μελαγχολίαν illi vocant. Quasi vero atra bili solum mens, ac non sæpe

des Douze Tables, qu'il complète : AST EI CUSTOS NEC ESCIT, CONSTRINGITO. — Festus, v^o *Ast et Nec*.

Comparez Cicéron, *Tusculanes*, 2, 21 : Si turpissime se illa pars animi geret..., vinciat et constringatur amicorum propinquo-
rumque custodiis. — Pomponius, L. 9 § 2 *De lege Pompeia de parricidiis* 48, 9, citant un rescrit rendu au sujet d'un fou qui avait tué sa mère, dit : Sufficere furore ipso eum puniri, diligentiusque custodiendum esse aut etiam vinculis coercendum. En Grèce comme chez les Hindous, le fou dangereux était lié. Comparez *Miroir de Souabe*, 314. — Voigt, *Die Zwælf Tafeln*, t. I, p. 713, t. II, § 165, note 12. — Leist, *Rechtsgeschichte*, § 11.

(1) Lenel, § 124. Ci-dessus, § 30, 104.

vel iracundia graviore vel timore vel dolore moveatur : quo genere Athamantem, Alcmæonem, Ajacem, Orestem furere dicimus : qui ita sit affectus, eum dominum esse rerum suarum vetant XII tabulæ. Itaque non est scriptum : SI INSANUS, sed SI FURIOSUS ESCIT. Stultitiam enim censuerunt, constantia id est sanitate vacantem, posse tamen tueri mediocritatem officiorum et vitæ communem cultum atque usitatum. Furorem autem esse rati sunt mentis ad omnia cæcitatem. — *De Republica* 3, 33, 45 : Cum furiosorum bona legibus in agnatorum potestate sint. — Marcien, L. 2 *De inofficioso testamento* 5, 2. — Paul, L. 53 pr. *De V. S.* 50, 16. — Ulpien, L. 1 pr. *De curatoribus furioso*. Ci-dessous, § 33.

Papinien, L. 14, même titre : Virum uxori mente captæ curatorem dari non oportet.

Gaius, L. 13, même titre : Sæpe ad alium e lege XII tabularum curatio furiosi aut prodigi pertinet, alii prætor administrationem dat, scilicet cum ille legitimus inhabilis ad eam rem videatur. — Ulpien, L. 1 § 1 même titre :... Extat divi Pii rescriptum, filio potius curationem permittendam in patre furioso, si tam (tamen ?) probus sit. — Ulpien, 12, 2 : Lex XII tabularum furiosum, itemque prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione jubet esse agnatorum. — § 3, I. *De curatoribus* 1, 23 : Furiosi quoque et prodigi, licet maiores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum ex lege XII tabularum. Sed solent Romæ præfectus urbis vel prætor et in provinciis præsides ex inquisitione eis dare curatores. — Julien, L. 7 pr. *De curatoribus furioso* : Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi. — Gaius, 2, 64 : ... Agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum. — Hermogénien, L. 48 *De administratione et periculo*. Ci-dessus, § 30, 104.

Ulpian, L. 3 pr. *De tutelis* 26, 1 : Qui habet tutorem pupillus vel pupilla, si furere cœperint, in ea causa sunt, ut in tutela nihilominus durent : quæ sententia Quinti quoque Mucii fuit et a Juliano probatur, eoque jure utimur, ut cesset cura, si tutelæ ætas indigeat. Quare si tutores habent, per furorem in curam non rediguntur, sive non habent et furor eis accesserit, nihilominus tutores accipere poterunt : quia lex XII tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat. § 1. Quia autem in pupillorum persona adgnatos curatores non admittimus, idcirco putavi etsi minor XXV annis furiosus sit, curatorem ei non ut furioso, sed ut adulescenti dari, quasi ætatis esset impedimentum. Et ita definiemus ei, quem ætas curæ vel tutelæ subjicit, non esse necesse quasi dementi quæri curatorem, et ita imperator Antoninus Augustus rescripsit, cum magis ætati quam dementiæ tantisper sit consulendum.

Paul, L. 5 *De R. J.* 50, 17 : In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum qui fari possunt, quamvis actum rei non intellexerent : nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia tutore auctore agere potest. — Le même, L. 124 § 1 du même titre : Furiosus absentis loco est, et ita Pomponius libro primo Epistularum scribit. — Julien, L. 57 § 4 *De furtis* 47, 2 : .. Tutor domini loco habetur. Sed et circa curatorem furiosi eadem dicenda sunt, qui adeo personam domini sustinet, ut etiam tradendo rem furiosi alienare existimetur.

Gaius, L. 28 § 1 *De pactis* 2, 14 : Si curator furiosi aut prodigi pactus sit, ne a furioso aut prodigo peteretur, longe utile est curatoris recipi pactiones : sed non contra. — Marcellus, L. 12 *De curatoribus furioso* : Ab adgnato vel alio curatore furiosi rem furiosi dedicari non posse constat : adgnato enim furiosi non usquequaque competit rerum ejus alienatio,

sed quatenus negotiorum exigit administratio. — Gaius, loi finale du même titre : Curator furiosi nullo modo libertatem præstare potest, quod ea res ex administratione non est : nam in tradendo ita res furiosi alienat, si id ad administrationem negotiorum pertineat : et ideo si donandi causa alienet, neque traditio quicquam valebit, nisi ex magna utilitate furiosi hoc cognitione iudicis faciat.

Pomponius, L. 40 *De R. J.* 50, 17 : Furiosi vel ejus, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est. — Ulpien, L. 5 § 2 *Ad legem Aquiliam* 9, 2 : Et ideo quærimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliæ actio sit ? Et Pegasus negavit : quæ enim in eo culpa sit, cum suæ mentis non sit ? Et hoc est verissimum. Cessabit igitur Aquiliæ actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit..... — Ulpien, L. 25 *De fidejussoribus* 46, 1. Le même, L. 8 § 1 *De tutoribus et curatoribus* 26, 5. — Julien, L. 2 § 3 *De jure codicillorum* 29, 7 : Furiosus non intelligitur codicillos facere, quia nec aliud quidquam agere intelligitur, cum per omnia et in omnibus absentis vel quiescentis loco habetur. — Florentin, L. 209 *De V. S.* 50, 16 : « Coram Titio » aliquid facere jussus, non videtur coram eo fecisse, nisi is intellegat : itaque si furiosus aut infans sit aut dormiat, non videtur coram eo fecisse. — Gordien, L. 2 C. *De curatore furiosi* : Orationis divi Severi beneficium, quo possessiones rusticas sine decreto præsidis pupillorum seu adulescentium distrahi vel obligari prohibitum est, non injuria etiam ad agnatum furiosi porrigitur (238). — Justinien, L. 6 C., même titre. § 1 : ... Sed per intervalla, quæ perfectissima sunt, nihil curatorem agere, sed ipsum posse furiosum, dum sapit, et hereditatem adire et omnia alia facere, quæ sanis hominibus competunt.... (530).

Julien, L. 7 § 2 *De curatoribus furioso* : Cum dementis cu-

ratores, quia satis non dederat et res male administraret, proconsul removerit a bonis aliumque loco ejus substituerit curatorem, et hic posterior, cum nec ipse satis dedisset, egerit cum remoto negotiorum gestorum, posteaque heredes dementis cum eodem negotiorum gestorum agant.

SECTION IV. — *La curatelle du prodigue* (1).

§ 33.

111. L'interdiction selon la loi des douze Tables et le droit nouveau.

111. — En vertu de la coutume, que la loi des Douze Tables a sanctionnée, le prodigue, *prodigus*, *nepos* (2), pouvait, après enquête, être interdit par le magistrat, c'est-à-dire dépouillé de l'administration de ses biens paternels (*paterna et avita*) à lui dévolus *ab intestat* et qu'il dissipait, et placé, comme s'il était fou, sous la curatelle de ses agnats ou, à leur défaut, de ses gentils.

(1) Ubbelohde, au t. IV de la *Zeitschrift für Privat-und öffentliches Recht*. 1877. — Audibert, *Essai sur l'histoire de l'interdiction et de la curatelle des prodigues en droit romain*. *Nouvelle Revue historique*, 1890. — Voigt, *Die Zwölf Tafeln*, § 164. — Pernice, *Labeo*, t. I, p. 237-240. — Leist, *Rechtsgeschichte*, § 11.

(2) Porphyron, sur Horace, *Épodes*, 1, 34 : *Nepotem... veteres ut prodigum ac luxuriosum dicebant, quia re vera solutioris et delicatioris vitæ solebant esse, qui sub avo nutriuntur*. — Voigt, § cité, note 3. — *Prodigus*, qui jette l'argent devant soi : dissipateur. Bréal et Bailly, au mot *Ago*.

C'est la curatelle légitime du prodigue, imitée de celle du furieux (1).

Cette curatelle légitime n'existe plus en droit nouveau. Désormais le curateur est choisi et nommé par le prêteur, lequel peut confirmer la désignation faite par le père dans un acte de dernière volonté.

Par un motif de convenance, on ne nommait guère un fils curateur de son père, lorsqu'il y avait quelque autre parent qualifié.

Quant aux biens de provenance différente, non paternels, non hérités *ab intestat*, la loi ne s'en inquiétait pas. Le prêteur en confia le soin au curateur nommé par lui.

L'Édit, comme la loi des Douze Tables, supposait que le prodigue avait des enfants, qu'il ruinait. Cette condition n'est plus requise en droit nouveau.

Le mineur prodigue est interdit aussi bien que le majeur. De même la femme ou fille *sui juris*.

L'assimilation du prodigue au furieux est très ancienne, commune au droit romain et au droit grec, et les jurisconsultes la proclament mainte fois (2). Cepen-

(1) Le souci des biens paternels (*paterna et avita*), l'assimilation du prodigue au fou, la curatelle légitime, autant de traits communs au droit romain et au droit grec. Mais celui-ci confie la curatelle ou tutelle aux ἀρχιστῆς, tandis qu'à Rome c'est la famille civile qui en est chargée.

Dans le vieux droit aryen les biens hérités forment la fortune la plus respectable, celle qui fait renaître l'ancêtre comme un Dieu. — Leist, *Jus gentium*, § 64. *Rechtsgeschichte*, § cité; et commentaire de Glück, t. V.

(2) Surtout Pomponius, en un texte célèbre, L. 40 *De R. J.* 50, 17, transcrit p. 368.

Malgré l'avis différent de M. Audibert, je ne pense pas qu'il

dant, le prodigue n'est pas traité en tout comme le furieux. Il n'est point incapable d'une façon absolue. Il est plutôt indigne d'administrer son patrimoine. Dans l'intérêt de sa famille, on ne lui permet plus de s'obliger par convention, ni d'aliéner, ni de tester ; mais le testament fait avant l'interdiction est maintenu. Il ne peut non plus être témoin testamentaire. Il peut faire des actes purement avantageux, notamment faire adition d'une hérédité lucrative. Ses délits l'obligent, car il est capable de dol.

La prohibition de Septime Sévère s'applique aux immeubles du prodigue.

Ulpien, L. 1 *De curatoribus furioso* : Lege XII tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed solent hodie prætores vel præsides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet sed bona sua dilacerando et dissipando profudit (profundit?), curatorem ei dare exemplo furiosi : et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem vel ille sanos mores receperit : quodsi evenerit, ipso jure desinunt esse in potestate curatorum. — Paul, L. 15 pr., même titre : Et mulieri,

faillie considérer cette assimilation comme absolue et universelle. Elle a trait à la cause de l'interdiction, qu'elle justifie, plutôt qu'à ses effets. L'*insanitas morum* du prodigue est comparée à l'insanité intellectuelle du fou ; il est permis de rappeler ici le *color insanix* en cas de testament inofficieux, sans toutefois vouloir l'assimiler à l'*insanitas* du prodigue : le *color insanix* en effet n'est qu'un prétexte, une *couleur*. M. Leist pense que cette *couleur* pourrait être une importation grecque, tandis qu'à la différence de M. Schulin (§ 49) il voit dans l'assimilation du prodigue au furieux du vieux droit gréco-italien.

quæ luxuriose vivit, bonis interdici potest. — Cicéron, *De senectute* 7, 22 : Nostro more male rem gerentibus patribus bonis interdici solet.

Ulpian, 12, 2, ci-dessus, § 32. — 3 : A prætore constituitur curator, quem ipse prætor voluerit, libertinis prodigis, itemque ingenuis, qui ex testamento parentis heredes facti male dissipant bona : his enim ex lege curator dari non poterat, cum ingenuus quidem non ab intestato sed ex testamento heres factus sit patri, libertinus autem nullo modo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit. — Gaius, L. 13 *De curatoribus furioso*. Ci-dessus, § 32.

Ulpian, L. 1 § 1, même titre : Curatio autem ejus, cui bonis interdicitur, filio negabatur permittenda... Le même, L. 12 § 1 *De tutoribus* 26, 5 : Nec dubitabit filium quoque patri curatorem dare : quamvis enim contra sit apud Celsum et apud alios plerosque relatum, quasi indecorum sit patrem a filio regi, attamen divus Pius Instio (Insteio?) Celeri, item divi fratres rescripserunt, filium, si sobrie vivat, patri curatorem dandum magis quam extraneum.

Paul, 3, 4, 7 : Moribus per prætorem bonis interdicitur hoc modo : « Quando tibi bona paterna avitæ nequitia (1) tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico ». — Ulpian, L. 6 *De V. O.* 45, 1 : Is cui bonis interdictum est, stipulando sibi acquirit, tradere vero non potest vel promittendo obligari : et ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso. — Le même, L. 5 § 1 *De A. v. O. H.* 29, 2 :

(1) Aulu-Gelle, 6, 11 : Consimiliter Q. quoque Claudius in primo Annalium « nequitiam » appellavit luxum vitæ prodigum effusumque, in hisce verbis : « Persuadenti cuidam adolescenti Lucano, qui adprime summo genere gnatus erat, sed luxuria et nequitia pecuniam magnam consumserat ».

Eum cui lege bonis interdicatur, institutum posse adire hereditatem constat. — Le même, L. 10 pr. *De curatoribus furioso* : Julianus scribit, eos, quibus per prætorem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem, quia in bonis non habeant, cum eis deminutio sit interdicta. — Pomponius, L. 3 *De novationibus* 46, 2 : Cui bonis interdictum est, novare obligationem suam non potest, nisi meliorem suam condicionem fecerit. — Ulpian, L. 9 § 7 *De R. C.* 12, 1 : Sed et si ei numeravero, cui postea bonis interdictum est, mox ab eo stipuler, puto pupillo eum comparandum, quoniam et stipulando sibi acquirit. — Le même, L. 25 *De fidejussoribus* 46, 1. — Le même, L. 12 § 2 *De tutoribus et curatoribus datis* 26, 5 : Divus Pius matris querellam de filiis prodigis admisit, ut curatorem accipiant, in hæc verba : « Non est novum, quosdam, etsi mentis suæ videbuntur ex sermonibus compotes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, ut, nisi subveniatur eis, deducantur in egestatem. Eligendus itaque erit, qui eos consilio regat : nam æquum est prospicere nos etiam eis, qui, quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum ».

§ 2, I. *Quibus non est permissum facere testamentum* 2, 12 : Item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest, sed id, quod ante fecerit, quam interdictio ei bonorum fiat, ratum est. — § 6, I. *De testamentis ordinandis* 2, 10. — Ulpian, L. 18 pr. *Qui testamenta facere possunt* 28, 1 : Is, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non potest et, si fecerit, ipso jure non valet : quod tamen interdictione vetustius habuerit testamentum, hoc valebit. Merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit, cum neque testamentifactionem habet.

Dioclétien et Maximien, L. 3 C. *De in integrum restitutione minorum* 2, 21. Ci-dessus, § 30, 103.

SECTION V. — *Autres curatelles.*

§ 34.

112. *Cura debilium*. — 113. Le curateur au ventre, et divers cas de *cura bonorum*.

112. — Sous l'empire, le magistrat donnait, après enquête, un curateur aux personnes *sui juris*, non pourvues de tuteur ou de curateur de mineur, qui, par suite de maladie, d'infirmité corporelle, telle que surdité, cécité, ou de sénilité et de faiblesse d'esprit n'allant pas jusqu'à l'imbécillité ou la démence, ne pouvaient suffire à leurs affaires.

Le curateur administre, mais le débile, n'étant frappé ni d'incapacité, ni d'indignité, peut aliéner, s'engager, tester (1).

Tit. D. *De curatoribus furioso et aliis extra minores dandis* 27, 10. — § 4, l. *De curatoribus* 1, 23 : Sed et mente captis et surdis et mutis et qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt. — Paul, L. 2 *De curatoribus furioso* : Sed et aliis dabit proconsul curatores, qui rebus suis superesse non possunt, vel dari jubebit, nec dubitabit filium quoque patri curatorem dari (dare).

(1) Pour la *testamentifactio* du sourd, du muet, du sourd-muet, voir *Traité des successions*, § 14. Les sourds et les muets peuvent eux-mêmes être chargés d'administration. L. 43 *De procuratoribus* 3, 3.

113. — On donne un curateur au ventre, c'est-à-dire à l'enfant à naître, qui sera héritier. Le curateur veille à l'entretien de la femme enceinte, durant la grossesse. Sa curatelle concerne plutôt les biens que la personne.

Il en est de même dans le cas suivant. Il n'y a de tutelle d'impubère que lorsque le père est mort. Si donc celui-ci était prisonnier de guerre, esclave de l'ennemi, on ne pouvait nommer à son enfant un tuteur, mais, de peur que la fortune ne périclitât, on nommait un curateur (1).

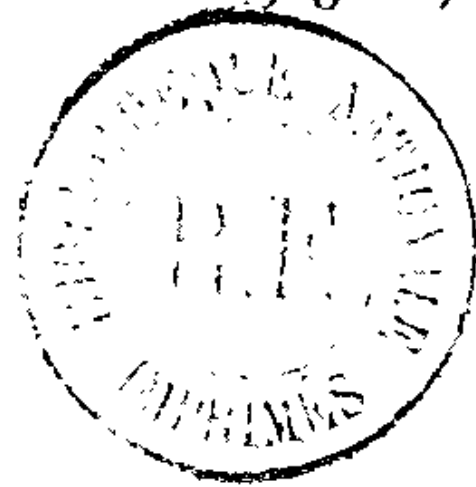
D'autres curatelles, celles de l'absent, de l'hérédité jacente, de la faillite, concernent exclusivement les biens et n'appartiennent en aucune façon au droit de famille.

Tit. D. 37, 9 *De ventre in possessionem mittendo et curatore ejus*.

Ulpien, L. 1 § 17 *De ventre* : Quotiens autem venter in possessionem mittitur, solet mulier curatorem ventri petere, solet et bonis... § 19. Mulier autem in possessionem missa ea sola sine quibus fetus sustineri et ad partum usque produci non possit, sumere ex bonis debet : et in hanc rem curator constituendus est, qui cibum, potum, vestitum, tectum mulieri præstet pro facultatibus defuncti et pro dignitate ejus atque mulieris. — Gaius, L. 5, même titre : Curator ventris alimenta mulieri statuere debet. Nec ad rem pertinet, an dotem habeat, unde sustentare se possit, quia videntur quæ ita præstantur ipsi præstari qui in utero est. — Ulpien, L. 6 § 4 *De tutelis* 26, 1 : Ei, cujus pater in hostium potestate est, tutorem dari non posse palam est : sed si datus sit, an in pen-

(1) Comparez ci-dessus, § 26, 92.

denti sit datio, quæri potest. Et non puto dationem valere : sic enim post patris regressum recidit in potestatem, atque si numquam pater ab hostibus captus fuisset. Immo curator substantiæ dari debet, ne in medio pereat. — Hermogénien, L. 48 *De administratione tutorum*. Ci-dessus, § 30, 104.



FIN

TABLES

TABLE ALPHABÉTIQUE

ABANDON NOXAL, 13, 276, 280. De l'enfant de famille, 79. De la femme *in manu*, 163. D'esclaves, 265. De personnes *in mancipio*, 278.

ABDICATIO, *abjectio*, 58.

ABDICATION DE LA TUTELLE, 335.

ACTIONS *adjectitiæ qualitatis* contre le père, 96. Contre le maître, 265. Action *ex stipulatu de dote*, 235-242. Action *rerum amotarum*, 176, 238. Action *rei uxoriæ*, voyez *Arbitrium rei uxoriæ*. *Actio tutelæ*, 337 ; *protutelæ*, 338 ; *de rationibus distrahendis*, 340 ; autres actions du pupille, 341. Actions résultant de la curatelle du mineur, 350 ; de celle du furieux, 365. Actions de patronat, 288.

ADDICTUS, 13.

ADMINISTRATION DE LA TUTELLE, 319-333. De la curatelle, 350. Du curateur du furieux, 364 ; du prodigue, 370 ; du débile, 374.

ADOPTION, 21, 64-77, 226. *Datio in adoptionem*, 72-75. *Adrogatio*, 68-72. *Adoptio plena*, minus

plena, 74. *Adoptio regia*, 66.

Transitio ad plebem, 66. Adoption testamentaire, 65. Adoption par une femme, 76.

ADSSERTIO IN LIBERTATEM, 275.

ADULTÈRE, 121-124, 160, 177.

ÆS UXORII, *tributum*, 126.

AFFECTIO MARITALIS, *dignitas uxoris*, 120, 129.

AFFINITÉ, 45.

AFFRANCHIS, *liberti*, *libertini*, 283-289. Latins juniens, déditices, 269-270. Mariage avec affranchis, 154.

AFFRANCHISSEMENT, *manumissio*, 269-274. Affranchissements civils, 269 ; non civils, 270. Affranchissement *ex mancipio*, 289.

AGNATS, *agnation*, famille civile, 7-8, 19-24, 43, 296, 304.

ALUMNA, 159.

ANNICULI CAUSÆ PROBATIO, 57.

APOCERYXIS, *abdicatio*, 78, 104.

APPLICATIO, *jus applicationis*, 282.

ARBITRIUM REI UXORIÆ, 224, 237-242.

ARRHES, dans les fiançailles, 136.

AUCTORAMENTUM, 12.

- AUCTORITAS TUTORIS, 298, 322-323, 358-359. Pour le mariage, 146, 253, 358.
- BAISER. Voyez OSCULUM et JUS OSCULI.
- BATARDS. Voyez ENFANTS NÉS HORS MARIAGE.
- BIGAMIE, *binæ nuptiæ*, 140, 153.
- BINA SPONSALIA, 137, 140.
- BONA *paterna et avita*, 10, 369.
- BONORUM POSSESSIO des *liberi*, 30. Des cognats, 37. *Unde vir et uxor*, 245. *Furiosi nomine*, 365.
- CAPTIVITÉ DE GUERRE, 221, 268, 375.
- CAUSÆ PROBATIO, 57-59.
- CAUTIONES REI UXORIÆ, 234.
- CÉLÉBRATION DU MARIAGE, cérémonies nuptiales, 144-146, 248. Cérémonies de la *conventio in manum*, 168-174.
- CÉLIBAT, 126-129.
- CLIENTS, clientèle, 27, 281-283.
- COEMTIO, 147, 170-171. *Coemtio sacrorum interimendorum causa*, 251. *Coemtiones testamenti faciendi causa, tutelæ evitandæ causa*, 252-255, 356.
- COGNATS, cognation, famille naturelle, 7, 29-34, 34-45. Cognation servile, 43.
- CONCUBINAT, concubine, 41, 59, 129-133, 157, 212.
- CONDITIONS REQUISES POUR LE MARIAGE, 142-161.
- CONFARREATIO, *farreum, nuptiæ sacre et legitimæ*, 147, 168-174.
- CONSEIL DE FAMILLE, *consilium propinquorum, cognatorum*, 22, 35.
- Pour les tutelles et curatelles, 349, 364, 369. Voyez TRIBUNAL DOMESTIQUE.
- CONSENSUS CURATORIS, 298, 350.
- CONSENTEMENT AU MARIAGE, *de præ-senti*, 142-149. Aux fiançailles, *consensus de futuro*, 136, 144.
- CONTUBERNIUM, 43, 114, 133-134.
- CONUBIUM, *jus conubii*, 112-117.
- CONVENTIO IN MANUM, 168-175.
- COPULA CARNALIS, *concubitus*, 147-148.
- COTUTEUR, 330.
- CURATELLE, curateur, 293. Curatelle du pubère mineur, 342-352. Curatelle du furieux, 363-369. Curatelle du prodigue, 369-373. Curateur du pupille, 317. Curateur de l'impubère dont le père est captif, 375. *Cura debilium*, 374. Curateur au ventre, 375. Curatelle de l'absent, de l'hérédité jacente, de la faillite, 375.
- DATIO DOTIS, 195-196.
- DATIO IN ADOPTIONEM. Voyez ADOPTION.
- DATIO TUTORIS. Voyez TUTEUR DATIF et TUTEUR ATILIEN.
- DEDUCTIO IN DOMUM MARITI, *domum ductio*, 142, 143, 181.
- DEGRÉS DE PARENTÉ, 39-40.
- DICTIO DOTIS, 195-196.
- DIFFARREATIO, 228.
- DISSOLUTION DU MARIAGE, 220-247. Dissolution du mariage *cum manu*, 228.
- DIVORCE, 222-233. Divorce par consentement mutuel, 230. Divorce

- bona gratia*, 230. Motifs légaux du divorce, 230-232. Voyez RÉPUDIATION.
- DONATION *ante nuptias, propter nuptias*, 215-220. Voyez ARRHES. Donations entre époux, 211-215. Donations de parents à enfants, 30.
- DOT, 185-208. Dot profectice, adventice, réceptice, 189.
- EDICTUM DE ALTERUTRO, 237, 242.
- EDICTUM UNDE COGNATI, 37.
- EDICTUM UNDE VIR ET UXOR, 245.
- EMANCIPATION, 103-106.
- EMPÊCHEMENTS AU MARIAGE, 149-160. Empêchements dirimants, empêchements prohibitifs, 149. Empêchement de parenté, d'alliance, 155-157. D'âge, 150-152.
- ENFANT NÉ HORS MARIAGE, 40-43, 131. Enfant naturel, 41-42, 131. Enfant adultérin, incestueux, 42, 157.
- ERRORIS CAUSÆ PROBATIO, 57.
- ESCLAVAGE, 259-275. Esclaves publics, 260.
- EUNUQUE, *castratus*, 152.
- EXCEPTIO NON NUMERATÆ DOTIS, 238, 242.
- EXCUSATIONS DE TUTELLE, 315-316.
- EXPOSITION D'ENFANT, 77.
- FAMILIA. Acceptions diverses, 3-8. Famille civile, 6, 9-28. Famille naturelle, *familia cognatorum*, 7, 29-46. *Familia jure communi*, *familia agnatorum*, 19. *Familia proprio jure*, 14.
- FAVOR DOTALIS, 187.
- FAVOR LIBERTATIS, 261.
- FAVOR NUPTIARUM, 126, 189.
- FIANÇAILLES, 135-141.
- FILS DE FAMILLE. Droits publics, 83. Voyez PUISSANCE PATERNELLE.
- FURIEUX, *furiosus, amens, demens, mente captus, stultus, insanus*, 363-369.
- GENS, gentils, 24-28, 294, 305, 355, 364, 369.
- HEREDES SUI, *domestici*, 14, 86.
- HEREDIUM, 10.
- HOSPES, *hospitium*, 13, 282.
- IMPUISSANCE, 152.
- INCESTE, mariage incestueux, 157.
- INSTRUMENTS DOTAUX, matrimoniaux, 181.
- INTERDICTION, 369.
- INTERDITS *de liberis exhibendis, ducendis*, 100. *De uxore exhibenda, ducenda*, 177. *De liberto exhibendo*, 289.
- JUDICIUM DE MORIBUS, 238, 242.
- JUDICIUM DOMESTICUM. Voyez CONSEIL DE FAMILLE et TRIBUNAL DE FAMILLE.
- JUS APPLICATIONIS. Voyez APPLICATION.
- JUS AUREORUM ANNULORUM, 270.
- JUS CONUBII. Voyez CONUBIUM.
- JUS GENTILICIUM, 26.
- JUS OSCULI, 36.
- LATINS JUNIENS, 269, 313.
- LÉGITIMATION, 59-64.
- LÉGITIME, légitimaires, 37. Légitime de la veuve indigente et sans dot, 246.
- LEX *Aelia Sentia*, 269, 280. *Atilia*, 295, 305, 310, 355. *Canuleia*, 113, 154. *Cincia*, 36, 189, 211. *Claudia*,

361. *Fufia Caninia*, 269, 280. *Furia testamentaria*, 36. *Julia de adulteriis*, 80, 121, 177, 247. *Julia de maritandis ordinibus*, *Julia et Papia Poppæa*, 119, 126-129, 152, 154, 188, 315, 354, 358. *Julia et Titia*, 310, 355. *Junia Norbana*, 269. *Minicia*, 118. *Petronia*, 261. *Plætoria*, 295, 300, 344-350.
- LIBERALIA, 150.
- LIBERALIS CAUSA, 274.
- LIBERTI, *libertini*. Voyez AFFRANCHIS.
- MAJORITÉ, MINORITÉ, 344.
- MANCIPIUM, 9, 276-280.
- MANUMISSIO. Voyez AFFRANCHISSEMENT.
- MANUS, 9, 18, 112, 147, 161-175, 184, 228. *Manus sans mariage*, 251-255. *Manus pour les sacra*, 172. Voyez CONVENTIO IN MANUM.
- MARIAGE, 14, 109-250, 358. *Mariage cum in manum conventionem*, 161-175. *Mariage sine manu*, 18, 125, 175-183. *Mariage de personnes âgées*, 152. *Mariage religieux*, 182.
- MATERFAMILIAS, 162-166.
- MATERNITÉ, 54.
- MATRIMI. Voyez PATRIMI.
- MATRIMONIUM *justum, legitimum*, 52, 112, 118. *Juris gentium*, 53, 118.
- MÉSALLIANCE, 154.
- NATALIUM RESTITUTIO, 284.
- NOMINATIO POTIORIS, 316.
- NUBILITÉ, 150.
- OBSEQUIUM, 30, 41, 284.
- ORATIO D. SEVERI, 325, 350, 364, 371.
- ORBITAS, 127.
- OSCULUM, baiser de fiancailles, 137, 219.
- PACTES DOTAUX, 206, 235.
- PARAPHERNAUX, 208-209.
- PARENTÉ. Voyez AGNATS, COGNATS, EMPÊCHEMENTS AU MARIAGE. Parenté spirituelle, 159.
- PARENTES, père et mère, ascendants, 29-34. *Parens binubus*, 249. *Parens manumissor*, 105, 306, 355, 361.
- PARRICIDE, 31, 36.
- PATERFAMILIAS, 4, 14-18. *Pater fiduciarius*, 103.
- PATERNITÉ, 52-56.
- PATRIMI ET MATRIMI, 70.
- PATRONAT, 27, 281-289. Le patron tuteur légitime, 306, 355.
- PÉCULE de l'esclave, 264. De l'enfant de famille, 87-93. Pécule profectice, concédé, 87, 90. *Peculium paganum*, 90. *Peculium castrense*, 89. *Peculium quasi-castrense*, 93. Pécule de la femme *in manu*, 164.
- PÉRÉGRINS DÉDITICES, 270.
- POLLICITATIO DOTIS, 195.
- PRÉSUMPTION MUCIENNE, 211.
- PRÉTEUR TUTÉLAIRE, 296.
- PRODIGE, *prodigus, nepos*, 369.
- PROMISSIO DOTIS, 195.
- PUBERTÉ, 150-152.
- PUISSANCES, 9-14. Puissance paternelle, 10, 16, 47-107. Effets quant à la personne de l'enfant, 78-83. Quant aux biens et à la capacité, 84-99. Puissance maritale, autorité mari-

tale, 177. Voyez MANUS. Puissance sur l'esclave et sur le serviteur libre, voyez ESCLAVAGE et MANCIPIUM.
 PUPILLE, 294, 319-321.
 QUARTA D. PII, 69.
 QUASI-PATRONAT, 289.
 RAPT, enlèvement, 160.
 REDEMTUS, 12, 279.
 REMOTIO, *accusatio suspecti*, 335, 352.
 RÉPUDIATION, 222, 231. *Sine ulla causa*, 232. Voyez DIVORCE.
 RES UXORIA, 185, 187, 237. Voyez DOT.
 RESPECTUS PARENTELE, 156.
 RESTITUTION EN ENTIER POUR MINORITÉ, 349.
 RÉTENTIONS exercées par le mari, 237.
 REVERENTIA, 30, 176, 283.
 RUPTURE DE FIANÇAILLES, *repudium*, *divortium*, 138.
 SECONDES NOCES, 247-250.
 SÉNATUS-CONSULTE Calvisien, 152. Claudien, 134. Macédonien, 97. Persicien, 152. Plancien, 32. Velléien, 177.
 SERVITUDE. Voyez ESCLAVAGE. *Servitus pænæ*, 268.
 SPONSALIA. Voyez FIANÇAILLES.
 SPONSALITIA LARGITAS. Voyez ARHES et DONATION.

SPURIUS. Voyez *Enfant né hors mariage*.
 STATULIBERI, 271.
 TRANSITIO AD PLEBEM. Voyez ADOPTION.
 TRIBUNAL DOMESTIQUE, 78, 163, 176, 359. Comparez CONSEIL DE FAMILLE.
 TRIUM NOCTIUM USURPATIO, 125.
 TURBATIO SANGUINIS, 247-248.
 TUTELLE, tuteur, 161, 293-362. Tutelle de l'impubère, 301-342. *Tutela divisa*, 317, 329. *Tutor notitiæ causa datus*, 330. *Pro tutore*, *falsus tutor*, 338. Tuteur atilien (ou datif), 310-312. Tuteur légitime, 304-310. Tuteur datif (ou testamentaire), 301-304. *Tutor prætorius*, 317. Tutrice, 312, 335. Administration et responsabilité du tuteur, 319-333. Tutelle du sexe, 353-362. *Tutor cessitius*, 355. Tuteur opif, 355. Tuteurs *ad singulas res*, 355. Tuteur fiduciaire, 252, 356, 359.
 UNITAS PERSONÆ, 84.
 USUCAPION DE LA LIBERTÉ, 271.
 USUS, 125, 147, 171.
 VENIA ÆTATIS, congé d'âge, 352.
 VENTE D'ENFANTS, 78, 268, 276.
 VINDICATIO IN POTESTATEM, 100.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS.	VII
CITATIONS ET ABRÉVIATIONS.	XIX

CHAPITRE PREMIER.

La famille.

§ 1. — *Premières notions.*

1. Significations diverses du mot *familia*. *Domus familiarque*. La *familia* des sujets libres et la *familia* des esclaves. *Familia pecuniaque*. — 2. Famille agnatique ou civile, famille cognatique ou naturelle. 3

§ 2. — *La famille civile, et les puissances familiales et quasi-familiales.*

3. Les puissances. — 4. La famille *proprio jure*. — 5. Les agnats. — 6. Les gentils et les clients. 9

§ 3. — *La famille naturelle.*

7. Parents et enfants. — 8. Les cognats. — 9. Degrés de parenté. — 10. Les enfants nés hors mariage. — 11. Diverses espèces de cognation. — 12. La cognation servile. — 13. L'affinité. 29

CHAPITRE II.

La puissance paternelle.

§ 4. — *Notions générales.*

14. Définition et destinées de la puissance paternelle. . . 49
25

SECTION I^{re}. — COMMENT SE FONDE LA PUISSANCE PATERNELLE.§ 5. — *La paternité.*

15. La paternité, mode naturel de fondation. *Pater is est, quem nuptiæ demonstrant.* Modes juridiques. 52

§ 6. — *La causæ probatio et la légitimation.*

16. *Causæ probatio.* — 17. Légitimation d'enfants naturels. 57

§ 7. — *L'adoption.*

18. En général. — 19. Adrogation. — 20. *Datio in adoptionem.* — 21. Principes communs. 64

SECTION II. — EFFETS DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

§ 8. — *Effets quant à la personne de l'enfant de famille.*

22. Droits du père sur l'enfant. — 23. Droits publics du *filius familias.* 77

§ 9. — *Effets de la puissance paternelle quant aux biens et à la capacité de droit privé.*

24. Incapacité patrimoniale de l'enfant de famille. *Unitas personæ.* — 25. Le pécule profectice. — 26. Le pécule *castrense.* — 27. Le pécule *quasi-castrense.* — 28. Réformes des empereurs chrétiens. — 29. Réforme de Justinien. — 30. Engagements de l'enfant de famille. 84

SECTION III. — COMMENT ON FAIT VALOIR EN JUSTICE LA PUISSANCE PATERNELLE.

§ 10.

31. *Vindicatio.* Interdits. Action préjudicielle. 100

SECTION IV. — COMMENT LA PUISSANCE PATERNELLE PREND FIN.

§ 11.

32. Mort du père de famille. Diminution de chef. — 33. Émancipation. — 34. Autres modes d'extinction. . . 102

CHAPITRE III.

La manus et le mariage.SECTION I^{re}. — LE MARIAGE AVEC ET SANS CONVENTIO IN MANUM.§ 12. — *Notions générales. Mariage, concubinat, contubernium.*

35. *Justæ nuptiæ et matrimonium juris gentium.* — 36. Caractères du mariage à Rome. — 37. Mariage *sine manu*. — 38. Le célibat et la loi *Julia et Papia Poppaea*. — 39. Le concubinat. — 40. Le *contubernium*. 111

§ 13. — *Les fiançailles.*

41. Stipulation, arrhes. *Osculum interveniens*. 135

§ 14. — *Conditions requises pour le mariage, et empêchements au mariage.*

42. Le consentement. — 43. Les empêchements et le mariage putatif. — 44. Puberté et nubilité. Virilité. — 45. Le principe monogamique. — 46. Mésalliances. — 47. Unions incestueuses. — 48. Prohibitions diverses. 142

§ 15. — *Le mariage avec puissance maritale.*

49. Caractère de ce mariage, situation de la femme *in manu mariti*. — 50. Comment se fait la *conventio in manum*. — 51. Disparition du mariage *cum in manum conventionione*. 161

§ 16. — *Le mariage sine manu.*

52. Caractère du mariage *sine manu*. — 53. Célébration de ce mariage. 175

§ 17. — *Relations patrimoniales entre époux.*

54. Dans le mariage *cum manu*. — 55. Dans le mariage *sine manu*. La dot. — 56. Constitution de la dot. — 57. En quoi la dot peut consister. — 58. Droits du mari et droits de la femme sur la dot. *Pacta dotalia*. — 59. Les paraphernaux. La présomption mucienne. — 60. Les donations entre époux. — 61. La donation *ante nuptias, propter nuptias*. 184

§ 18. — *Comment le mariage prend fin.*

62. De la dissolution du mariage en général. — 63. Le divorce et la répudiation dans l'ancien droit. — 64. Droit nouveau 220

§ 19. — *Conséquences économiques de la dissolution du mariage.*

65. En cas de mariage *cum manu*. — 66. En cas de mariage *sine manu*. — 67. Droit nouveau. — 68. Droits successoraux du conjoint survivant et de la veuve indigente. . 234

§ 20. — *Les secondes nocces.*

69. Secondes nocces de la veuve et de la femme divorcée. — 70. *Parens binubus* 247

SECTION II. — LA MANUS SANS MARIAGE.

§ 21.

71. *Coemtiones sacrorum interimendorum, testamenti faciendi, tutelæ evitandæ causa* 251

CHAPITRE IV.

Les puissances de maître.§ 22. — *La puissance sur l'esclave.*

72. Nature et caractères de la servitude. — 73. Actes juridiques de l'esclave. — 74. Comment naît la servitude. — 75. Comment la servitude prend fin. L'affranchissement. — 76. *Liberalis causa* 259

§ 23. — *Le mancipium.*

77. Cas de *mancipium*. — 78. Situation de l'individu *in mancipio*. — 79. Comment le *mancipium* prend fin 276

§ 24. — *Le patronat.*

80. L'ancienne clientèle. Devoirs réciproques du client et du patron. — 81. Patrons et affranchis. — 82. Actions de patronat. — 83. Le quasi-patronat 281

CHAPITRE V.

Tutelles et curatelles.§ 25. — *Notions générales.*

84. Protection des personnes incapables ou de capacité incomplète. — 85. Diverses tutelles et curatelles. . . . 293

SECTION Ire. — LA TUTELLE DE L'IMPUBÈRE ET LA CURATELLE DU PUBÈRE MINEUR.

§ 26. — *Qui est tuteur.*

86. Le tuteur testamentaire. — 87. Le tuteur légitime. — 88. Le tuteur atilien. — 89. Incapacités. — 90. Excusations. — 91. *Potioris nominatio*. — 92. Le curateur du pupille 301

§ 27. — *Administration et responsabilité du tuteur.*

93. Administration quant à la personne du pupille. — 94. Administration du patrimoine. — 95. Responsabilité du tuteur et garanties du pupille. — 96. Administration et responsabilité en cas de pluralité de tuteurs 319

§ 28. — *Comment la tutelle prend fin.*

97. Dans la personne du pupille. — 98. Dans la personne du tuteur. *Remotio suspecti*. 334

§ 29. — *Actions résultant de la tutelle.*

99. *Actio tutelæ directa, contraria*. Action contre le protuteur ou le faux tuteur. — 100. Action *de rationibus distrahendis*. — 101. Autres actions du pupille. 337

§ 30. — *La curatelle du pubère mineur.*

102. Majorité et minorité. — 103. Protection des pubères mineurs. Loi *Plætoria*. — 104. Fonctions du curateur. — 105. Fin de la curatelle. 342

SECTION II. — LA TUTELLE DU SEXE.

§ 31.

106. En général. — 107. Qui est tuteur. — 108. Situation de la femme sous tutelle. — 109. Décadence et suppression de la tutelle du sexe. 353

SECTION III. — LA CURATELLE DU FURIEUX.

§ 32.

110. La Loi des Douze Tables et l'Édit. Fonctions du curateur quant aux biens et à la personne. 363

SECTION IV. — LA CURATELLE DU PRODIGE.

§ 33.

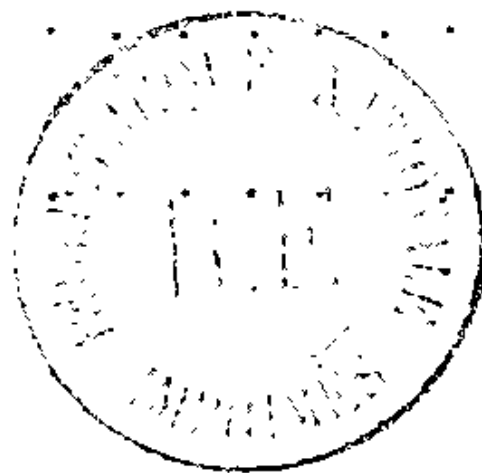
111. L'interdiction selon la loi des Douze Tables. Droit nouveau. 369

SECTION V. — AUTRES TUTELLES ET CURATELLES.

§ 34.

112. *Cura debilium*. — 113. Le curateur au ventre. Le curateur de l'enfant dont le père est captif. Autres cas de *cura bonorum*. 374

- TABLE ALPHABÉTIQUE. 379



FIN DES TABLES.

EXTRAIT DU CATALOGUE GÉNÉRAL

- ASSER** (T.-M. C.), conseiller au ministère des Affaires étrangères du royaume des Pays-Bas, avocat, professeur à l'Université d'Amsterdam, **Éléments de droit international privé ou du Conflit des lois** (Droit civil, Procédure, Droit commercial). Ouvrage traduit, complété et annoté par Alphonse **RIVIER**, professeur à l'Université de Bruxelles, secrétaire général de l'Institut de Droit international, rédacteur en chef de la **Revue de droit international et de Législation comparée**, 1 vol. in-8. 8 fr.
- BEUDANT**, Professeur à la Faculté de droit de Paris, Doyen honoraire, **Le droit Individuel et l'Etat. Introduction à l'étude du droit.** (2^e édit., 1 vol. in-18. 5 fr.
- GINOULHIAC**, professeur honoraire à la Faculté de droit de Toulouse, **Cours élémentaire d'histoire générale du droit français public et privé**, 2^e édit. 1 vol. in-8. 10 fr.
- GIRARD** (P.-F.), professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris. **Textes de droit romain annotés**, 1890, 1 fort vol. in-18. 8 fr.
- JOURDAN** (Alfred), doyen de la Faculté de droit d'Aix, **Cours analytique d'économie politique**, 2^e édit. 1 vol. in-8. 10 fr.
- **Du Rôle de l'État dans l'ordre économique, ou économie politique et socialisme** (Ouvrage couronné par l'Institut), 1882. 1 vol. in-8. 8 fr.
- LABORDE**, professeur à la Faculté de droit de Montpellier, **Cours élémentaire de droit criminel**, conforme au programme des Facultés de droit, 1 vol. in-8. 10 fr.
- LEVASSEUR**, membre de l'Institut, professeur au Collège de France et au Conservatoire des Arts-et-Métiers. **La population française.** Histoire de la population avant 1789 et démographie de la France comparée à celle des autres nations au XIX^e siècle, précédé d'une introduction sur la statistique, 3 vol. gr. in-8 (Tomes 1 et 2 seuls parus), chaque volume. 12 fr. 50
- NEUMANN** (Baron de). **Éléments du droit des gens public européen.** Ouvrage traduit par M. de Riedmatten, docteur en droit. 1 vol. in-8. 7 fr.
- SURVILLE** et **ARTHUYS**, professeur à la Faculté de droit de Poitiers, **Cours élémentaire de droit international privé** conforme au programme des Facultés de droit. 1 vol. in-8. 10 fr.
- VIDAL**, professeur à la Faculté de droit de Toulouse. **Introduction philosophique à l'étude du droit pénal.** Principes fondamentaux de la pénalité, dans les systèmes les plus modernes (Ouvrage couronné par l'Institut, Académie des sciences morales et politiques). 1 vol. in-8. 10 fr.
- VIGIÉ**, doyen de la Faculté de droit de Montpellier. **Cours élémentaire de droit civil français**, conforme au programme des Facultés de droit. 3 vol. in-8. 30 fr.
- WAHL**, professeur agrégé à la Faculté de droit de Grenoble. **Traité théorique et pratique des titres au porteur français et étrangers.** (Ouvrage couronné par la Faculté de droit de Paris. Prix Rossi) 2 vol. in-8. 16 fr.

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne). 30, Passage Verdeau, Paris.

AVANT-PROPOS
CITATIONS ET ABREVIATIONS

CHAPITRE PREMIER. La famille.

- § 1. - Premières notions.
1. Significations diverses du mot *familia*. *Domus familiaque*. La *familia* des sujets libres et la *familia* des esclaves. *Familia pecuniaque*. - 2. Famille agnatique ou civile, famille cognatique ou naturelle
§ 2. - La famille civile, et les puissances familiales et quasi-familiales.
3. Les puissances. - 4. La famille *proprio jure*. - 5. Les agnats. - 6. Les gentils et les clients
§ 3. - La famille naturelle.
7. Parents et enfants. - 8. Les cognats. - 9. Degrés de parenté. - 10. Les enfants nés hors mariage. - 11. Diverses espèces de cognation. - 12. La cognation servile. - 13. L'affinité

CHAPITRE II. La puissance paternelle.

- § 4. - Notions générales.
14. Définition et destinées de la puissance paternelle

SECTION I^{re}. - COMMENT SE FONDE LA PUISSANCE PATERNELLE.

- § 5. - La paternité.
15. La paternité, mode naturel de fondation. *Pater is est, quem nuptiae demonstrant*. Modes juridiques
§ 6. - La causae probatio et la légitimation.
16. *Causae probatio*. - 17. Légitimation d'enfants naturels.
§ 7. - L'adoption.
18. En général. - 19. Adrogation. - 20. *Datio in adoptionem*. - 21. Principes communs

SECTION II. - EFFETS DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

- § 8. - Effets quant à la personne de l'enfant de famille.
22. Droits du père sur l'enfant. - 23. Droits publics du *filius familias*
§ 9. - Effets de la puissance paternelle quant aux biens et à la capacité de droit privé
24. Incapacité patrimoniale de l'enfant de famille. *Unitas personae*. - 25. Le pécule profectice. - 26. Le pécule castrense. - 27. Le pécule *quasi-castrense*. - 28. Réformes des empereurs chrétiens. - 29. Réforme de Justinien. - 30. Engagements de l'enfant de famille

SECTION III. - COMMENT ON FAIT VALOIR EN JUSTICE LA PUISSANCE PATERNELLE.

- § 10.
31. *Vindicatio*. Interdits. Action préjudicielle

SECTION IV. - COMMENT LA PUISSANCE PATERNELLE PREND FIN.

- § 11.
32. Mort du père de famille. Diminution de chef. - 33. Emancipation. - 34. Autres modes d'extinction

CHAPITRE III. La manus et le mariage.

SECTION Ire. - LE MARIAGE AVEC ET SANS CONVENTIO IN MANUM.

- § 12. - Notions générales. Mariage, concubinat, contubernium.
35. *Justae nuptiae* et *matrimonium juris gentium*. - 36. Caractères du mariage à Rome. - 37. Mariage *sine manu*. - 38. Le célibat et la loi *Julia et Papia Poppaea*. - 39. Le concubinat. - 40. Le *contubernium*
§ 13. - Les fiançailles.
41. Stipulation, arrhes. *Osculum interveniens*
§ 14. - Conditions requises pour le mariage, et empêchements au mariage.
42. Le consentement. - 43. Les empêchements et le mariage putatif. - 44. Puberté et nubilité. Virilité. - 45. Le principe monogamique. - 46. Mésalliances. - 47. Unions incestueuses. - 48. Prohibitions diverses.
§ 15. - Le mariage avec puissance maritale.
49. Caractère de ce mariage, situation de la femme *in manu mariti*. - 50. Comment se fait la *conventio in manum*. - 51. Disparition du mariage cum *in manum conventione*
§ 16. - Le mariage sine manu.
52. Caractère du mariage *sine manu*. - 53. Célébration de ce mariage
§ 17. - Relations patrimoniales entre époux.
54. Dans le mariage *cum manu*. - 55. Dans le mariage *sine manu*. La dot. - 56. Constitution de la dot. - 57. En quoi la dot peut consister. - 58. Droits du mari et droits de la femme sur la dot. *Pacta dotalia*. - 59. Les paraphernaux. La présomption mucienne. - 60. Les donations entre époux. - 61. La donation *ante nuptias, propter nuptias*
§ 18. - Comment le mariage prend fin.
62. De la dissolution du mariage en général. - 63. Le divorce et la répudiation dans l'ancien droit. - 64. Droit nouveau
§ 19. - Conséquences économiques de la dissolution du mariage.
65. En cas de mariage *cum manu*. - 66. En cas de mariage *sine manu*. - 67. Droit nouveau. - 68. Droits successoraux du conjoint survivant et de la veuve indigente
§ 20. - Les secondes nocés.
69. Secondes nocés de la veuve et de la femme divorcée. - 70. *Parens binubus*

SECTION II. - LA MANUS SANS MARIAGE.

- § 21.
71. *Coemtiones sacrorum interimendorum, testamenti faciendi, tutelae evitandae causa*

CHAPITRE IV. Les puissances de maître.

- § 22. - La puissance sur l'esclave.
72. Nature et caractères de la servitude. - 73. Actes juridiques de l'esclave. - 74. Comment naît la servitude. - 75. Comment la servitude prend fin. L'affranchissement. - 76. *Liberalis causa*
§ 23. - Le mancipium.
77. Cas de *mancipium*. - 78. Situation de l'individu *in mancipio*. - 79. Comment le *mancipium* prend fin
§ 24. - Le patronat.
80. L'ancienne clientèle. Devoirs réciproques du client et du patron. - 81. Patrons et affranchis. - 82. Actions de patronat. - 83. Le quasi-patronat

CHAPITRE V. Tutelles et curatelles.

- § 25. - Notions générales.
84. Protection des personnes incapables ou de capacité incomplète. - 85. Diverses tutelles et curatelles

SECTION Ire. - LA TUTELLE DE L'IMPUBERE ET LA CURATELLE DU PUBERE MINEUR.

- § 26. - Qui est tuteur.
86. Le tuteur testamentaire. - 87. Le tuteur légitime. - 88. Le tuteur atilien. - 89. Incapacités. - 90. Excusations. - 91. *Potioris nominatio*. - 92. Le curateur du pupille
§ 27. - Administration et responsabilité du tuteur.
93. Administration quant à la personne du pupille. - 94. Administration du patrimoine. - 95. Responsabilité du tuteur et garanties du pupille. - 96. Administration et responsabilité en cas de pluralité de tuteurs
§ 28. - Comment la tutelle prend fin.
97. Dans la personne du pupille. - 98. Dans la personne du tuteur. *Remotio suspecti*
§ 29. - Actions résultant de la tutelle.
99. *Actio tutelae directa, contraria*. Action contre le protuteur ou le faux tuteur. - 100. Action *de rationibus distrahendis*. - 101. Autres actions du pupille
§ 30. - La curatelle du pubère mineur.
102. Majorité et minorité. - 103. Protection des pubères mineurs. Loi *Plaetoria*. - 104. Fonctions du curateur. - 105. Fin de la curatelle

SECTION II. - LA TUTELLE DU SEXE.

- § 31.
106. En général. - 107. Qui est tuteur. - 108. Situation de la femme sous tutelle. - 109. Décadence et suppression de la tutelle du sexe

SECTION III. - LA CURATELLE DU FURIEUX.

- § 32.
110. La Loi des Douze Tables et l'Edit. Fonctions du curateur quant aux biens et à la personne

SECTION IV. - LA CURATELLE DU PRODIGUE.

- § 33.
111. L'interdiction selon la loi des Douze Tables. Droit nouveau

SECTION V. - AUTRES TUTELLES ET CURATELLES.

- § 34.
112. *Cura debilium*. - 113. Le curateur au ventre. Le curateur de l'enfant dont le père est captif. Autres cas de *cura bonorum*

TABLE ALPHABETIQUE

FIN DES TABLES.