

40859
45859
1932-1933
89.3

RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

DIPLOME D'ÉTUDES SUPÉRIEURES
Droit Romain et Histoire du Droit
RÉPÉTITIONS ÉCRITES
DE
DROIT ROMAIN
APPROFONDI

rédigées d'après le Cours et sous le contrôle
de

M. NOAILLES

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

" LES COURS DE DROIT "
RÉPÉTITIONS ÉCRITES & ORALES
RÉSUMÉS : — PRÉPARATION A L'EXAMEN ÉCRIT

3, Place de la Sorbonne (au premier)
— PARIS —

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

(DOCTORAT)

E T U D E D E L A D O T

R O M A I N E.

Le présent cours tient une place toute particulière dans l'enseignement de nos Facultés, avec les Cours de Pandectes, de Droit canonique et d'Histoire du Droit. Ce sont ceux qui peuvent présenter le caractère le plus scientifique et qui servent d'initiation à la recherche historique et scientifique à l'occasion de l'institution qu'ils étudient.

Plan du Cours.

Deux parties:

1ère partie: Caractère originaire de la dot.

2ème partie: Transformation de la dot, due surtout à l'introduction de l'action en restitution de la dot de la femme vers le VI^e siècle de Rome fondée, qui a fait de la dot une institution particulière avec ses règles propres. On procédera à une étude approfondie de cette action rei uxoriae et de ses rapports avec les actions de bonne foi. Il y aura là une initiation à la recherche scientifique, en montrant comment on peut étudier un sujet restreint par la méthode scientifique c'est-à-dire par l'examen des textes et leur interprétation. Dans cette interprétation la conjecture tient une large place. Le dosage délicat de l'examen des faits et de l'hypothèse constitue l'application de la méthode scientifique. On verra les résultats qu'elle permet d'atteindre et le degré de certitude historique auquel on peut arriver.

Préface.

DE LA PLACE QUE TIENT LE DROIT

ROMAIN DANS NOS ENSEIGNEMENTS JURIDIQUES.

L'organisation actuelle de nos Facultés date de 1885. C'est à ce moment seulement qu'ont été organisés les cours très nombreux portant sur toutes sortes de disciplines sociales autres que le Droit civil et le Droit romain. Depuis 1875, les programmes ont été considérablement augmentés et les Facultés de droit sont devenues de véritables Facultés des sciences économiques et sociales. La réforme des études de Doctorat, en 1926, n'a pas changé essentiellement les statuts du Doctorat. Au lieu de deux doctorats, le Doctorat de Droit privé et le Doctorat des Sciences politiques et économiques, il y a aujourd'hui quatre certificats; l'étudiant a ainsi plus de liberté dans le choix. Il doit prendre deux certificats pour passer sa thèse et obtenir le diplôme de Docteur.

C'est donc de 1885 que datent l'orientation nouvelle des études de droit et la surcharge indéfinie des programmes, phénomène d'ailleurs général et commun à tous les ordres d'enseignement. Tout le monde s'en plaint et en souffre mais on ne voit aucun remède, mieux vaudrait qu'on n'en cherche pas trop souvent car le résultat de chaque essai de réforme a toujours été l'augmentation des programmes. Cela s'explique par la complexité de la vie moderne qui, nationale ou internationale, est de plus en plus enserrée dans la réglementation.

Devant cette invasion, le droit romain n'a pas cessé de reculer et il a perdu son ancienne situation prépondérante. Il s'est effacé progressivement devant toutes les autres branches. Actuellement, la Faculté de Droit de Paris ne compte, sur cinquante-cinq professeurs, que cinq Professeurs de droit romain. Et le nombre des cinquante autres est encore insuffisant!

Or, avant la Révolution, il n'y avait, dans la Faculté qui précédait celle-ci, que deux enseignements: le Droit romain et le droit canonique. Les docteurs

in utroque jure étaient des docteurs de droit romain et de droit canon; on n'enseignait même pas le droit français, c'est-à-dire le droit coutumier. Avec le XIX^{ème} siècle s'est produite une augmentation successive des chaires. La Faculté de droit de Paris a été ouverte le 1^{er} Avril 1805 avec cinq professeurs : un de droit romain, et trois de droit civil enseigné en trois ans comme aujourd'hui, plus un professeur de procédure civile. Dès le début, en 1810, elle comptait 1100 étudiants, 3454 en 1835 et actuellement il y plus de 12.000 étudiants inscrits. En 1822, elle comptait 4 professeurs de Droit romain, 6 de droit civil et 6 professeurs d'autres matières, notamment de droit administratif, d'Histoire du droit, de Législation criminelle, de Droit public, ces trois dernières chaires fondées en 1819. La première chaire d'Economie politique a été fondée en 1864. C'était des enseignements précurseurs, qui ne correspondaient pas à un enseignement régulier; ces chaires n'existaient pas en province. En 1853, la Faculté comptait 5 professeurs de droit romain, 7 de droit civil et 10 autres chaires. En 1895, 4 de droit romain, 6 de droit civil et 20 autres chaires.

Histoire de l'enseignement du droit romain.

Cette prépondérance du droit romain puis son effacement, l'histoire de ce droit et spécialement de son influence dans les temps modernes nous en enseignent les causes. Cette histoire, qui n'est pas très étudiée, est cependant très belle, car elle est une preuve éclatante de la supériorité intrinsèque du droit romain. On a parlé pour la conquête du monde antique et pour son organisation par Rome de miracle romain. Il y en a un second, aussi étonnant que le premier c'est la résurrection, dans les temps modernes et en Occident du droit romain, grâce aux compilations de Justinien, grâce au Digeste, au Code, et aux Nouvelles le droit romain s'est répandu de nouveau dans nos pays, c'a été une conquête pacifique faite sans les armes par la seule supériorité du droit romain sur le droit des peuples occidentaux. Cette résurrection s'est produite depuis la fin du XI^e siècle jusqu'à nos temps modernes. La cause en a été le renouvellement des études de droit romain, dans l'Université de Bologne, par l'Ecole des Glossateurs. Les Glossateurs ont étudié l'oeuvre de Justinien, qui remonte au VI^e siècle : le Digeste (extraits des jurisconsultes classiques) 533; - Le Code, 2^{ème} édition, la seule que nous possédions composé par Justinien à l'aide des constitutions de ses prédécesseurs surtout depuis Dioclétien, 534; - Les Nouvelles, c'est-à-dire les constitutions postérieures au Code de Justinien, allant de 535 à 564. Cette compilation a donc été faite après la prise de Rome par

les Barbares en 476, après la chute de l'Empire d'Occident et la séparation des destinées de cet Empire et de l'Empire d'Orient le siège de l'Empire ayant été transporté de Rome à Constantinople. La compilation de Justinien n'a jamais été une législation occidentale. Sa destinée propre a été exclusivement orientale.

Dans la mesure où le droit romain a survécu dans les royaumes barbares, ce n'est pas le droit de Justinien qui était encore appliqué mais le Code Théodosien. La résurrection savante de cette oeuvre par les Glossateurs a été l'oeuvre de l'Université de Bologne. Le nom de Glossateurs vient de ce que, dans les manuscrits du Digeste et du Code, ils inscrivait des gloses interlinéaires ou marginales, qui expliquaient ou commentaient le texte législatif lui-même. Ces gloses ont été très importantes pour le développement du droit romain en Europe. Un sigle indique l'auteur de la glose.

Le premier de ces glossateurs est Irnerius, qui enseignait vers 1080.

Viennent ensuite les quatre docteurs de la glose : Martin, Bulgare, Jacob et Hugo. Leur méthode s'est répandue en France, d'abord à Montpellier, (la plus ancienne Faculté de droit française) avec Placentin. Puis le dernier des Glossateurs, Accurse, (1182-1260), a réuni toutes les gloses de ses prédécesseurs et a composé la Grande Glose.

Grâce à eux, le droit romain, sans être imposé par la législation, mais par le seul prestige de sa supériorité, s'est répandu dans toute l'Europe. En effet, en face des coutumes, d'origine germanique, souvent obscures et incomplètes, le droit romain apparaît comme un système complet, avec un appareil scientifique bien plus perfectionné par des générations de jurisconsultes que le droit des Coutumes. Il apparaît donc comme la lumière en face de l'ombre et comme l'instrument indispensable du progrès juridique. Aussi est-il le seul étudié dans les Universités et, de là, il s'infiltre partout dans l'administration et la pratique juridique, dans celle des tribunaux, dans la législation royale et aussi dans les coutumes rédigées au XVI^e siècle. Les jurisconsultes qui les ont rédigées sont imbus de droit romain et ils y introduisent le droit romain pour systématiser et clarifier le droit des coutumes. Le droit romain arrive donc, aux XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles à régner dans toute l'Europe. Il est seul suivi dans le Midi de la France et en Italie. De plus il sert, à titre de droit supplétif, dans les pays français de droit coutumier, où il éclaire les coutumes, ou même y supplée en cas de silence de celles-ci. En Angleterre il sert de droit accessoire.

Enfin en Allemagne il est le droit commun de l'Empire, dans le silence des coutumes, jusqu'en 1900, date de la mise en vigueur du code civil allemand.

Donc, soit directement, soit indirectement, le droit romain, est universellement appliqué. Le Digeste et le Code ont repris une vie nouvelle et ils continuent à être étudiés au point de vue de leur application. Il y a des éditions innombrables du Digeste, divisé en *Digestum vetus*, *Infortiat*, et *Digestum novum*, c'est-à-dire en trois parties, probablement d'après la façon dont le Digeste a été introduit peu à peu dans l'étude des Glossateurs. Depuis la première édition publiée à Venise en 1473 et la dernière qui est celle de Mommsen en 1880 (en 1922 cette édition de Mommsen en était à son 14ème tirage). Il y a eu en moyenne au moins une édition du Digeste par an. (Voir Spangenberg *Einleitung in das Römisch-Justinianische Reichsbuch*, Introduction aux Livres de droit romain, 1817, qui donne une liste de ces éditions).

Les commentateurs sont encore plus nombreux en Italie, France et Allemagne. Au XVI^e siècle, la maîtrise des études romaines passe à la France avec Cujas, (1522-1590), chef de l'Ecole de Bourges, Barnabé Brisson et Jacques Godefroy. Au XVII^e siècle cette maîtrise passe à l'école hollandaise. Au XVIII^e et au XIX^e siècles, la primauté des études de droit romain passe à l'Allemagne avec l'école des Pandectistes. Les Pandectistes tirent leur nom de ce qu'ils publient en plusieurs volumes du commentaire étendu des Pandectes de Justinien. La somme de ces travaux se trouve dans les Pandectes de Glück, Commentaire détaillé des Pandectes (60 volumes) Ausführliche Erläuterung der Pandekten 60 volumes 1841-1880 qui expliquent les 40 premiers volumes du Digeste et reste inachevé. Cet ouvrage a été traduit en italien.

Il ne faut pas oublier que pendant toute cette période, le Digeste et le Code sont en réalité un droit mort, c'est-à-dire qui n'a plus d'organe législatif permettant de le modifier selon les besoins nouveaux. C'est donc un droit statique qui ne peut plus évoluer. Or, réserve faite de l'Ecole historique de Cujas, il se produit une véritable oblitération du sens historique chez les Romanistes. Les œuvres des jurisconsultes romains sont considérées comme les livres sacrés du droit, comme contenant la révélation juridique. C'est la conception d'un droit pur et abstrait à expliquer par la méthode dogmatique; par le raisonnement logique, corrigé par le bon sens. Les solutions tirées du droit romain sont, par définition les expressions parfaites du vrai et du juste. Le

Source : BIU ~~Orléans~~ droit devient une science abstraite. La meilleure ex-

pression de cette tendance est l'école allemande des Pandectistes des XVIII^e et XIX^e siècles, il est vrai qu'il considèrent le droit romain au point de vue de son utilité et de son application; ils intitulent leurs ouvrages "Commentaires du droit romain actuel, heutiges Rechts."

Le défaut capital de cette conception est de méconnaître la réalité. A la différence de l'oeuvre de Platon ou d'Aristote. Le Digeste n'est pas l'oeuvre d'un seul jet d'un jurisconsulte philosophe, c'est une compilation des jurisconsultes classiques qui résume la vie juridique de 4 siècles. Sa grande supériorité est d'être l'oeuvre de l'expérience, mais il est nécessairement rempli d'imperfections et de contradictions et d'obscurité comme toute oeuvre tirée de la vie. Et, chercher, à les concilier par la méthode dogmatique n'aboutit qu'à une fausse clarté.

Aussi une réaction très vive s'est produite au XIX^e siècle contre la méthode dogmatique. Le développement de toutes les disciplines juridiques a été en effet immense depuis la Révolution : le droit civil s'est libéré du droit romain, les autres branches qui se sont constituées ont pris également leurs méthodes propres, d'où des luttes et des méfiances contre le droit romain, la libération a été impossible sans des résistances d'une part et des attaques de l'autre.

Même à l'intérieur du droit romain, il y a eu une réaction aussi vive contre les Pandectistes. A partir du XVI^e siècle les études historiques fleurissent avec les humanistes. Un des plus grands, Guillaume Budé (1467-1540) a publié un des premiers travaux pour la critique historique du Corpus juris civilis. Cujas et ses disciples sont les ancêtres de l'Ecole historique du droit romain. Enfin en Allemagne, dès le début du XIX^e siècle l'Ecole historique triomphe avec Niebuhr, Mommsen qui sont des historiens, avec Savigny et d'Ihering qui sont des juristes. Cette école a une influence de tout premier ordre sur le prestige scientifique de l'Allemagne, dû à ce renouveau des études anciennes et spécialement romaines. En France, le Manuel de M. P.F. Girard a été composé par l'un des plus illustres représentants de cette école. En Italie, vers le milieu du XIX^e siècle, la méthode historique triomphe et la littérature actuelle de droit romain est abondante. - Cette Ecole historique a ruiné définitivement le prestige de la méthode dogmatique, c'est-à-dire d'un droit purement logique et abstrait.

D'ailleurs, aujourd'hui, le droit romain n'est plus appliqué nulle part. Dans le dernier pays où était survécu, en Allemagne le C.C. allemand l'a remplacé depuis 1900; il n'est donc plus nécessaire

de rechercher dans le droit romain des solutions d'espèces et des applications pratiques. Il ne subsiste que l'histoire d'un droit qu'il faut connaître et étudier par la méthode historique. C'est l'importance actuelle du droit romain dans l'ensemble des disciplines juridiques. Il faut attacher en effet une importance essentielle à l'histoire, qui donne à toute science, morale ou politique, ancienne ou récente, son véritable caractère scientifique. Sans l'histoire le droit civil lui-même ne serait qu'un empirisme de praticiens. Le droit tombe en décadence dès que l'histoire en est écartée. Mais cette transformation explique en même temps la diminution de l'importance des études de droit romain au milieu des autres disciplines juridiques. Il n'est plus aujourd'hui qu'un complément (sauf pour les historiens), un complément indispensable de culture et de civilisation.

Mais pourquoi ne pas s'en tenir à l'histoire du droit français ou du droit comparé ? Pour deux raisons également essentielles et décisives : 1° on ne trouve nulle part d'exemple d'un développement aussi complet, comparable en durée et en qualité, à celui du droit romain, qui s'est prolongé jusqu'à 565 après J.C. C'est donc 1300 ans d'une histoire qui a un développement continu et une qualité incomparable, une histoire pour laquelle nous avons les documents les plus abondants, beaucoup plus que pour n'importe quelle autre histoire du droit et des documents de première valeur. Peu à peu formé par l'expérience juridique du préteur, soutenu par la science des jurisconsultes, dont les générations ont dégagé les principes, ce droit a créé un système qui peut encore aujourd'hui servir de modèle.

2°- L'histoire du droit romain montre en même temps son influence sur notre propre droit, qui est encore imprégné de substance romaine non seulement dans ses applications pratiques, mais même dans ses principes généraux. Le droit romain est donc la base de la science juridique et il reste une de nos antiquités nationales les plus importantes, puisqu'il est la source et la base de notre droit actuel.

Son étude est représentée par deux cours généraux en 1ère et en 2ème année de Licence : ils font un exposé sommaire de l'ensemble du droit romain dans les grandes lignes de son développement, d'après les données acquises, en écartant les incertitudes, et en présentant comme certain ce qui n'est que conjectural.

C'est un bref exposé de la méthode historique. Au contraire l'objet du fonctionnement de cette méthode est celui du Cours de Pandectes et, avec un peu plus de liberté, du Cours de droit romain approfondi, qui utilise plus largement les textes littéraires ou historiques.

LA RESTITUTION DE LA DOT C'EST-A-DIRE

L'ETUDE DE L'ACTION REI UXORIAE DANS SES

ORIGINES ET SON FONCTIONNEMENT.

Plan du cours.

Dans des chapitres préliminaires on recherchera l'origine de la dot, dans l'organisation de la famille romaine et les caractères primitifs de la dot provenant de cette organisation. Ce point de départ bien établi on étudiera la transformation de cette institution dotale quand le droit civil consacre l'usage de restituer la dot à la femme à la dissolution du mariage, notamment par le divorce. On examinera les origines les plus lointaines de cette restitution. On les trouvera d'abord dans les usages de la gens, dans la pré-histoire de Rome, usages qui passeront dans la famille des premiers siècles de la République, dans la famille de l'époque classique, c'est-à-dire la famille agnatique. D'après une jurisprudence familiale, le père, en prononçant le jugement de divorce restitue à sa femme la dot, le censeur en surveille la restitution. Au VI^e siècle de Rome fondée, ces usages familiaux passent dans le droit civil par l'intermédiaire de la jurisprudence du préteur, qui les consacre par une action civile, l'action rei uxoriae, dont les caractères particuliers proviennent de cette origine. Pour marquer sa place dans l'ensemble du

Source : BIU Cujas droit romain, on la comparera avec d'autres actions

d'une nature semblable, nées sous l'empire d'idées analogues : les actions de bonne foi et les actions in bonum et aequum conceptae.

Dans la seconde partie, on étudiera l'action en restitution elle-même, sa formule, son contenu, ses caractéristiques dont la principale est la théorie des retentiones. Puis on recherchera ce qu'est devenue sous Justinien l'action en restitution de la dot, action obtenue par la fusion entre l'action ex stipulatu c'est-à-dire en restitution de la dot lorsque cette restitution a été assurée par une convention formelle lors de la donation faite à la femme, et l'action rei uxoriae qui est possible même sans aucune convention préalable de restitution lors de la célébration du mariage.

Cette étude nous permettra de toucher aux points les plus généraux du droit romain, puisqu'elle nous amène à étudier d'abord la famille et, dans la famille, la place de la femme et, en même temps, l'organisation même de la cité antique, parce que ce sont ces usages familiaux qui sont passés de la famille dans la cité par la consécration du censeur et du préteur. D'autre part l'introduction, à côté du vieux droit formaliste, du droit de bonne foi transforme complètement les anciennes institutions. On ne se limitera pas d'ailleurs au Digeste, on examinera les historiens (Denys d'Halicarnasse, Tacite, Aulu-gelle) et les littérateurs, notamment certains passages de Cicéron..

Application
de la métho-
de histori-
que.

On appliquera donc au sujet la méthode historique qui repose avant tout sur l'étude des textes, car ce sont eux qui forment la base de notre connaissance des choses du passé... Mais les textes que nous possédons ne sont que des vestiges d'une documentation qui a été beaucoup plus abondante. Le Digeste par exemple ne contient que des extraits des jurisconsultes classiques des trois premiers siècles après Jésus-Christ et le reste de leur oeuvre a disparu. Et même ces extraits ont été volontairement défigurés par Justinien pour les mettre en harmonie avec le droit de son temps. Ce sont les interpolations faites soit par addition, soit par suppression.

Un historien doit donc tout d'abord établir et critiquer les textes, travail long et difficile, car il nécessite les connaissances les plus étendues, non seulement juridiques mais littéraires, épigraphiques et philologiques. L'Ecole des Pandectistes ne faisait pas ce travail. Mais il est nécessaire si on applique la méthode historique. On reproche à cette méthode à cette méthode ses recherches de détail, trop fragmentaires, dont, dit-on, le résultat est en dis-
proportion avec les efforts accomplis. Cependant l'uti-

lité des recherches d'érudition n'est pas douteuse.

L'observation des faits, l'examen et la critique des textes ne suffisent pas, une partie plus importante réside dans l'interprétation et l'explication de ces faits fragmentaires. Alors interviennent la raison et la logique qui permettent de mettre en valeur, par la conjecture (très importante dans les études historiques), les observations réunies. La conjecture joue un rôle très important parce que la plupart des témoignages du passé ont disparu. La cause en est 1° que les siècles ont toujours détruit les documents du passé, les documents qui les précédaient. - 2° Puis les documents contemporains des faits observés ne donnent en général que des détails et ordinairement ils sont muets sur les principes généraux, supposés connus des contemporains; ils ne disent rien de l'organisation des sociétés. Nous sommes obligés de suppléer à notre ignorance de ces principes par les conjectures qui dégagent la signification des faits connus, par des hypothèses. C'est ce qui fait l'histoire et il faut toujours se rendre compte de la part du fait certain et de celle de l'hypothèse, laquelle est susceptible indéfiniment de se modifier à la suite de découvertes nouvelles et de se perfectionner par des interprétations meilleures de faits déjà connus. La transformation, en droit romain, est constante et les livres, qui ont été l'expression, à un moment donné, de la vérité historique, sont sans cesse dépassés par des études nouvelles.

De là la difficulté des sciences historiques, difficulté critiquée par ceux qui sont épris de certitude logique. Et l'histoire a été traitée souvent par eux de science conjecturale. Mais cette critique est inutile, car c'est un fait qu'il est superflu de nier et on ne pourra jamais en guérir l'histoire : ce défaut est commun d'ailleurs à toutes les branches de la connaissance et les constructions qui paraissent les plus définitives sont démolies et changées par les historiens de la période suivante.

On commencera donc par trois chapitres préliminaires:

Chapitre Ier.: Etude de la famille, de la gens, et de leur organisation.

Chapitre 2ème : Dans l'intérieur de cette famille, étude du mariage cum manu et du mariage sine manu, qui déterminent la place de la femme dans la famille.

Chapitre 3ème : Caractères originaires de la dot: "causa dotis perpetua est".

Chapitre I.

LA FAMILLE, LA GENS, LEUR ORGANISATION.

Définition
de la dot.

Le sens actuel du mot dot est un peu flottant, et renferme plusieurs idées. D'abord un sens général extra juridique: c'est la fortune que les époux apportent en se mariant que ces biens leur viennent d'eux-mêmes ou bien leur aient été donnés aussi bien par leurs parents, que par des étrangers.

Le mot dot désigne alors aussi bien les biens donnés au mari que ceux donnés à la femme,

Dans un sens plus juridique, plus étroit, la dot ne s'applique qu'à la femme, elle désigne alors l'apport de la femme à son mari pour subvenir aux charges du ménage: c'est la part contributive de la femme. En ce sens, l'art. 1540 du C.C.: la dot désigne le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage. Cette définition vient directement des jurisconsultes romains, ce sont eux qui ont rapproché la dot des charges du mariage; Dig. XXIII.3. 76; tiré de Tryphoninus, Liv. X de ses Disputationes: "Quia nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est: parce que, à moins que la dot ne serve aux charges du mariage, elle n'existe pas". Ainsi la dot est devenue un bien avec une affectation juridique spéciale, de laquelle ce bien tire le régime particulier auquel il est soumis. Il ne s'agit plus ici de tous les biens que peut posséder la femme, mais de la partie des biens remis au mari en vue du mariage et de ses charges.

La femme dans le droit civil actuel, ne transfère plus au mari la propriété de sa dot, elle lui en donne simplement la jouissance et l'administration. La dot ne se rencontre pas dans tous les régimes matrimoniaux français: il n'y a pas de dot dans la séparation de biens, puisque le mari n'a pas l'administration et la jouissance des biens de sa femme. Il y a seulement l'obligation légale pour la femme de verser le tiers de ses revenus au mari en cas de silence du contrat de mariage, art. 1537. La dot existe déjà dans tous les régimes de communauté, parce que la communauté, représentée par le mari, jouit des revenus des deux époux, donc des revenus de la femme,

lesquels sont ainsi tous dotaux.

Cependant la dot n'existe réellement que dans le régime dotal, ancien régime des pays de droit écrit, c'est-à-dire de droit romain. La dot, sous ce régime, est l'apport fait au mari pour subvenir aux charges du mariage. C'est le but économique et la fonction sociale de la dot. Le mariage, en effet, a fondé un foyer auquel chacun des époux apporte ses ressources. Ce but économique est la cause juridique de la dot.

A Rome le mari est propriétaire de la dot.

Il n'en était pas ainsi en droit romain. Le mari était alors propriétaire de la dot en principe pour toujours. A partir d'un certain moment, on lui impose la restitution de la dot et, à raison de cette restitution, la dot prend dans le patrimoine du mari une vie indépendante des autres biens de celui-ci; elle est protégée notamment par la règle particulière de conservation de la dot. C'est seulement à partir de l'admission de cette restitution qu'on peut parler de régime dotal. A ce sujet les jurisconsultes classiques invoquent les charges du mariage comme un principe d'équité qui leur permet de créer des règles nouvelles et de modifier les conséquences des règles anciennes en tant qu'elles sont contraires à l'équité. L'équité constitue une notion très vague dans son principe, mais très précise dans ses applications. C'est cette notion d'équité qui servait au préteur et aux jurisconsultes pour introduire un droit nouveau par des procédés juridiques très ingénieux et très variés.

Mais, dans sa condition originaire, la dot n'est pas un bien ayant une affectation spéciale; c'est la conséquence pure et simple de l'organisation de la famille romaine et de l'autorité que le père exerce sur sa famille, enfin de la place de la femme dans la famille. Tout cela entraîne des conséquences juridiques. Il est donc nécessaire de rappeler cette organisation pour comprendre les caractères primitifs de la dot.

§ I - L'organisation de la famille romaine.

Les principes essentiels dominant cette organisation viennent de ce que la famille romaine est une famille patriarcale. Pendant tout le droit romain, cette organisation n'a connu que des interventions fragmentaires et timides de l'Etat. La famille patriarcale représente le type général de toutes les familles de la race aryenne, indo-européenne: les hommes de cette race connaissent la famille patriarcale du type le plus absolu. La famille est un groupe placé sous l'autorité de

Caractères
de la famille
romaine.

Caractère
patriarcal.

Caractère
d'agréga-
tion artifi-
cielle.

son chef, autorité absolue et viagère qui porte à la fois sur les personnes et sur les biens de cette famille. Il y a unité de puissance et de patrimoine : le chef a sous son autorité tous ses descendants et cela pendant toute sa vie; quels que soient le degré d'ascendance, l'âge et la situation sociale des enfants ceux-ci sont toujours soumis à l'autorité de leur père. La famille comporte en outre des personnes qui ne sont pas des descendants du père de famille. La plus importante est la femme placée dans la famille sous l'autorité du père, à l'égal des descendants de celui-ci; elle a les mêmes obligations et les mêmes droits qu'une fille de son mari. Sa dot est remise au père de famille qui en devient propriétaire. - Le groupe familial est encore recruté artificiellement par l'adoption, qui fait entrer des étrangers dans la famille. L'adoption était un usage universel à Rome: c'était un usage constant dans chaque gens d'échanger des enfants par voie d'adoption entre les familles de la même gens.

Comptent encore dans cette famille artificielle les clients, qui sont des étrangers, souvent même d'anciens esclaves libérés; - enfin les esclaves font également partie de la familia. - Et le pouvoir qui porte sur toutes ces personnes est exactement le même dans tous les cas, notamment sur l'adopté qui sort définitivement de sa famille d'origine.

Le mot pater n'implique pas l'idée de génération de paternité physique, qui est plutôt désignée par le mot parens ou le mot genitor, mais il a une valeur sociale, il désigne celui qui a l'autorité, la puissance, qui est chargé de la protection de la famille. Donc sera appelé paterfamilias même un citoyen sans enfant et aussi un enfant. L'enfant devient sui juris par la mort de son père. Il a alors un patrimoine, des clients, des esclaves et des biens; voir D.50, 16, L. 195 § 2: "Recte hoc nomine appellatur quamvis filium non habet: non enim solam personam ejus, sed et jus demonstramus. Denique et pupillum patrem familias appellamus cum paterfamilias moritur : Nous appelons justement du nom de père de famille même celui qui n'a pas d'enfant, car nous désignons ainsi non pas seulement sa personne mais son droit et nous appelons enfin père de famille également l'enfant quand son père est mort".

Toute une partie des parents par le sang, ceux qui sont nés des filles, ne feront pas partie de la famille du père de ces filles, ils ne compteront que du côté de la famille de leur propre père.

Les pouvoirs du père de famille.

La famille romaine est donc constituée d'une famille autonome et monarchique: l'Etat n'intervient pas dans l'intérieur de cette famille. Le père est à la fois le prêtre du culte domestique spécial à la famille (culte des ancêtres, des mânes et des lares) et le juge. Le père règle ces cultes et seul il le célèbre entouré de sa famille. Il est en même temps juge: il peut prononcer les peines les plus graves: flagellation, emprisonnement et même la peine de mort et il en a souvent usé jusqu'à la fin de la République. L'un des derniers exemples a été donné par le père d'un des conjurés qui avaient trempé dans la conjuration de Catilina. Ce n'est que sous l'Empire à l'époque des Sévères (fin du 2ème siècle) que ce pouvoir a été restreint. Sous Constantin, il est enfin décidé que le père qui tue son fils est coupable de parricide (Code IX, 17, loi I (318)). Jusque là les membres de la famille n'avaient aucune garantie contre le père; il n'y avait pas d'appel devant le magistrat.

Cette autorité absolue sur la personne se retrouve sur les biens: il y a unité du patrimoine familial. Tout ce que possède la famille appartient au père; il n'y a, par famille, qu'un seul patrimoine dont le père a la disposition et l'administration sans contrôle pendant sa vie. Et il a même le droit d'en disposer pour après sa mort par testament. Ce pouvoir absolu masque le caractère collectif primitif de la propriété familiale. Elle devient la propriété individuelle du père.

Cette situation entraîne la condition juridique de la femme in manu et des enfants: tous sont alieni juris et ils ne peuvent rien garder en propre. Bien qu'ayant une capacité, une personnalité juridique, ils ne peuvent rien conserver de ce qu'ils gagnent ou reçoivent. La propriété de ce qu'ils acquièrent passe automatiquement sur la tête du père de famille qui en est seul propriétaire. C'est seulement sous Justinien que le fils garde l'argent qu'il gagne.

Cette constitution primitive de la famille est d'une importance capitale pour la condition de la dot. C'est en raison de cette unité du patrimoine que la dot apportée par la femme devient la propriété du père.

Constitution autonome de la famille, cependant insuffisante pour jouer un rôle politique.

La famille patriarcale forme donc un groupe autonome, une espèce de monarchie de caractère politique, ayant le même caractère, le caractère de souveraineté que le pouvoir du roi dans la cité. (Voir Bonfante, Histoire du Droit romain, parue en Italie en 1923, et traduite en français en deux volumes, édition Sirey 1928). - Cette constitution autonome s'explique par son origine.

Ainsi organisée la famille est antérieure à la constitution de l'Etat, de la cité considérée comme un groupement de famille autour d'un chef militaire. Le roi devient, comme le père de famille dans la famille, juge et prêtre dans la cité. Mais avant la constitution de la cité la famille est un groupe fermé, qui protège ses membres contre les voisins synonymes et ennemis et assure en même temps la subsistance de tous ses membres. Elle est donc bien différente de la famille moderne qui est un groupement de pur droit privé, en vue d'élever et de nourrir les enfants sous le contrôle de l'Etat.

Mais il semble que la famille n'est pas bien adaptée à ce rôle politique, parce qu'elle forme un groupe trop petit. Elle est sans doute plus nombreuse que le groupe familial actuel, mais elle est encore trop restreinte et surtout trop faible, puis sa durée est trop instable puisqu'elle est dissoute par la mort du père de famille. Entre la famille et la cité, avant l'organisation de la cité, un groupe plus stable et plus étendu paraît s'être interposé pour jouer ce rôle de protection, groupe qui ne disparaît pas avec la vie de son chef : c'est la gens.

§ 2 - La gens.

A l'époque classique, la gens, d'après les historiens et les textes des juriconsultes, n'est qu'une survivance, une institution presque disparue, qui ne survit qu'à l'état de prétention nobiliaire des vieilles familles romaines formant des gentes. Voici, d'après Cicéron, Topiques, VI, 29, la définition qu'en donne Quintus Mucius Scaevola: " Gentiles sunt inter se qui eodem nomine sunt, qui ab ingenuis oriundi sunt, quorum majorum nemo servitutem servitit, qui capite non sunt deminuti: sont gentiles entre eux ceux qui ont le même nom, qui descendent d'ingénus, dont aucun de leurs ancêtres n'a été esclave et qui n'ont pas subi une capitis deminutio". C'est, ajoute Festus, de verborum significatione, le nom qui forme la gens: "Gentilis dicitur et ex eodem genere ortus et is qui simili nomine appellatur: Le gentilis est celui qui sort de la même race et qui est appelé du même nom".

La gens se caractérise donc: 1° par le même nom nomen gentilicium: par exemple la gens Julia gens Claudia. 2°- Les mêmes sacra gentilicia, un culte commun. 3° un auteur commun. A cause de cette communauté de nom, toujours accompagnée d'une communauté

Source : BIU Cujas le culte, ceux qui portent ce même nom prétendent

descendre d'un auteur commun, prétention qui ne peut s'appuyer sur une filiation reconnue, car alors, il y aurait famille agnatique au sens propre du mot.

Les familles romaines, les familles nobles sont parmi celles où les traditions familiales se conservent le plus longtemps; néanmoins le nom gentilice remonte si haut qu'une filiation régulière est impossible à établir. D'après Tite Live (I.30), la gens Julia est une des six gentes qui se sont agrégées à l'Etat romain après la chute d'Albe. Toutes prétendent à une origine non seulement albaine, mais troyenne, et l'ancêtre de la gens Julia serait un compagnon d'Enée, Julius, qui serait venu avec Enée en Italie après la chute de Troie. Ce sont évidemment des sources légendaires. A cette époque il n'y a ni état civil ni peut-être même d'écriture.

Cette pureté d'origine prétendue est maintenue par deux exigences, indiquées par Cicéron. 1° - La première est qu'il faut descendre d'ingénus: une origine servile empêche qu'il y ait gens; aussi les clients, qui sont souvent d'origine servile et qui sont si nombreux dans les gentes, où ils sont assujettis à certaines obligations, sont eux-mêmes des membres de la gens au sens passif du mot, mais ne forment pas de gentes. - 2° - Il ne faut pas non plus qu'il y ait eu de capitis deminutio: donc l'adoption, l'adrogation, l'émancipation rompent la gentilité car elles font sortir de la famille agnatique perdre le status familiae par conséquent et subir une capitis deminutio minima. Elles brisent la puissance et les liens de famille dont dépend la gentilité.

Nous savons encore que seules les familles patriciennes avaient un droit véritable à former des gentes. Les patriciens sont les citoyens romains de l'époque royale, les fondateurs de la cité. Avant la République, c'étaient les seuls citoyens. Les plébéiens n'avaient pas la qualité de citoyens avant la République. La famille plébéienne lato sensu s'appelle non pas gens mais stirps: Cicéron de Oratore I, 39, 176. "Là où un patricien hérite gente, le patricien se fait stirpe". Tite Live s'exprime dans le même sens, X.8.9: "Seuls les patriciens ont des gentes". - Sous la République, les plébéiens, devenus citoyens, accèdent peu à peu à toutes les grandes charges de l'Etat, ils deviennent magistrats, consuls, une nouvelle noblesse usurpe, dans les derniers siècles de la République, les privilèges du patriciat et, par un phénomène qui est de tous les temps, ils s'agrègent au groupe de la noblesse.

Les effets civils de la gentilité

En dehors de sa très considérable importance sociale, la gentilité ne produit plus que quelques effets très secondaires au point de vue civil: les gens

tiles ont des droits de succession et de tutelle. Si un membre de la gens meurt sans laisser d'agnat, sa succession est déferée aux autres membres de la gens; Loi des XII Tables, Table V § 4; Cf. les textes de droit romain de P.F. Girard: "Si intestato moritur qui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto; si agnatus nec escit, gentiles familiam habento". "Si quelqu'un meurt ab intestat sans avoir d'héritier direct que l'agnat le plus proche ait le patrimoine. S'il n'a pas d'agnat, que les gentiles aient le patrimoine". Il en résulte que le père de famille doit donc faire son testament pour assurer sa succession même à ses propres descendants; mais, s'il meurt intestat, celui qui n'a pas de descendant verra sa fortune passer à l'agnat le plus proche qui hérite seul. S'il n'y a pas d'agnat, les gentiles auront le patrimoine. De même, si un membre de la gens meurt laissant un héritier mineur, sans testament et sans laisser d'agnat, la tutelle passe aux gentiles". Ce droit de succession des gentiles est comme un retour du bien aux mains des titulaires véritables de la fortune, c'est-à-dire à la gens.- Les Règles d'Ulprien donnent la même indication: à l'époque des jurisconsultes classiques la succession gentile est tombée complètement en désuétude, elle n'est plus appliquée; on ne peut donc savoir comment elle était réglée.

Voilà la situation de la gens à l'époque de la République. Et en général, dans les Manuels de droit romain, on s'en tient à cet exposé. Voir par exemple le Manuel de droit romain de P.F. Girard, de même que dans le Droit public romain de Mommsen, (Tome VI, 1ère partie, publié dans le Manuel des Antiquités romaines de Mommsen et Marquardt, ouvrage traduit en français sous la direction de Gustave Humbert, en 20 volumes). On trouve dans cet ouvrage l'exposé le plus complet de ce que disent les textes sur la gens. On n'ignorait pas d'ailleurs que la gens, à l'époque classique, était la simple survivance d'une période antérieure et qu'elle avait joué un rôle plus important, rôle que Fustel de Coulanges avait déjà mis en relief dans sa Cité antique, p. 110.

Mais les historiens modernes se sont bien davantage occupés de la gens et ils ont tenté de reconstituer toute l'importance primitive qu'elle avait dans les premiers temps de Rome; par exemple Bonfante, La gens et la familia mémoire publié en 1888 et réimprimé dans les Scritti Giuridici, Tome Ier, p. 3 et Histoire du droit romain, Tome Ier, p. 66 et suivantes; Arangio Ruiz, les genti e la città, 1914; - et enfin, résumant tous les autres P. de Francisci, Storia del diritto romano, Tome Ier, p. 5 et suivantes, ouvrage

La constitu-
tion primiti-
ve de la gens.

publié à Rome en 1926.- Leurs idées sont acceptées aujourd'hui à peu près par tout le monde.- Cf. pour l'Histoire générale de Rome, l'Italie primitive de Homo, 1925;- et l'Histoire romaine d'Ettore Pais et Bayet, dans la Collection d'Histoire générale de Glotz.

Pour opérer cette restitution, il faut sortir de l'histoire romaine pure et s'appuyer sur les données de la sociologie et le droit comparé: comparer les institutions des Grecs, des Celtes, des Germains, des peuples italiques autres que les Romains et, plus près de nous, des Slaves, des Berbères et des Kabyles qui sont très nombreux dans une partie de l'Algérie. Le droit de famille actuel des Kabyles est très analogue à celui des Romains et à la gens.- On utilise aussi l'archéologie et, dans les établissements primitifs des peuples italiques, à Bologne, à Rome etc., on retrouve des monuments plus anciens que Rome, notamment des sépulcres, dont les inscriptions et le mobilier renseignent sur la vie primitive des lointains ancêtres des Romains.

Toutes ces données rendent plus sûres nos hypothèses et la connaissance de la constitution sociale de la population romaine primitive. Bonfante a déterminé la méthode à employer: rechercher et relever, dans les documents de l'époque classique, les survivances de l'époque antérieure, de l'époque primitive. Les auteurs qui nous les ont transmis souvent n'en ont pas compris l'importance. Et cela rend intéressants ces documents, car, comme ils ne les comprennent plus, il y a des chances pour qu'ils nous donnent ces documents tels quels et il nous appartient d'en dégager la signification. Sur ce point les tentatives sont audacieuses comme en paléontologie où Cuvier en se basant sur la découverte d'un seul os peut ressusciter tout un animal. Mais grâce à ces recherches, la constitution primitive de Rome a pu apparaître et les données suivantes sur cette organisation lointaine sont admises à peu près par tous les historiens actuels.

La constitu-
tion primiti-
ve de Rome.

A l'époque de la fondation de Rome et pendant longtemps après cette réunion, les familles italiques les Ombro Sabelliques qui, après des migrations successives, finirent par arriver jusqu'au sol du Latium et devinrent des Romains par la fondation de la ville, étaient groupées en gentes. Les gentes étaient des groupements de famille qui, depuis un temps immémorial, se considéraient comme étant de la même race, comme provenant d'un héros légendaire, d'un héros éponyme qui leur avait donné leur nom. Ils forment un groupe politique.

Il n'est guère possible de déterminer avec certitude si leur prétention de descendre d'un auteur commun est exacte, s'ils ont été réellement unis par le sang. Dans ce cas leur groupement se rapprocherait davantage de la famille au sens réel du mot. Ce serait une famille que la mort du paterfamilias primitif aurait désagrégée. Il se pourrait aussi que ce soit une agglomération plus artificielle de familles d'origine différente que la vie en commun sur un même territoire ou l'épreuve des mêmes périls auraient soudées. Ce serait une réunion plus artificielle qui serait plus proche du caractère de l'Etat. Depuis Niebuhr qui voyait dans la gens une réunion artificielle de familles d'origine différente et certainement à tort une création de l'Etat, les auteurs se partagent entre ces deux conceptions qui renferment chacune une part de vérité. Bonfante y voit plutôt un groupement de famille de même race. De Francisci au contraire y verrait plutôt un groupe uni par la vie commune dans le même village sur les mêmes terres dont ils tirent leur subsistance, un groupe de voisins.

Ce qui n'est pas douteux, c'est que les Romains croyaient eux-mêmes à cette origine commune, impossible à prouver mais supposée par une tradition immémoriale contre laquelle nous n'avons pas au fond de raisons décisives de nous insérer en faux.

Mais ce que tous les historiens modernes font ressortir, c'est le caractère politique de ce groupement de défense et de protection. C'est un organisme complet se suffisant à lui-même, assurant la vie et la protection de ses membres. C'est en même temps un groupe d'économie fermée, chaque gens vit de sa culture, indépendante des autres gentes. La nécessité les force à se réunir en un groupe plus vaste, très probablement sous la menace plus forte de leurs voisins, Sabins, Volsques et surtout Etrusques. Les gentes voisines sacrifient une partie de leur indépendance par un traité, un foedus et créent un organisme central sur le modèle de l'autorité déjà existante dans la gens. C'est par une fédération des gentes que s'effectue la fondation de la ville de Rome. Un centre commun de défense est créé, une cité entourée de murailles dont il reste des traces, la Roma quadrata du Palatin. Avec la ville l'union est établie par l'organisation d'un culte commun, le culte de la cité et sauvegardée par le roi prêtre et chef de guerre, sans doute un des patres, chef de la gens la plus riche et la plus puissante.

Mais, - transformation importante, - le roi nouveau est un chef exclusivement politique, la fonction est de droit public, tandis que dans la gens le chef est

de même nature. Cette fédération des gentes la légende la place en 754 avant Jésus-Christ et en indique comme auteur Romulus. Puis la cité romaine s'agrandit par la réunion de deux cités voisines, l'une sur le Palatin, l'autre sur le Quirinal. Leur réunion a pour centre religieux, le Capitole, pour centre politique la plaine entre le Palatin, le Capitole et le Quirinal le comitium et le forum. Cet établissement dont l'enceinte dite de Servius nous conserve les traces, l'archéologie nous apprend qu'il avait été précédé d'autres plus anciens, plus anciens encore que la Roma Quadrata. Sur le Palatin, sur le forum, on a trouvé, sous les restes romains, des vestiges de construction et des tombeaux. Or, une règle absolue défend à Rome de placer des tombeaux dans l'enceinte d'une cité. Nous avons là des traces d'établissements plus anciens que la cité, de villages habités par une gens.

Ces agrégations successives de gentes qui forment, puis agrandissent peu à peu la cité, l'histoire en a conservé quelque souvenir. C'est d'abord la division historique des gentes en gentes majores et gentes minores, dans le Sénat et dans les Assemblées, les premières votent avant les autres. Puis les historiens nous disent que les gentes albaines ont été réunies à la Cité romaine après la chute d'Albe. Tite-Live 1.30.- Au début de la République des gentes sabinnes viennent augmenter la cité, la plus connue est la gens Claudia (Tite Live II,16),- Denys d'Halicarnasse II,60. C'est une gens sabine qui, sous la conduite de son chef, Attus Clausus a quitté le territoire sabin avec ses 5.000 membres, peut-être à la suite d'une guerre et qui, après un traité, a été admise dans la cité romaine. On lui assigne un territoire qui devint la tribu Claudia.

Autour du roi il y a une assemblée, un conseil de patres. C'est le Sénat. Les sénateurs patriciens sous la République sont seuls appelés patres. Les nouveaux sénateurs plébéiens sont appelés conscripti, d'où le titre complet Patres conscripti. Ces patres originellement étaient les chefs des gentes. Leur nom l'indique. Leur origine s'est obscurcie de ce fait que les pouvoirs politiques des gentes disparaissant devant celui de la cité et du roi, les sénateurs sont par la suite choisis par le roi puis par les consuls.

Ainsi l'hypothèse qui est actuellement en faveur auprès des historiens, tend à restaurer le rôle de la gens dans l'Etat romain. La gens apparaît comme un groupe uni par le même nom, le même but et par une tradition immémoriale. C'est un groupe beaucoup plus étendu que la famille et c'est un groupe dont le

Le rôle de la
gens dans
l'Etat ro-
main.

caractère principal est d'être permanent. D'après cette hypothèse, qui semble très vraisemblable, ces gentes sont des groupes existant entre la famille et l'Etat pour la défense et la protection des membres de la famille. La cité romaine apparaît ainsi, à ses débuts, comme une fédération de gentes dans laquelle, sans abdiquer entièrement leur autonomie, les groupes de gentes se sont réunis; mais ils sont restés souverains à l'intérieur du groupe, et ils assuraient la vie et la protection des membres du groupe par leur organisation autour d'un chef, par un culte commun, par des assemblées particulières, assemblées prenant des décisions et surtout par l'occupation en commun d'un territoire qui leur avait été réservé, sorte de village entouré d'un enclos et, autour de ce village, des terres, propriété commune de la gens, qui tirant ses ressources surtout de l'agriculture et de l'élevage. On peut reconnaître des vestiges de cette organisation primitive dans les institutions de l'époque postérieure dont le tableau nous a été transmis par les historiens et les jurisconsultes.

Mais ces souvenirs sont assez faibles, par la raison générale que la gens, comme puissance politique, a été complètement détruite par la cité, qui a lutté contre elle et qui a fini par supprimer presque complètement l'organisation politique de la gens. Seule a survécu la prétention nobiliaire.-

1° - L'existence du chef de la gens est admise en général pour l'époque primitive. Mais ce chef a complètement disparu sous la République; de son pouvoir il ne reste que quelques traces légères dans l'histoire romaine: d'abord une tradition, sûre et historique, celle de la gens Claudia et de son arrivée à Rome lorsqu'elle est venue de la Sabine. Elle était conduite par son chef Attus Clausus ou Appius Claudius. Suétone, Histoire de Tibère, dit qu'il était le princeps gentis, le chef de la gens. On trouve quelques renseignements du même ordre dans d'autres textes: Cicéron ad familiares: "Gens Papiria, gens minorum gentium, quorum princeps Lucius Papirius Mugillanus qui censor cum Lucio Sempronio Atratinio fuit, quum antea consul cum eodem anno 312 ab Urbe conditâ": "La gens Papiria dont le princeps fut Lucius Papirius Mugillanus qui fut censeur avec Lucius Sempronius Atratinio et qui avait été, auparavant, consul avec le même en 312 de Rome fondée".- Festus, de Verborum significatione, verbo familia, dit que la familia a un dux et princeps generis, un chef de la gens. Mais il semble qu'il indique plutôt par là le fondateur légendaire de la gens, tandis que dans Cicéron il s'agit plutôt d'un véritable chef.

Les pouvoirs du chef de la gens.

Ce sont ces quelques textes qui nous permettent d'affirmer l'existence du chef et surtout c'est la vraisemblance générale qui conduit à cette affirmation. On ne sait rien sur l'étendue de ses pouvoirs et de la façon dont ils étaient limités par ceux des chefs de famille. Toutefois, le testament romain est une preuve des pouvoirs de ce chef (Bonfante). Il est en effet du devoir le plus strict du chef de famille de l'époque classique de faire son testament; le chef de famille serait en quelque sorte deshonoré s'il mourait ab intestat. Or, il est également certain que ce testament est fait la plupart du temps pour désigner comme héritiers ceux que la loi elle-même donne au père, c'est-à-dire ses enfants. Ainsi, même sans testament, les enfants recueilleraient son hérité. Le testament règle aussi la tutelle, la condition de la femme du paterfamilias et l'affranchissement de ses esclaves. Le père exerce donc un pouvoir souverain sur sa famille et règle son sort. Or cette importance du testament a sa pleine signification non pas dans la personne du chef de famille, mais dans celle du chef de la gens: le testament était nécessaire pour lui, puisque le sang ne pouvait pas lui désigner son successeur. C'est là une hypothèse très intéressante, susceptible d'expliquer les particularités du testament romain primitif.

II° - La gens a aussi un culte, les sacra gentilicia. A cet égard, nous possédons beaucoup plus de documents. Dans les communautés anciennes, le culte est le lien le plus fort, il unit tous les groupements antiques. Les historiens romains citent souvent les sacra gentilicia: Tite-Live, V, 52, 5; Pline, Panegyrique de Trajan, § 37; Denys d'Halicarnasse, II, 65; Festus, De verborum significatione, verbo publica sacra: "Publica sacra quae publico sumptu pro populo fiunt: les sacra publica qui sont faits aux frais publics et pour le peuple; privata quae pro singulis hominibus familiis, gentibus fiunt; les sacra privata ce sont ceux qui sont faits pour des particuliers, pour des familles et pour des gentes.

Ces sacra, c'est avant tout le culte des ancêtres, des morts, des lares, culte qui a toujours été considéré comme le plus ancien à Rome. Mais il y a plus: comme l'Etat, chaque gens a sa divinité tutélaire, qui est une divinité semblable à celles de l'Etat: la gens Julia avait Apollo comme divinité; la gens Aurelia avait le soleil; la gens Horatia Junon et Janus. Cela représente la fusion postérieure de la vieille divinité tutélaire d'une gens et d'une divinité plus générale, souvent une divinité grecque. On a réuni, à l'époque où la Grèce, conquise, triomphe

cependant dans Rome par sa littérature, la divinité ancienne de la gens avec une divinité. L'une des premières restitutions de la dot se fait précisément sous le patronage de Cérès, qui vient contrôler sur ce point le pouvoir du père de famille. D'origine grecque, Cérès représente les dieux anciens de Rome, protecteurs de la moisson.

Ces dieux étant devenus dieux de la cité romaine, les cultes publics qui leur sont adressés sont traditionnellement confiés à ces familles qui, seules, assurent dans la Cité ce culte public; Festus: "Populabilia sacra sunt, ut Labeo ait, quae omnes cives faciunt nec certis familiis attributa sunt: les sacra popularia sont ceux que font tous les citoyens, à moins qu'ils n'aient été attribués à certaines familles".

Aux sacra gentilicia se rattachent les institutions de la famille: naissance, mariage, adoption et funérailles. Les cérémonies à l'occasion de ces actes principaux de la vie de famille ne sont pas rattachées à des lois de la cité ni à des lois exclusivement familiales. Les gentes patriciennes ont seules des tombeaux communs à toute la gens; les gentes plébéiennes n'ont pas de tombeaux communs, elles ont un tombeau par famille.

III° - Chaque gens a ses coutumes, ses institutions particulières, ses assemblées qui rendent des ordonnances; ce sont les décrets de la gens. En particulier l'assemblée inflige une nota gentilicia (qui est passée plus tard sous l'autorité du censeur) à ses membres: Tite Live, VI, 20 § 14, à propos de la mort de Manlius Torquatus, qui, ayant aspiré à la tyrannie, a été exécuté: "Adjectae mortuo notae sunt publica una... gentilicia altera quod gentis Manliae decreto cautum est ne quis deinde Manlius vocaretur; une flétrissure, une nota a été attachée au mort, une nota publica et une autre, une nota gentilicia, consistant en ce qu'il a été décidé par un décret de la gens Manlia qu'aucun des membres de cette gens ne pourrait prendre le prénom de Manlius".

IV° - Sous la République la gens n'a plus aucun caractère militaire. Néanmoins quelques traits rappellent son importance comme organisme de défense militaire: Tite Live, II, 48; Denys d'Halicarnasse, IX, 22, 1. Vers l'an 277 de Rome fondée, c'est-à-dire vers l'époque où débutent les premiers documents historiques de Rome après la prise de Rome par les Gaulois en 305, la gens Fabia, en 277, prend à sa charge une guerre de la cité contre les Véiens, habitants d'une cité voisine de Rome. La gens Fabia se tenant

charge avec 306 Fabii et 4 à 5.000 clients. Cette guerre, commencée par des succès, se termine par un désastre et la gens toute entière périt dans une embuscade, ne laissant qu'un seul survivant, d'après la légende, un jeune Fabius, qui fut l'ancêtre de la gens Fabia de la République.

Il y a aussi un souvenir de la gens en armes dans l'armée républicaine: les membres d'une gens enrôlés dans l'armée des citoyens doivent l'être ensemble pour combattre dans les mêmes formations.

Le régime foncier de la gens.

V° - Beaucoup plus importantes sont les traces du régime foncier de la gens, qui, primitivement, était organisée territorialement. Elle apparaît comme une petite nation avec son chef, ses coutumes, ses tombeaux, sa vie collective sur un territoire. La disparition de cette vie collective de la gens donne le signal de la disparition des gentes. Quelles sont donc les traces de cet état de choses originaire ?

Dans le droit privé classique, la propriété romaine apparaît comme une propriété individuelle, ou plus exactement comme une propriété de famille. Il n'y a en effet qu'un seul patrimoine par famille, et il appartient au père de famille. Le pouvoir absolu du père sur les biens et sa personnalité, masquent le caractère collectif de ce patrimoine, car seul il a le droit d'en disposer et de le partager. Les fils qui recueilleront la succession du père, seront bien appelés heredes sui; cela signifie que, en recueillant les biens de son père, le fils reçoit une masse de biens qui lui appartenaient déjà. Mais le caractère individuel de cette propriété se marque par deux traits essentiels: le droit de disposer par vente ou par donation et, à la mort du titulaire du patrimoine, le partage entre les ayants droit. Ce sont les deux caractéristiques essentielles de la propriété privée. Or, cette notion de la propriété individuelle s'est développée d'abord en droit romain pour la propriété mobilière. La propriété primitive individuelle ne comportait que des objets mobiliers: les esclaves et les animaux. La terre en est exclue, c'est ce qu'on a inféré avec certitude: 1° - de la langue du droit, de la désignation technique, même à l'époque classique de la fortune individuelle et de l'hérédité. Même à l'époque classique, même au moment par conséquent où la fortune comprend surtout des fonds de terre, les juriconsultes désignent le patrimoine tout entier d'un citoyen par les deux mots familia (le pouvoir du père) et pecunia, mots qui sont souvent réunis (familia pecunia). Gaius, Institutes, emploie cette expression à propos de la mancipation de l'hérédité, donc de l'ensemble de la fortune laissée

La propriété individuelle du père de famille est d'abord exclusivement mobilière.

par un citoyen romain à son décès. Cette mancipatio est utilisée pour que le père de famille fasse son testament, elle constitue une forme de testament. Le familiae emptor, c'est-à-dire l'exécuteur testamentaire, qui est un acheteur apparent, prononce les paroles suivantes: "Pecuniam familiam quae tuam mandatela tua, custodela mea esse aio et ea...hoc aere aeneaque libra esto mihi empta; j'affirme que ta fortune est sous tes ordres et sous ma garde, et cette fortune est achetée par moi par cet airain et par cette balance de cuivre"; (Gaius II.104). C'est la formule fatidique de la mancipatio et c'est une application de la mancipatio fiduciaire. Tout un ensemble de biens est confié à la foi du familiae emptor pour qu'il en fasse, après la mort du paterfamilias, ce qui a été décidé par celui-ci.

La loi des XII Tables emploie le mot de familia seul pour désigner tout le patrimoine: Loi XII § 4: "Agnatus proximus familiam habeto" et § 5: "Gentiles familiam habento" et l'ordre de succession de la gens et de la famille agnatique.- Dans l'action en partage d'hérédité on se sert de la même expression. Cette action est appelée traditionnellement l'action familiae erciscundae, l'action en partage de famille. La Table V § 7 de la Loi des XII Tables emploie le mot de pecunia tout seul dans un sens aussi général: "agnatum gentiliunquae in eo (furioso) pecuniaque ejus potestas esto". "Que la puissance des agnats et des gentils porte sur le fou et sur sa fortune".- A propos du testament, la Table V § 9 dit encore: "Uti legassit super pecunia tutelave": Comme il a légué au sujet de sa fortune et de la tutelle". Il semble qu'on employait indistinctement l'une ou l'autre formule et qu'elle avait un sens très général, mais ces citations révèlent que, dans la fortune primitive des Romains, au moment où s'est constituée cette appellation, ne figurait pas le sol; la fortune primitive ne comprenait que les animaux et les personnes que le chef avait en son pouvoir. C'est par une extension postérieure que ces mots en sont arrivés à comprendre aussi la terre dans leur sens général.

2° - En second lien une preuve aussi forte se déduit des procédés d'acquisition des biens (mancipatio) et des procédés de revendication des biens (sacramentum). Les cérémonies et les formes de ces actes ont été créées uniquement pour des meubles; c'est plus tard seulement qu'elles ont été appliquées à la terre, mais bien après leur création, car c'est par une série de solutions maladroites, difficiles et incertaines que ces formes ont été appliquées à la terre. L'exemple le plus typique est celui de la mancipatio, dans laquelle l'appréhension matérielle avec

la main constitue la forme essentielle de l'acquisition d'où le nom *manu capere*. De même dans la revendication, il fallait donc la présence réelle des objets, il fallait que l'acheteur ou que le revendiquant tint en mains l'objet; Gaius, I, 10^e. Or, la main-mise sur un objet n'a sa complète signification que pour un objet mobilier relativement à un immeuble, cette manière de l'appréhender et d'en devenir maître n'a guère de signification réelle. Aussi, quand il s'est agi d'appliquer la revendication aux immeubles, il y a eu des hésitations sur la manière de procéder: On a eu recours à des procédés boiteux et variables, Gaius IV, 17; Cicéron, *pro Murena*, XII, 26, Aulu-Gelle I, 10. Chacun de ces auteurs nous indique une solution différente. D'après Aulu-Gelle, pour revendiquer un immeuble, on se transporte sur les lieux mêmes de l'immeuble, les plaideurs et les magistrats s'y rendent. Evidemment, ce n'est pas un procédé susceptible d'un emploi courant, surtout après que le sol romain s'est agrandi et alors que les procès se jugeaient toujours à Rome. Cicéron indique un autre moyen qui évite aux juges et aux parties ce voyage: les plaideurs font semblant de s'en aller et aussitôt le juge leur dit de revenir. *Inite viam, Redite viam*. Après ce simulacre de départ et de retour, les cérémonies de la revendication continuent. C'est une véritable comédie judiciaire dont Cicéron se moque agréablement. Enfin, Gaius indique qu'on se contente désormais d'un symbole de la chose, on apporte en justice un morceau de terre ou un morceau de gazon autour duquel on fait la *legis actio*; C'est cette fois-ci le procédé le plus simple qui devint définitif. Il est aussi employé pour la mancipation des fonds de terre. Un symbole suffit, la mancipation des fonds de terre peut se faire hors du fond. Ces hésitations, ces procédés successifs d'adaptation montrent que ces deux formes, la mancipation et la revendication ont pu être appliquées à la terre quand celle-ci devint objet de propriété privée, mais qu'elles n'ont pu être créées directement pour cette propriété. Leur domaine originaire, c'est la propriété mobilière et la propriété mobilière seule.

L'existence de l'*heredium* prouve que, à l'origine, le sol n'appartenait pas au père de famille.

En somme, le *paterfamilias* a sous son autorité à longem, sa femme, ses enfants et ses esclaves, c'est-à-dire sa *familia* et aussi les animaux nécessaires pour sa culture, son bétail, c'est-à-dire sa *pecunia*. La propriété primitive ne comprenait donc que les gens et les animaux sur qui le pater avait autorité pour les utiliser.

Ces diverses autorités du père sont devenues la *manus* sur sa femme, la *patria potestas* sur ses enfants (ce sont là deux autorités distinguées des au-

tres, mais qui sont de même nature); puis la *dominica potestas* sur les esclaves et de *dominium* sur les bêtes.

Cette idée de puissance prise pour base de la propriété ne comporte pas d'application directe sur d'autres choses que sur les hommes, les animaux.

VI°- Enfin l'*heredium* est une preuve aussi importante du fait qu'il n'y avait pas primitivement de propriété privée sur le sol. Il existe une tradition incontestée de l'époque la plus ancienne d'après laquelle chaque *paterfamilias* n'avait comme bien propre que l'*heredium*, deux arpents, deux jugera, 50 ares. Cette organisation était attribuée, d'après la légende, à Romulus, le roi fondateur de la cité : Varron, de *Re rustica*, 1,10,2 : "*Bona jugera quot a Romulo primum divisa dicebantur viritim, quae heredem sequerantur, heredium appellabunt* : les deux arpents, que l'on dit avoir été divisés par têtes d'abord par Romulus et qui passent à l'héritier, on les appelle l'*heredium*". Ils sont partagés à la mort du père de famille, entre ses héritiers. La signification de cette légende est le caractère très ancien, primitif, de l'institution de l'*heredium*. Or, un demi-hectare est insuffisant pour la vie de toute une famille. Dans la langue des XII Tables, *ortus* désigne la maison du paysan, l'*heredium* c'est le verger dépendant de la maison ; cet *heredium* est donc autour de la *domus*, l'enclos, le jardin, le terrain clos et défendu, servant à la culture des légumes ou des fruits indispensables à la famille. Le clos existe aussi chez les Francs saliens, et aussi dans l'ancien système du mir russe.

Cette tradition est déjà déformée, mais elle nous donne, comme enseignement, cette idée que la propriété immobilière primitive ne s'étend qu'à la maison et au jardin, qui passent aux héritiers du père de famille après sa mort, à la différence des terres labourables. Quelques historiens modernes ont mal compris cela en reliant l'*heredium* aux quatre tribus urbaines de Rome et en pensant que chaque famille de citoyens romains avait sa maison et son jardin dans l'intérieur de la cité romaine, par suite d'une assignation de terrain urbain faite par Romulus. Il est plus raisonnable de penser que ces maisons et ces jardins formaient le *vicus* ou village habité par la gens. C'est le *vicus* des Italiques, le *gau* des germains. Et le *vicus* est entouré de terres labourables cultivées par les pères de famille et leurs enfants avec l'aide du bétail. Leur ensemble forme le *pagus* ou canton.

Cette division du sol romain primitif en *vici* et *pagi* nous est attestée par les historiens et elle

Maintenant, comment les terres labourables étaient-elles cultivées par les Romains ? La possession individuelle du bétail et des esclaves suppose une culture également individuelle, donc un partage de fait de cette terre commune. Peut-être le sol cultivé était-il divisé entre les pères de famille soit chaque année soit à vie, entre les familles comme dans le mir russe; mais ce n'est qu'une hypothèse, impossible à déterminer.

VII°- Et enfin le dernier terme de notre hypothèse sur la gens sera de montrer comment ces terres labourables, soustraites à la propriété individuelle, auraient été la propriété de chaque gens plutôt que celle de la cité. Il reste à montrer l'organisation territoriale de la gens.

l'organisation
territoriale
de la gens.

En effet, de cette propriété commune, il y a deux titulaires concevables, soit la cité toute entière, soit la gens. Quelques considérations générales, d'abord, militent en faveur de la gens. Il est vraisemblable que l'organisation gentilice est antérieure à celle de la cité. Elle s'est formée par une fédération de gentes, la gens est l'organisation primitivement la plus forte, qui n'a jamais cessé de perdre du terrain devant la cité. La cité est au contraire l'organisation la plus faible primitivement qui a toujours gagné du terrain.

Mais en dehors des vraisemblables générales, il est une hypothèse plus précise qui permet d'entrevoir le passage de la propriété gentilice à la propriété privée. Ce passage s'est opéré par l'intermédiaire des tribus et par l'organisation du sol romain en tribus. Voici les principaux points de cette démonstration.

Dans son organisation historique la plus ancienne, le sol de la cité romaine est divisé en circonscriptions territoriales appelées tribus. Il y a d'abord quatre tribus urbaines correspondantes aux quatre quartiers de Rome : 1°- la tribu suburana, 2°- la tribu palatina, 3°- la tribu-esquiline, 4°- la tribu collina. Cette division de la ville en quatre quartiers est attribuée au roi Servius Tullius par une légende signifiant que cette division n'est pas primitive. Elle implique déjà un grand développement de la vie. Cette division s'applique à l'enceinte servienne donc à la cité déjà agrandie de plusieurs cités voisines ajoutées à la Roma quadrata de Romulus.

Mais c'est la division du sol romain en tribus rustiques qui nous intéresse principalement. Cette division a été progressivement opérée. 35 tribus ont été peu à peu créées. Nous sommes très bien renseigné

La division
du sol romain
en tribus.

premières, nous le sommes moins.

Le plus ancien renseignement digne de foi se trouve dans Tite Live pour l'année 367 de Rome fondée.

Voici ce que rapporte Tite Live, VI,5 §8 :
"Tribus quatuor ex novis civibus additae : Stellatina, Tromentina, Sabatina, Arniensis, eaeque viginti et quinque tribuum numerum explevere." En 367, quatre tribus de nouveaux citoyens furent ajoutées et celles-ci complétèrent le nombre des tribus qui fut porté à 25". Cette augmentation du nombre des tribus correspond à l'accroissement du sol romain par la conquête, notamment par la conquête de Veies en 341 et par l'assignation de son territoire en 361. Donc, jusqu'en 367, le sol de Rome était divisé en 25 tribus. Avant 367, il n'y avait que 21 tribus : quatre tribus urbaines et 17 tribus rustiques. Tite Live, dans son Epitome, II,21,7, donne un renseignement plus douteux pour l'année 259 : "Appius Claudius ex Sabinis Romam transfugit. Ob hoc Claudia tribus adjecta est numerusque tribuum ampliatus ut essent una et viginti : en 259, Appius Claudius vint de chez les Sabins à Rome et, à cause de cela, la tribu Claudia fut ajoutée ; le nombre des tribus s'augmenta ainsi afin qu'elles soient 21".

Toutefois, ce texte est discutable, corrompu l'Epitome a été très nettement refait pour que cette énumération du texte soit rattachée à l'arrivée de la gens Claudia à Rome.

En tout cas, ce chiffre de 21 tribus paraît exister déjà en 283 de Rome fondée et avoir été atteint par la fondation de la tribu Elustumina, à une époque contemporaine de la Loi Publilia qui est de 283.

Restent donc comme tribus primitives les seize premières tribus rustiques, qui ont été créées soit ensemble (l'unité de nom le prouverait), soit séparément les unes après les autres.

5ème tribu : Aemilia

6ème tribu : Camilia.

7ème : Claudia.

8ème : Cornelia, une des plus célèbres de Rome.

9ème : Fabia.

10ème (Galeria)

11ème : Horatia.

12ème (Lemonia)

13ème Menenia.

14ème : Papiria.

15ème : (Pollia).

16ème : Pupinia.

17ème : (Romulia).

18ème : Sergia.

19ème : (Voltinia), et enfin la

20ème : Veturia ou Voturia.

C'était dans cet ordre que votaient les citoyens romains, sous le nom de leur tribu. Dix de ces tribus portent le nom de gentes romaines encore existantes ; six portent des noms qui n'existent plus dans l'armorial romain de la République, mais qui tous ont le caractère de noms gentilices et qui sont sans doute les noms de gentes disparues au cours de l'histoire de la République. La 6ème, la 10ème, la 12ème, la 15ème, la 16ème et la 19ème de ces gentes ont ainsi disparu.

Après ces seize tribus dont l'établissement est le plus ancien, à une date antérieure à 283 ou même à 259, d'autres tribus ont été créées au fur et à mesure de l'accroissement de la conquête romaine et le sol romain a été définitivement et finalement divisé en 35 tribus

283 - 21. Elustumina.

363 ou 367.

22. Stellatina.

23. Tromentina.

24. Sabatina.

25. Arnensis.

390 - 26. Pomptina.

27. Foplia.

422 - 28. Maecia.

29. Scaptia.

436 - 30. Oufentina.

31. Falerna

454 - 32. Aniensis.

33. Teretina.

513 - 34. Velina.

35. Quirina.

Ces nouvelles tribus portent un nom tout différent de celui des seize premières tribus rustiques ; elles ont toutes soit un nom d'origine locale (tiré du lieu où on les avait établies), ou un nom de cours d'eau ou de lac, ou des noms de lieux ruraux, ou des noms de villes disparues. Mais aucune d'elles ne porte des noms de familles, ni de noms de villes existantes. Telles sont les 35 tribus établies en 513.

Depuis cette date, il n'y eut aucune création de tribu nouvelle. Le sol romain reste divisé entre 35 tribus. Cependant, la conquête ne s'arrête pas. Au contraire, le VIème siècle est la grande période de la conquête romaine : toute l'Italie est conquise, puis Rome commence la conquête de la totalité du monde méditerranéen. Seulement, les nouvelles terres conquises sont artificiellement rattachées à l'une des 35 tribus déjà existantes et elles leur sont rattachées sans

avoir égard à leur situation territoriale, c'est-à-dire d'une manière arbitraire par le censeur.

Quelle est la signification de la création d'une tribu dans la cité romaine ? Elle est toujours liée à l'établissement de la propriété romaine sur le sol, à l'établissement du dominium ex jure quirritium, de la propriété privée. La conquête des peuples vaincus par les Romains a toujours un stade obligatoire : toute la cité et tout son territoire deviennent la propriété de l'Etat romain. Puis la cité conquise est organisée par une lex data par un magistrat chargé spécialement de cette mission par Rome. A ce moment, cette cité est pérégrine et tout son sol est propriété d'état, mais laissée en fait à ses anciens habitants ou concédée en fait à des citoyens romains. Puis, quand la pacification devient complète, la cité conquise est intégrée dans la cité romaine, la terre et les habitants deviennent alors des citoyens romains pleno jure, jouissant de l'égalité avec les anciens citoyens romains.

Quand toute l'Italie fut conquise et que la conquête s'étendit hors de l'Italie, l'assimilation se fit autrement. Le jus italicum ne fut plus étendu au sol des provinces. D'où l'opposition entre le dominium en jure quirritium étendu à toute l'Italie et la propriété provinciale.

Mais en Italie, le sol incorporé à une tribu devient sol romain. Cette transformation est marquée par ce fait que des arpenteurs officiels les agri mensores déterminent la limite des champs, posent des bornes. Les terres ainsi limitées sont appelées agri privati, agri limitation. Ce sont ces champs limités qui font seuls l'objet de la propriété individuelle. A côté d'eux restent des terres de l'Etat, des terres publiques qui ne font pas partie des tribus. En fait ils ont été eux aussi occupés par les citoyens surtout les patriciens à qui l'Etat laisse faire cette usurpation, on les appelle agri occupatorii. La reprise des terres publiques aux occupants pour les partager entre les citoyens pauvres est l'objet de ces lois agraires qui troublent les derniers siècles de la République.

Ainsi une règle de droit public a toujours établi une liaison étroite entre la création d'une tribu et sa division du sol en propriété privée. D'autre part, comme les 16 premières tribus portent sans exception le nom de gentes romaines on a été amené à conclure que la création des premières tribus rustiques par l'Etat coïncide avec la disparition de la propriété collective des gentes. Elles les ont

remplacées et en ont gardé le nom. Cette création coïncide avec l'établissement de la propriété privée. Cette création a invraisemblablement pour effet de consolider les patresfamilias dans l'occupation des terres gentilices qu'ils cultivaient déjà. Le pagus ou canton habité par la gens est devenu la tribu. Nous ne savons pas comment s'est opéré cette transformation. Nous n'avons aucun écho des lois sociales déjà qui ont dû troubler la république. Les historiens romains en ont perdu complètement le souvenir. Il est possible que plusieurs pagi aient été groupés sous un seul nom, peut-être le nom de la gens la plus puissante et la plus riche qui habitait sur ce sol, nom qui désormais a désigné l'ensemble.

En tout cas c'est un fait accompli lors de la loi des XII Tables en 305 et peut-être même est-ce un fait antérieur à cette date. C'est entre cette date et peut-être celle de 259 que la propriété gentilice a disparu. D'après la Loi des XII Tables, le fundus est l'objet d'un droit de propriété privée auquel l'usucapion peut s'appliquer. Ce n'est pas seulement l'heredium qui constitue la propriété privée.

Comment les gentes ont-elles disparu de l'histoire romaine?

§ 5 - Comment les gentes ont-elles disparu ?

Que savons-nous sur leur disparition?

Dans son organisation primitive et sa splendeur originaire, la fédération ou cité des gentes pourrait se placer dans les débuts de Rome c'est-à-dire si l'on veut dans le cadre légendaire des quatre premiers rois de Rome : Romulus, fondateur de la cité; Numa Pompilius fondateur de la religion; Tullius Hostilius et Ancus Martius, doublets des deux premiers.

Avec les trois derniers rois de Rome, les légendes ont davantage un fondement historique, ce sont des rois d'origine étrusque, Tarquin l'Ancien, Servius Tullius et Tarquin le Superbe; Servius Tullius, le Second fondateur de la cité, à qui on rattache l'agrandissement de la ville dans l'enceinte servienne. D'après les historiens modernes, cette dynastie étrusque aurait pour origine et signification la conquête de Rome par les Etrusques et l'asservissement du peuple des gentes. La nation étrusque était alors une grande puissance, qui s'étendait des deux côtés du Latium, dans la Toscane au Nord et dans la Campanie au Sud. Il est en effet très remarquable que les rites

Les causes de la disparition des gentes.

de la fondation des villes usités à Rome sont des rites étrusques et, dans les *sacra publica* on constate une quantité d'emprunts à la religion étrusque, notamment la consultation des auspices. Tarquin était originaire de Tarquinies et Servius Tullius aurait été le gendre de Tarquin. Au contraire, d'après la tradition étrusque qui paraît plus exacte, Servius Tullius aurait été un chef de bande qui portait le nom de Mastarna et qui à Rome fut nommé Servius Tullius. Il se serait emparé du Caelius, il aurait succédé à Tarquin l'Ancien. Quant à Tarquin le Superbe, il est resté dans la tradition romaine un tyran, car il aurait régné sans l'aveu du peuple et sans que les sénateurs lui aient donné leur assentiment; neque jussu populi, neque auctoribus patribus. La domination étrusque paraît avoir duré un siècle, pendant la période de 138 à 244, date de la mort de Tarquin.

Ces rois étrusques ont renforcé l'organisation de la cité et le pouvoir royal. Cette tyrannie donne le signal de la décadence des gentes dont l'autonomie est combattue par le pouvoir royal.

La chute de Tarquin est attribuée par les Romains à une révolution de Rome contre lui. En réalité, la fin de la domination étrusque paraît avoir été amenée par l'anéantissement de l'empire étrusque, qui fut attaqué, de tous les côtés à la fois, par les Carthaginois, les Gaulois et même au Sud par les Grecs. Ceux-ci victorieux à Cumae amenèrent les Etrusques à abandonner la Campanie. La fondation de la République est l'oeuvre de la révolte des gentes patriciennes contre les rois étrusques. Car la République fut dans ses débuts une forte réaction des institutions aristocratiques et patriciennes, tandis que les rois étrusques étaient des protecteurs des plébéiens. D'autre part les patriciens furent renforcés par des gentes Sabines descendues de leurs montagnes pour occuper le Latium. Les charges de l'Etat, immédiatement après la chute des rois sont gérées par des gentes Sabines (Valerii, Clausii Postume) à côté des gentes latines ou albaines (Horatii, Julii, Amelii). Les noms se répètent dans la liste des consuls des débuts de la République.

La fondation de la République est donc venue des patriciens, mais ils n'ont pu restaurer l'ancien ordre de choses, car les institutions de la cité vivaient et augmentaient d'autorité malgré la résistance des patriciens. La lutte s'engagea entre les plébéiens et les patriciens, les premiers luttèrent pour obtenir l'égalité des droits et ainsi était condamnée à disparaître l'interposition de la gens

entre la famille et l'Etat. Dans cette période s'ac-

tive la décadence de la gens comme organisme politique. Cette disparition doit être rapprochée de l'établissement des tribus et de la transformation en propriété privée, entre 259 et 283, du territoire qui était primitivement occupé par chaque gens. La disparition fut complète; le souvenir des gentes a disparu sans que les historiens aient conservé la moindre trace directe de cette organisation.

Conséquences de la disparition des gentes.

Lorsque la gens disparut comme organisme possédant la liberté et l'autorité, deux faits parallèles se sont produits: 1°- l'accroissement du pouvoir du père de famille qui devient plus absolu, puisqu'il n'est plus limité par l'autorité de la gens; 2°- la disparition de la gens amène le renforcement de l'Etat, mais au point de vue du droit public seulement; car l'Etat ne s'est pas immiscé dans l'organisation du droit de famille, où le pater garde seul l'autorité.

Chapitre II.

ETUDE DU MARIAGE CUM MANU

ET DU MARIAGE SINE MANU

PLACE DE LA FEMME DANS LA FAMILLE.

La condition des femmes à Rome.
En principe égalité des droits.

La famille romaine est du type patriarcal, c'est-à-dire du type où toute l'autorité est concentrée sur la tête du pater. La condition des femmes dans ce type de famille aussi bien des femmes mariées que des filles est très inférieure, car, la femme, n'ayant pas la force, n'a pas l'autorité. Sa situation juridique est donc très au-dessous de celle des mâles. La femme est en sujétion perpétuelle. La femme ne prend pas sa part des biens de la famille, à la mort du pater : par exemple, en Grèce, la fille ne succède aux biens de son père que si elle n'a pas de frère. A tous les degrés, les parents mâles prirent les filles. Seule la fille épiclère, c'est-à-dire celle qui n'a pas de frère, recueille la succession du père, mais sous le contrôle de ses agnats. Chez les Germains, les femmes sont appelées à succéder aux meubles, mais elles sont exclues des immeubles. La femme est exclue de la succession chez les Hébreux, les Hindous, les Musulmans, et, encore aujourd'hui; elle est complètement exclue chez les

Chinois. Voir Paul Gide. La condition privée de la femme; et, pour le bibliographie, Girard, Manuel ch. III, Status familiae.

Si nous comparons cette situation générale dans la famille patriarcale avec celle de la femme romaine, nous voyons qu'elle occupe à Rome une situation très privilégiée. Comme fille de famille, elle a la même situation que les fils, soumise comme eux à l'autorité du père, sans pouvoir posséder de biens propres, mais, à la mort du père, elle a droit à une part égale des biens, elle est appelée à égalité. Il n'y a ni de droit d'aînesse ni de droit de masculinité. Il y a cependant des traces très importantes d'une infériorité primitive de la femme. Quel que soit son âge, elle est placée sous la tutelle perpétuelle de ses agnats, de ses parents les plus proches, de ceux qui sont en même temps ses héritiers. C'est la tutelle légitime. Plus tard on lui a appliqué la tutelle testamentaire, puis la tutelle dativae. Si elle n'a pas d'agnat, la femme est sous la tutelle de ses gentiles. Cette tutelle est établie dans l'intérêt de la famille, pour assurer la conservation des biens patrimoniaux, elle n'est point destinée à suppléer à l'incapacité ou à la faiblesse prétendues de la femme, elle n'est pas établie dans l'intérêt de celle-ci. En sens contraire, Cicéron, pro Murena, XII; mais Cicéron avait perdu le souvenir de l'institution primitive; il dit que la tutelle des femmes est justifiée par la faiblesse de leur raison propter infirmitatem consilii. De même Ulpien, Regulae, XI, I déclare que la tutelle des femmes a été instituée: "propter sexus infirmitatem et propter rerum forensium ignorantiam, à cause de la faiblesse de leur sexe et de leur ignorance des choses juridiques".- Mais Gaius, I, 190 et 192, indique la véritable raison de cette tutelle: il dit qu'il n'y a pas de bon motif de cette tutelle pour les femmes qui ont l'âge requis; mais les tuteurs légitimes des patrons et des parents ont cette efficacité d'empêcher que l'héritage leur soit enlevé malgré eux par un testament ou soit appauvri par des aliénations ou des dettes. Ainsi la femme en tutelle ne peut pas aliéner ses biens ni s'engager sans le consentement de son tuteur. Par suite elle ne peut pas se marier par convention in manu, car cette forme de mariage aurait pour résultat de faire passer tous ses biens dans la famille du mari. Mais, sous ces réserves, la situation de la femme est meilleure à Rome que dans les nations voisines.

Principe de
la monogamie.

Une autre supériorité de la civilisation romaine est que les romains n'ont connu et pratiqué que

Source: BIU Cujăla monogamie, tandis qu'une des conséquences les plus

générale de la famille patriarcale est la polygamie. La polygamie est à peine masquée chez les Grecs de l'époque classique, car, s'il n'ont qu'une femme légitime, ils ont des concubines s'ils sont assez riches pour les entretenir, et les enfants de ces concubines paraissent avoir été traités comme des enfants légitimes. Les fils nés des concubines réclament souvent la succession de leur père.

En résumé, la famille à Rome se caractérise par la monogamie et par l'égalité des droits pour les femmes comme pour les hommes. Mais il y a un trait caractéristique de la famille romaine; c'est le connubium: pour que les Romains puissent se marier entre eux, il ne suffit pas de la différence de sexe, il ne suffit pas d'avoir l'âge requis pour le mariage, il faut encore qu'ils aient entre eux le droit de contracter des mariages légitimes. La société romaine nous apparaît comme formant une série de castes fermées, et le mariage romain n'est permis, cum manu ou sine manu, que dans l'intérieur de la caste.

Quels sont ces différents groupes fermés?

1°- En premier lieu il y a eu vraisemblablement connubium d'abord entre les membres de la même gens seulement. Primitivement le mariage était impossible entre personnes appartenant à deux gentes différentes, car ces gentes formaient comme des nations séparées. Des traces de cette règle ont été relevées notamment par Mommsen, Droit public romain; Tome VI, p. 21. Tacite, 39, 19, § 5, déclare que la conjuration des Bacchanales a été dénoncée par une affranchie sui juris, Fecennia Hispalla et, en 568, elle a été récompensée par le Sénat qui lui a accordé la gentis enuptio, c'est-à-dire le droit de se marier, si elle le voulait, en dehors de sa gens. Le Sénat peut en effet accorder par un senatus-consulte la dispense d'observer certaines lois. Ceci semble indiquer que pour se marier hors de sa gens la permission des tuteurs ne suffisait pas, il fallait à la femme une loi. Il reste des vestiges de ces usages: sous la République, c'est une coutume pour les patriciens, membres d'une gens, de choisir leur gendres dans leur gens: Saint Augustin, de civitate Dei, I5, I6: "Fuit autem antiquis patribus religiosae curae ne ipsa propinquitat se paulatim longius haberet: l'habitude de choisir des gendres dans la gens fut pour les anciens pères un scrupule religieux pour que leur parenté elle-même ne s'éloigne pas trop". Et l'on cite comme des mésalliances les unions contractées par les filles qui se marient hors de la gens.

d'une même famille est défendu, quel que soit le degré d'ascendance, ce sont des noces nefariae et incestae; Gaius, I.59 et 64.

D'autre part, il n'y a pas de connubium entre les gentiles et les clients de la même gens, car il y a eu interdiction du mariage entre patrons et affranchis, plus généralement entre ingénus et affranchis, jusqu'à l'année 736 de Rome fondée. Ce fut seulement la loi Julia de maritandis ordinibus, d'Auguste, qui permit aux ingénus d'épouser des affranchies et réciproquement cette interdiction est remplacée par la défense faite aux descendants des sénateurs d'épouser des femmes de condition honteuse persista jusqu'à Justinien, mais elle fut levée par lui pour lui permettre d'épouser Théodora.

2°- Mais, de très bonne heure, le connubium existe entre les citoyens et il leur est accordé à tous. Ce sont les patriciens, membres de la cité quiritaire, qui possèdent le connubium entre eux; ils l'ont aussi avec les Latins quand un traité conclu entre Rome et les cités latines fédérées en prévoit la concession.

Mais, nouvelle barrière : le mariage reste défendu entre patriciens et plébéiens; les plébéiens forment en effet un peuple nouveau qui a commencé par n'avoir aucun droit de cité. C'est probablement sous les rois étrusques qu'ils sont devenus citoyens, par réaction contre les gentes et qu'ils ont été assujettis au service militaire dans les centuries serviennes. Ils conquièrent peu à peu l'égalité des droits avec les patriciens sous la République: l'égalité des droits civils par la Loi des XII Tables, en 305, cependant ils n'obtiennent pas encore le connubium. Les patriciens ont résisté, ils ont voulu interdire le mariage entre les patriciens et les plébéiens. Mais la loi Canuleia, de 309, accorde enfin aux plébéiens le droit de se marier avec les patriciens.

3°- Cette barrière est à son tour remplacée par une autre impossibilité du mariage entre les citoyens (patriciens ou plébéiens) d'une part et, d'autre part, les pérégrins, peuples conquis, sujets de Rome et qui n'avaient pas encore le droit de cité romaine, mais qui suivaient le droit de leur cité. Suivant le droit de leur cité ils pouvaient eux aussi être empêchés d'épouser d'autres femmes que celles de leur cité. Il y a donc des castes fermées sur tout le sol de l'Empire. L'égalisation définitive se fait par l'Edit de Caracalla, 212 ap. J.C. qui donne le droit de cité à tous les habitants de l'Empire.

4°- Mais il reste une dernière classe qui n'a pas

obtenu la possibilité du mariage à Rome, ce sont les esclaves.

La conséquence de ces cloisons étanches a été la fréquence du concubinat et le nombre des enfants naturels. Il n'existe d'ailleurs aucun préjugé défavorable au concubinat et aux enfants naturels. Seules les idées chrétiennes ont amené un changement. L'Eglise professe que les relations en dehors du mariage constituent un péché; le mariage est le seul état concevable et permis. Par suite l'Eglise s'est toujours montrée favorable au mariage, mais il en résulte un préjugé défavorable pour les enfants naturels.

Les formalités
du mariage.

§ I - Le mariage cum manu.

Bibliogra-
phie.

Voici la bibliographie des livres qui donnent des détails sur les formes du mariage : Rossbach, Forschungen über die Römische Ehe, Recherches sur le mariage romain, Stuttgart 1861.

On trouve la description des cérémonies du mariage dans Marquardt, Vie privée des Romains, Tome XIV du Manuel des Antiquités romaines de Mommsen et Marquardt, 1892.

Un ouvrage plus moderne est celui de Brini Matrimonio et divorzio nel diritto romano, 3 vol 1888-1889.

Enfin le grand traité de Karlowa, Histoire du droit romain, Tome II.

Deux sortes de
mariage à Ro-
me.

Dans le droit romain il y a toujours eu, aussi loin que nous pouvons le connaître, deux sortes de mariages très différentes. De cette dualité l'explication n'a jamais pu être donnée d'une façon certaine, mais la dualité est frappante, il existe un mariage que l'on appelle le mariage cum manu et à côté de ce mariage un mariage libre, le mariage sine manu où la femme n'est pas placée sous l'autorité de son mari beaucoup plus libre même que le mariage en droit français.

Le mariage
cum manu.

Voyons d'abord le mariage cum manu. Au début du livre du Digeste qui parle des mariages, nous trouvons une définition qui est la définition du mariage cum manu, du jurisconsulte Modestin : D. 23. 2.1. "Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vita : divini et humani juris communicatio". "Le mariage c'est l'union du mari et de la femme, l'association de toute la vie, la communauté du droit divin et du droit humain".

ancien dans la cité romaine, sous ce rapport Tite Live, Denys d'Halicarnasse, Plutarque, Varron, tous les historiens sont d'accord : ils le considèrent comme étant le seul existant à l'époque primitive, le seul qui ait été pratiqué par les anciens citoyens.

Ce que nous pouvons accepter de cette donnée c'est qu'il est probablement le seul qui ait été pratiqué au début par les anciens citoyens, c'est-à-dire par le peuple des gentes, par les patriciens. C'est en effet le mariage dont les règles sont les seules logiques dans l'organisation de la famille patriarcale, car ce mariage place la femme sous l'auctoritas du paterfamilias, elle entre dans la famille de son mari et en même temps elle sort de sa famille primitive. Par conséquent, c'est le seul mariage qui entre dans le cadre de ce droit familial primitif, dans cette unité que nous avons vue si forte, unité de famille, unité d'autorité, unité de patrimoine, sous l'autorité du paterfamilias.

Mais ce mariage ancien, ce mariage cum manu lui-même ne paraît pas être, tel que nous le connaissons, une institution simple. Il y a des traces de la dualité des usages qui ont été réunis sous cette notion, des traces qui ne sont pas toujours commodes à expliquer et dont les principales sont que ce mariage ne se contracte pas par une seule forme, mais à l'aide de trois formes différentes.

Procédés pour
contracter
le mariage
cum manu.

Il y a trois procédés pour contracter le mariage cum manu. C'est ce que nous dit Gaius, dans ses Institutes: I. II § "Olim itaque tribus modis in manum conveniebant : usu, farreo, coemptione". "Autrefois, c'était par trois modes que la femme était placée sous la manus : par l'usage, par le gâteau d'épeautre et par la coemptio".

L'usus.

Nous trouvons donc; 1°- L'usus. Cette forme est la première, toujours, qui est nommée par les jurisconsultes et c'est l'application au mariage et à la manus d'un procédé d'acquisition des biens. C'est l'usucapion primitive, sans juste titre ni bonne foi, par la prise de possession de l'objet, qui fondait au bout d'un certain temps la propriété.

C'est donc purement et simplement, dans son origine, une prise de possession. Il n'y a pas de raison au fond pour ne pas admettre qu'il s'agit là d'un procédé tout à fait archaïque, tout à fait primitif, un procédé analogue à celui qui est constaté chez tous les peuples primitifs, un des plus anciens, sinon le plus ancien. Il s'agit purement et simplement de la conquête, de la prise de possession.

Ceci est d'autant plus vraisemblable que, dans les traditions romaines, il subsiste le souvenir d'un

mariage contracté par la prise de possession sous sa forme la plus brutale, par le rapt, par l'enlèvement. Le mariage par rapt, c'est une institution qui existe chez tous les peuples primitifs, que les Romains ne pratiquent plus à l'époque historique, mais qui a laissé des traces dans leurs légendes. C'est notamment la légende de l'enlèvement des Sabines, à l'époque de Romulus, les compagnons de Romulus d'après la légende, étaient des proscrits qui s'étaient réunis avec Romulus sur le Palatin et qui, voulant fonder une cité et n'ayant pas de femmes avec eux en ont enlevé aux tribus voisines sabines. Cette légende en soi n'a aucune valeur historique, mais la valeur que nous devons lui conserver, c'est le souvenir du mariage par rapt.

Ce souvenir subsiste encore dans les cérémonies qui précèdent le mariage. La cérémonie comporte une *deductio uxoris*, une conduite de la femme qui est prise dans sa famille pour être amenée au mari. Or, le début de cette *deductio* est un simulacre de rapt : on vient arracher la fiancée des bras de sa mère *Festus*, au mot *rapi* : (être enlevé) : "*Rapi simulatur virgo ex gremio matris*". On fait semblant d'arracher la vierge du sein de sa mère. La jeune fille est conduite par le cortège des amis de son mari jusqu'à la maison de celui-ci. Lorsqu'elle y arrive, elle ne doit pas franchir le seuil à pied mais portée dans les bras de son fiancé. Les Romains interprétaient ces cérémonies comme un simulacre d'enlèvement. *Macrobe* dans ses *Satires* I.15.21 nous dit : *Nuptiae in quibus vis fieri virgini videtur* : les noces dans lesquelles on paraît faire violence à la vierge.

Cet usage du rapt suppose une coutume antérieure à celle dont nous avons relevé quelques traces à celle du mariage dans l'intérieur de la gens antérieur à ce que l'on appelle l'endogamie. Cette coutume suppose au contraire, que les Romains, à une époque quelconque de leur existence sans doute antérieure à la fondation de Rome, ont pratiqué l'exogamie. C'est un usage encore très fréquent chez les peuples de l'Afrique. Les jeunes gens d'une tribu ne peuvent pas épouser les jeunes filles de la même tribu, mais ils doivent enlever par violence une jeune fille d'une tribu voisine pour en faire leur femme.

Ce rapt est naturellement tout à fait en désuétude dans les usages romains. Reste l'*usus*, institution juridique qui consiste, en une prise de possession sans forme de la femme que l'on veut épouser, avec cette sanction que lui donne la possession de la femme pendant un an. Au bout de l'année elle tombe

La coemptio.

be dans la manus de son mari, sous l'autorité du mari.
2ème procédé : la coemptio. - La coemptio c'est l'application à l'acquisition de la manus du procédé romain par excellence d'acquisition des biens : la mancipation. Gaius Institutes nous dit I. II 3 : "Coemptio vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem: nam adhibitis non minus quam V testibus, civibus Romanis puberibus, item libripende, emit vir mulierem cujus in manum convenit : les femmes viennent in manum, au moyen de la mancipation, c'est-à-dire par une espèce de vente imaginaire, car en présence de cinq témoins au moins, citoyens romains, pubères et du libripens, le mari achète la femme qui vient sous son autorité".

Dans le droit classique, la coemptio n'est pas plus une vente réelle que la mancipatio n'en est une. Ce sont deux procédés formalistes, ou plutôt le même procédé formel, appliqué sous le nom de mancipation à l'acquisition des biens et sous le nom de coemptio à l'acquisition de la manus. Car, dans les temps historiques, le mari ne paie pas sa femme, ne donne pas le prix, il reçoit au contraire une dot.

Il se peut que la mancipation appliquée au mariage n'ait jamais été qu'une forme et n'ait jamais recouvert une vente véritable, mais M. Noailles considère qu'il est infiniment plus vraisemblable de croire que, de même que la mancipation pour les biens a été originairement une vente réelle, de même cette forme pour le mariage nous conserve traditionnellement le souvenir de l'époque où le mari achetait réellement sa femme. Car cette notion, cette hypothèse qui est déjà rendue très vraisemblable par la forme employée, cette hypothèse est rendue beaucoup plus vraisemblable par la comparaison des usages de peuples primitifs, spécialement de ceux vivant sous le régime patriarcal où la femme est placée sous l'autorité du mari comme tout le reste de la famille.

Car l'achat de la femme est en usage dans tous ces peuples primitifs, c'est la seule forme du mariage chez les patriarches de la Bible, chez les guerriers d'Homère, dans les tribus germaniques. Dans l'Inde la loi de Manou a abrogé l'achat de la femme et cette abrogation nous indique l'usage qui précédait la loi. Cet usage est encore vivant en Chine, où l'achat d'une femme est une branche importante du commerce. Il existe encore un peu partout en Afrique, non seulement dans les tribus nègres de l'Afrique centrale, mais chez les Arabes, chez les Kabiles, où le mari achète réellement sa femme au père de celle-ci et lui paie un prix qu'il doit restituer s'il divorce. D'ailleurs

seulement payé au père de la femme, il est quelquefois payé directement à la femme elle-même et lui constitue une dot, ce prix en général n'est pas très élevé, le prix de la femme n'est guère plus élevé que celui d'un esclave

Dans cette conception, la *coemptio* nous conservait sous une forme plus compliquée et à une époque où les idées sont plus civilisées et plus élevées, nous conserverait pour le droit romain une des formes les plus primitives du mariage. M. Noailles préfère cette hypothèse, quoiqu'elle soit contraire à l'opinion commune chez les Romanistes et dans les Manuels, parce que la *coemptio* serait ainsi plus ancienne que la *confarreatio*. Nous verrons quelles sont les raisons que l'on peut donner de cette différence d'ancienneté.

On a l'habitude, dans les manuels, de caractériser la *coemptio* comme le mariage civil, par opposition à la *confarreatio*, mariage religieux; néanmoins, la *coemptio* est toujours accompagnée de cérémonies religieuses et de sacrifices (Cf. Marquardt : Vie privée des Romains, Manuel des Antiquités romaines de Mommsen et Marquardt Tome XIV).

Les cérémonies romaines qui entourent le mariage font partie des *sacra gentilia*. Parmi ces cérémonies, les deux époux font le sacrifice d'un porc (Varron, de re rustica II. 4.9.: Au début des noces, chez les anciens rois et les héros d'Etrurie la nouvelle épouse et le nouveau mari immolent d'abord un porc. Les anciens Latins aussi et même les Grecs qui étaient en Italie semblent avoir fait la même chose. Ce porc est immolé à Cérès la déesse de l'agriculture. Nous verrons que Cérès est une déesse grecque, mais sous ce costume grec cette divinité est beaucoup plus ancienne comme divinité latine. Les Romains de l'époque historique qui ont élevé un temple à Cérès et qui lui ont consacré un culte d'Etat, l'ont réunie à un assez grand nombre d'anciennes divinités latines, notamment Tellus, la terre et d'autres petits dieux Picumnus et Pilumnus. Ces divinités champêtres chez les Anciens Romains président aux noces.

Servius ad *deucidem* IV. 163. dit : " On rapporte que Tellus préside aux noces et quand la vierge est conduite à la maison de son mari on lui offre des sacrifices sous des noms variés et avec des rites variés. De même Nonius (p. 528) " Pilumnus et Picumnus sont des dieux qui président aux auspices conjugaux.

Ce sont des dieux que l'on réunit plus tard avec Cérès dans un culte public. Or ces dieux étaient des dieux de l'agriculture. Leurs fêtes les *Cerealia* sont

d'abord au moment des semailles et ensuite au moment de la moisson. Cela a beaucoup d'intérêt pour nous de rencontrer Cérès et les dieux de la terre dans les *sacra gentilitia*, parce que nous verrons Cérès figurer dans la plus ancienne institution qui nous permette de voir, au moment où le mariage est dissout, une espèce d'indemnité qui est donnée à la femme sur la fortune de son mari. Or Cérès et les divinités de l'agriculture figurent ici, suivant l'opinion de M. Noailles, parce que c'étaient les principaux des dieux qui pouvaient être honorés par la gens dans notre hypothèse des gentes propriétaires des terres que l'on cultivait. Il est évident qu'un des cultes qui réunissaient le mieux toutes les familles de la gens, et même toutes les gentes de Rome, c'était le culte des dieux de la moisson. C'est pour cela que nous voyons figurer ici les dieux de la terre.

La confarreatio.

3°- Enfin, la troisième forme du mariage c'est la *confarreatio*. C'est un mariage religieux : Gaius, I.112: "*Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii quod Jovi Farreo fit; in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur* . (les femmes) viennent sous l'autorité du mari par l'épeautre, par une espèce de sacrifice qui est fait à Jupiter Farreus, dans lesquels un pain d'épeautre est offert; de là ce mariage s'appelle la *confarreatio*". (L'épeautre est une farine d'un blé primitif, d'un blé moins bon que le blé proprement dit qui vient de l'Afrique).

Il s'agit donc ici d'une cérémonie religieuse qui est précédée, comme toutes les cérémonies religieuses, d'une prise d'auspices et qui se fait par un sacrifice qui, d'après nos textes, est fait en présence du *pontifex maximus*, c'est-à-dire du souverain pontife de la religion romaine, du *flamine dialis* c'est-à-dire du prêtre de Jupiter et de dix témoins.

Ce sacrifice consiste essentiellement en une offre d'un gâteau d'épeautre ou en un partage de ce gâteau entre les deux époux, qui est fait devant Jupiter, ou à Jupiter, avec des paroles solennelles qu'il faut que les deux époux prononcent exactement comme elles doivent l'être.

Or, malgré le caractère archaïque de ces cérémonies, caractère qui résulte non seulement des formes de la cérémonie, mais de ce que la farine employée est ici la farine la plus ancienne, la *confarreatio* paraît être, des trois procédés du mariage, le procédé le plus récent à cause du dieu à qui est offert ce sacrifice. Jupiter qui est appelé ici *Jupiter Farreus* parce qu'on lui donne un gâteau d'épeautre, est

le dieu dont le temple est sur le Capitole. C'est le dieu protecteur de la cité, à partir du moment où il y a eu une fédération de deux cités voisines, de la cité du Palatin et de la cité de l'Esquilin.

Ce dieu qui préside à la cérémonie montre que cette cérémonie n'est même pas aussi ancienne que la Roma quadrata. C'est par erreur que Denys d'Halicarnasse attribue la confarreatio à Romulus, et en fait une cérémonie primitive. Nous pouvons interpréter cette cérémonie comme un rite de la cité romaine et même de la plus grande Rome.

Or, puisque c'est un rite de la cité, c'est un rite qui est commun à tous les membres de la fédération des gentes formant cette cité. Les dix témoins qui y figurent sont interprétés en général comme représentant les dix curies primitives de la cité, comme représentant par conséquent l'assemblée des gentes. C'est un ensemble de circonstances qui nous démontrent que ce rite a été institué non seulement après la fondation de la cité, mais pour permettre le mariage entre membres de gentes différentes. Il a donc été créé quand l'union des gentes a été assez forte dans la cité pour abroger l'ancien usage qui interdisait le mariage sauf dans l'intérieur de la gens, pour permettre à tous les citoyens pleno jure le mariage en dehors de leur gens, dans l'ensemble de la cité.

Cette première indication est confirmée par les verba solemnia que nous connaissons. Nous ne les connaissons pas toutes; elles devaient être très compliquées, puisque les historiens des derniers siècles de la République disent que c'est à cause de ces horribles coutumes anciennes et de leur grande difficulté que la confarreatio est tombée en désuétude.

Mais nous connaissons celle-ci : la femme dit à son mari : Quando tu Gaius ibi Gaia. Puisque tu es Gaius, moi je sera Gaia (Pétrarque, Questions romaines, § 29) Ces paroles sont interprétées de la façon la plus générale en ce sens que la femme dit au mari qu'elle prend son nom. Mommsen (Romische Forschungen I p. I et ss.) pense que Gaius était un vieux nom gentilice avant d'être un prénom comme il l'est devenu par la suite, qu'il s'agit donc de la déclaration que fait la fiancée qu'elle adopte le nom gentilice de son mari et qu'elle abandonne le sien.

En effet, le mariage par confarreatio a cette conséquence que la femme abandonne son nom gentilice pour prendre le nom de son mari. Quelques auteurs admettent que la femme, avant de faire le mariage par confarreatio, faisait un abandon exprès des sacra de sa famille et des sacra de sa gens. Servius (Commen-

taires II. 156) nous dit que c'était une coutume chez les anciens que lorsque quelqu'un passait dans une famille ou dans une gens, il commençait par abdiquer celle dont il faisait partie et seulement alors il passait dans la nouvelle famille.

Ce qui est très frappant, c'est que les auteurs ne manquent jamais de nous dire que toutes les fois qu'on fait la *confarreatio* la femme abandonne son nom gentilice pour prendre celui de son mari. Or nous savons aussi que dans la *coemptio* et dans l'*usus* ceci ne se présentait pas. La femme ne prenait pas le nom gentilice de son mari. Comme elle prend le même culte que son mari et qu'elle ne change pas de nom, une hypothèse, qui n'est pas trop aventurée, mais qui n'est qu'une hypothèse, serait de dire que la *coemptio* c'est le procédé de mariage dans l'intérieur de la gens et par conséquent le plus ancien, tandis que la *confarreatio* a été un procédé relativement plus moderne qui a été inventé au moment où la *gentis emptio* a fait son apparition chez les Romains, au moment où la cité est assez constituée et assez unie pour que le *connubium* existe entre les différentes gentes de la ville.

La *confarreatio* a conservé toujours ce caractère de mariage des patriciens. Il reste en effet exclusivement réservé aux patriciens. Les trois flamines les plus importants: le flamine de Jupiter, le flamine de Mars et le flamine Quirinus, le *Rex sacrorum* doivent être nés d'un mariage *farreo* et ils doivent aussi contracter ce mariage (Gaius I. II2) car les flamines majeurs, c'est-à-dire les flamines Diales, Martiales Quirinales de même que les *reges sacrorum* ne peuvent pas être choisis, s'ils ne sont pas nés d'un mariage par *confarreatio* et eux-mêmes ils ne peuvent pas être nommés prêtres s'ils ne sont pas mariés par *confarreatio*.

Lorsque les plébéiens ont acquis la cité romaine, ils ont acquis successivement les différentes magistratures; les conquêtes les plus difficiles ont été les conquêtes des emplois religieux; jamais les plus importants des flamines, c'est-à-dire ces trois flamines n'ont pu être exercés par des plébéiens. Ils ont toujours été exercés par les anciennes familles patriciennes. C'est la raison pour laquelle le mariage religieux par *confarreatio* resta exclusivement aux patriciens. Il entra en décadence et il fut très peu usité dans les derniers siècles de la République, mais il reste cependant en usage dans les familles sacerdotales.

C'est sous l'époque de Tibère qu'on en constate

il fallait présenter trois candidats pour le remplacer Tibère n'a pas trouvé trois Romains capables de remplir ces conditions et le Sénat a décidé que la *confarreatio* serait uniquement un mariage religieux, tandis qu'au point de vue civil elle vaudrait comme mariage *sine manu*. Sous cette forme nouvelle, ce mariage a subsisté jusqu'à la fin du paganisme.

Cette réserve exclusive de la *confarreatio* aux patriciens est la raison principale pour laquelle, dans l'interprétation commune, ce mariage est considéré comme le plus ancien car cette interprétation personnelle que M. Noailles vient de donner n'est pas l'interprétation qui a cours en général dans les ouvrages de droit romain.

Il y a en effet de très nombreux systèmes au sujet de ces trois formes de mariage. Les systèmes anciens sont exposés par Rosbach, *Römische Ehe*, p. 168. L'opinion commune actuellement, qui suit celle de Karlowa *Rechtsgeschichte* (II.154), considère la *confarreatio* comme la forme la plus ancienne, la *coemptio* comme la forme la plus nouvelle. Au fond la démonstration de Karlowa n'est pas appuyée sur des raisons bien convaincantes, mais cet accord des ouvrages qui l'ont suivi provient, en grande partie, de la fatigue qu'éprouvent les auteurs à remuer toujours les mêmes hypothèses sans pouvoir s'entendre.

La raison principale est que, par suite d'un vieux préjugé, dont les conséquences subsistent encore alors que le préjugé lui-même est passé, les juristes qui s'occupent du droit romain n'admettaient pas volontiers que les Romains aient pu pratiquer des coutumes qui étaient primitives, qui étaient barbares à leur point de vue.

On admet malaisément que les Romains aient pu connaître ce régime barbare qui consistait à acheter sa femme. Comme, en réalité, nous n'avons pas de preuve directe et certaine que le mari romain ait jamais vraiment payé sa femme d'un vrai prix, les interprètes préfèrent considérer ce mariage par *coemptio* comme ayant toujours été une forme. Et elle aurait été créée pour permettre aux plébéiens d'acquérir la manus sur leur femme quand le mariage entre plébéiens et patriciens a été permis par une loi *Canuleia* en 309.

Or comme la *confarreatio* n'a jamais été une forme de mariage qui a été étendue aux plébéiens, on dit que la *coemptio* a été créée pour cette extension. Mais contre cette idée il y a une raison qui paraît topique, c'est que la *coemptio* existe avant la Loi *Canuleia* et avant que les plébéiens aient été appelés à contracter mariage avec les patriciens.

D'autre part, que la *confarreatio* doit être

considérée par suite du dieu qui la préside, comme une institution qui n'est pas primitive.

Ce mariage ainsi contracté, place la femme dans la famille de son mari. On en verra les conséquences.

Ce mariage ainsi contracté cum manu produit des effets simples et logiques : la femme est placée, dans la famille du mari, sous l'autorité du mari s'il est sui juris, sous l'autorité du paterfamilias du mari si le mari est sous l'autorité d'un pater. La femme et ses biens sont placés sous l'autorité du pater. Il ne peut donc être question, dans ce mariage, de divorce au sens moderne, de divorce par la volonté de l'un des deux époux. La dissolution du mariage n'est possible que par la répudiation venant du mari, ou du pater renvoyant la femme de son fils. Au contraire il ne peut être question d'une répudiation du mari par la femme, parce que la femme ne peut se soustraire par sa seule volonté à l'autorité sous laquelle elle est. La seule répudiation admise est donc celle de la femme par le mari.

Les formes de cette répudiation sont symétriques à celles du mariage : c'est la diffarreatio s'il y a eu confarreatio, d'autre part à la coemptio correspond la remancipatio.

Festus, Verbo diffarreatio dit à cet égard : "Genus erat sacrificii quod inter virum et mulierem fiebat dissolutio, dicta diffarreatio quia fiebat farreo libo adhibito : la diffarreatio était une sorte de sacrifice qui opérait la dissolution du mariage entre le mari et la femme. Elle était appelée diffarreatio parce qu'elle était faite par l'offre d'un gâteau de farine d'épeautre, Karlowa Rechtsgeschichte II p. 186, pense que cette diffarreatio était une création nouvelle des Pontifes à l'époque où l'usage du divorce a commencé à se répandre, quand il a été étendu au mariage sine manu par un usage progressif, il est en effet certain que la liberté du divorce pour le mariage sine manu a rejailli sur le mariage avec manus dans les dernières années de la République romaine.

Par contre il n'y a aucune raison véritable de penser que les mêmes règles d'indissolubilité primitive ne s'appliquaient pas au mariage par coemptio et par usus. Ces deux formes placent aussi la femme sous l'autorité du mari ; la répudiation, dans ces deux mariages, c'était la forme symétrique d'une nouvelle mancipatio, de la remancipatio par laquelle le mari abdiquait sa puissance sur sa femme. Au mot remancipatio, Festus dit : "Gallius Aelius esse ait quae mancipata sit ab eo qui in manum convenere : on appelle mancipata la femme remancipée, celle qui a été éman-

cipée par celui qui l'a sous sa manus". - De même Gaius Institutes I, 137 : "Haec (la femme) aut virum repudio misso proinde compellere potest ut se remancipet atque si eaque nunquam nupta fuisset : et la femme peut, après avoir envoyé le repudium, forcer son mari à la remanciper comme si elle n'avait jamais été mariée". Donc pour être libérée de la puissance de son mari, la femme in manu doit être remancipée. Elle peut contraindre son mari, après lui avoir envoyé le libellum repudii, à la libérer de la puissance, à la remanciper. C'est que, à l'époque de Gaius, la liberté du divorce, qui venait du mariage sine manu, avait gagné mariage cum manu. Mais, dans ce dernier mariage, pour que la femme soit libérée, il faut toujours procéder à une remancipation de la femme, que celle-ci peut, du temps de Gaius, (mais pas autrefois), forcer le mari à accomplir.

§ 2 - Formes du mariage sine manu.

Dans la première partie de ce chapitre on a vu que le mariage cum manu est le mariage romain primitif ou tout au moins le seul mariage pratiqué dans la cité des gentes par les fondateurs de la cité romaine, mais nous savons aussi que ce mariage cum manu a été pratiqué par les plébéiens à partir du moment de leur admission à l'égalité des droits avec les patriciens.

Mais à côté de ce mariage cum manu, une autre forme de mariage avait été admise depuis les temps les plus anciens : c'est le mariage libre sans cérémonies préalables. Ce mariage laisse la femme libre, elle n'est pas soumise à l'autorité de son mari. Elle est même plus libre que la femme dans le mariage moderne : car malgré l'évolution émancipatrice dont elle a bénéficié, la femme moderne est encore soumise aujourd'hui à l'autorité maritale. Or dès le début de Rome la femme est libre avec ce mariage. Elle reste sous l'autorité de son pater ou, si elle n'avait plus de pater, elle demeure sui juris et garde ses biens sous la tutelle de ses agnats.

C'est assurément une anomalie et c'est même l'anomalie la plus étonnante qui ait existé dans la Rome ancienne. Jamais on ne pourrait imaginer, si on ne le savait avec certitude, que dans une famille si soumise à l'autorité du père, il y ait eu une brèche si ancienne et si radicale à la puissance du père de famille. Le mariage sine manu est un mariage légitime.

Les effets
du mariage
sine manu.

Ce sont des *justaenuptiae*. Il est défini dans les *Institutes* de Justinien, I.9, § 1er : "*Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio individuum vitae consuetudinem continens*". Le jurisconsulte se borne à dire que le mariage est l'union de l'homme et de la femme comportant l'habitude de vivre ensemble.

Ce mariage était sans forme et n'exigeait aucun intervention de l'autorité publique. Il suffisait du simple consentement des époux. Il n'était pas nécessaire, pour qu'il fût valable, qu'il y ait eu consommation; D. XXXV.I.15; texte d'Ulpien: "*Nuptias non concubinatus sed consensus facit* = ce qui fait les noces, ce n'est pas la cohabitation, mais c'est le consentement".

Cependant il y a quelque chose de plus qui en fait dans une certaine mesure une sorte de contrat réel. On n'exige pas la consommation du mariage, mais il faut qu'il y ait eu établissement de la vie commune par la conduite de l'épouse dans la maison du mari, *deductio uxoris in domum mariti*; Paul, *Sentences*, II. 19.8: "*Vir absens uxorem ducere potest; femina absens nubere non potest: le mari absent peut contracter mariage; la femme absente ne peut pas se marier*". Le mariage est donc un état de fait constitué par l'*affectus maritalis* et le concubinat ne se distingue du mariage que par l'intention des deux conjoints, dans le mariage, de se considérer comme mari et femme.

Cet état de fait opposé à l'état de droit qu'est le mariage *cum manu* apparaît dans l'hypothèse suivante: si le mari est fait prisonnier par l'ennemi et tombe en esclavage, il perd tous ses droits dans la cité romaine. Mais, s'il revient à Rome, il y a *postliminium* et tous ses droits renaissent comme s'ils n'avaient jamais disparu. En conséquence, s'il est marié *cum manu*, son mariage persiste. Mais il n'en est pas de même du mariage *sine manu*, parce que ce mariage constitue un état de fait, que le fait ne peut ressusciter. Cet état de fait ne dure qu'autant que persiste l'intention des deux époux de rester ensemble. Il cesse donc par l'esclavage du mari et, de tout temps, il a cessé par le divorce.

Il n'y a pas d'autre exigence de forme que cet échange des consentements et que la conduite de la femme chez le mari. Il y a sans doute l'usage des fiançailles, des cérémonies nuptiales, de l'*instrumentum dotale*, mais ces formalités ne sont pas indispensables et le mariage est valable sans elles.

De nombreuses hypothèses ont été formulées pour expliquer l'origine de ce mariage *sine manu*. Aucune d'elles n'apporte d'explication satisfaisante. L'une

Explication de
l'origine du
mariage sine
manu.

Source : BIU Cujas ces explications, assez séduisante, suppose que ce

mariage sine manu est un souvenir de l'exogamie antérieure à la constitution de la famille patriarcale; ce serait un vestige de l'époque où les femmes prises comme épouses provenaient de tribus étrangères et restaient étrangères à la famille dans laquelle elles entraient et quelques-uns des groupes hétérogènes dont l'union a formé la cité romaine auraient continué à pratiquer cette coutume. Par exemple, à côté des gentes établies dans le Latium, il restait d'anciennes populations qui n'avaient pas été chassées du sol du Latium et qui avaient été réduites à un état voisin de l'esclavage avant d'être admises dans la cité. Ce serait une des origines de la plèbe. Sur ces différences ethniques et les usages différents presque contradictoires. Voir Piganiol, Essai sur les origines de Rome, édition de Boccard, 1917.

D'autres pensent que le mariage sine manu serait une invention des jurisconsultes pour faciliter certains mariages, pour permettre par exemple à une femme sui juris qui possédait des biens, de se marier, (car elle ne pouvait, sans l'auctoritas de ses tuteurs, faire une convention in manum, par le motif que cette convention ferait passer tous ses biens dans la famille de son mari), ce que ses tuteurs n'auraient jamais autorisé.

Ou encore le mariage sine manu serait une transformation en mariage du concubinat entre patriciens et plébéiens avant qu'ils aient obtenu la permission de se marier entre eux. La loi Canuleia, de 309, en autorisant ce mariage, a pu avoir pour conséquence la transformation du concubinat en justae nuptiae.

Mais toutes ces hypothèses, si ingénieuses qu'elles soient, n'ont aucun appui dans les textes. D'ailleurs il semble bien que le mariage sans manus a été antérieur à la loi Canuleia, qu'il existait dès la loi des XII Tables et qu'il était pratiqué dès cette époque par les patriciens entre eux. Le mystère n'a donc pas été éclairci.

Quoi qu'il en soit, le mariage sine manu est très ancien en droit romain. Il était pratiqué par les patriciens dès avant la loi des XII Tables. Cela peut se déduire d'abord d'une institution singulière qui fonctionnait dans le mariage cum manu: l'usu patio trinoctii, institution rapportée par Aulu-Gelle et Gaius. Gaius I, III, dit ceci: "Lege XII tabularum cautum est, ut si qua nolle eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo usum cujusque anni interrumpere: Il a été prévu par la loi des XII Tables que, si une femme ne voulait

de son mari, cette femme devait s'absenter tous les ans pendant trois nuits et, de cette façon elle interrompt l'usus de chaque année".

L'institution que nous trace Gaius dans ce passage, c'est une interruption de l'usus, de l'usus qui au bout de l'année de cohabitation, fait tomber la femme sous l'autorité de son mari. Cette disparition pendant trois nuits empêche la femme mariée de tomber, à la fin de l'année, sous l'autorité de son mari. Il s'agit bien d'une femme mariée, qui veut échapper à la manus de son mari. Donc, à côté du mariage cum manu il existait déjà, à l'époque des XII Tables, un mariage sans manus. L'usus est en effet une institution qui peut se concevoir alors même qu'il n'y a qu'une forme de mariage, le mariage cum manu. Mais, ce qui ne peut pas se concevoir, c'est qu'il y ait une interruption dans cette prescription de la possession de la femme s'il n'y a pas à côté du mariage cum manu, un mariage libre, qu'il s'agit de protéger. Or, pour que ce mariage libre puisse exister, il faut une interruption trinocitii.

Un second texte, semble encore indiquer que le mariage sine manu existait du temps des XII Tables: Cicéron, Philippiques, II.28.69: "Illam suam res suas sibi habere jussit ex XII Tabulis claves ademit exigit : Un personnage dont parle Cicéron ordonne à sa femme de prendre avec elle ses affaires et d'après les XII Tables il lui enleva les clefs, il les exigea". Cette formule est celle de la répudiation, du divorce, or elle ne comporte ni diffarreatio ni remancipatio. C'est la formule du divorce qui s'est appliquée par la suite à tous les mariages, mais cette formule est née dans le mariage sine manu, dans le mariage libre.

Donc deux textes nous permettent de penser que le mariage sine manu est déjà connu à l'époque des XII Tables, au début du IV^e siècle ab U.C. Pendant près de deux siècles, jusqu'au VI^e siècle, nous n'avons plus de renseignements à ce sujet. A la fin du VI^e siècle, des textes nous permettent indirectement, mais sûrement, d'inférer que ce mariage libre s'est développé. Par exemple Caton l'Ancien fit un discours sur la loi Voconia de 587, discours rapporté par Aulu Gelle, Nuits attiques, XVII.6.62. Or il résulte de ce discours que la femme mariée est supposée avoir des biens propres, c'est donc qu'elle est mariée sine manu. De même Cresphontes, Ennius, cité par Cicéron, Rhétorique à Herennius, II.24.38: la femme, dans cette comédie, est restée sous la puissance de son père malgré le mariage, et le père peut dissoudre le mariage en reprenant sa fille:

Nam si improbum Cresphontem existimaveras
Cur me huic locabas nuptiis? sin est probus,
Cur talem invitam invitum cogis linquere.

Tu m'infliges une injure indigne, o mon père, car si tu avais pensé que Cresphontès était un malhonnête homme, pourquoi m'as-tu donnée à lui en noces? Si au contraire il était honnête, pourquoi me forces-tu à quitter malgré moi celui qui ne veut pas se séparer de moi?"

Une femme est obligée, sur l'ordre de son père, d'abandonner un mari qu'elle aime. — Ce sont là autant de témoignages indirects, mais formels de l'existence du mariage sine manu.

Une fois ces deux formes de mariage admises à Rome, leur usage est général dans toutes les classes de citoyens. Aucun texte ne réserve à une classe plutôt qu'à une autre le mariage sine manu. Il est probable toutefois que les familles patriciennes résistèrent plus longtemps au mariage libre et conservèrent plus longtemps l'usage du mariage cum manu; certaines familles étaient conservatrices et rétrogrades, elles restèrent longtemps attachées aux anciens usages; par exemple la famille des Claudii. D'autres familles, au contraire, se montraient plus ouvertes au modernisme, par exemple les Scipions, les Gracques. D'autre part le mariage farreo a été conservé jusqu'au début de l'Empire dans les familles sacerdotales.

De ces trois formes de mariage, celle qui a disparu le plus tôt a été l'usus, l'usurpatio trinocitii, de bonne heure, n'est plus qu'une curiosité. La coemptio est celle qui semble s'être maintenue le plus tard, voir la Laudatio Turiae, Textes de Girard, dernière édition, p. 767 et Gaius, I. II3 et II4, parle encore de la coemptio matrimonii causa.

Sans doute la coemptio existait encore à l'époque de Gaius, mais, elle existait surtout à titre d'expédient, et sans vrai mariage, comme procédé de libération de la femme.

Les applications de la coemptio à l'époque de Gaius.

Ces expédients peuvent être employés dans trois hypothèses: 1°- interimendorum sacrorum gratia. La coemptio peut avoir pour but de soustraire la femme à la charge lourde de son culte privé, de ses sacra. Cette charge peut être supprimée par coemptio avec un vieillard; Cicéron, pro Murena, XII.27. — 2°- Testamenti faciendi gratia, la coemptio peut être employée pour permettre à la femme de pouvoir faire son testament, c'est-à-dire pour la soustraire à la règle d'après laquelle elle ne peut tester sans autorisation de ses agnats tant qu'elle reste dans sa famille d'origine. 3°- Tutelae certandae gratia, l'emploi de la

coemptio est encore possible pour soustraire la femme à un tuteur, pour éviter la tutelle, pour permettre à la femme de changer de tuteur, Gaius, I.II5.

Dans le premier cas, on a discuté sur le point de savoir s'il s'agit d'un vrai mariage avec un vieillard. Mariée cum manu la femme quitte sa famille, abandonne ses sacra, ses biens passent au vieillard. Mais, comme elle l'a choisi très vieux, elle en hérite très vite. Telle est l'explication donnée par Girard, Manuel dernière édition, p. I66 note 4. et aussi par Karlowa R. Rechtsgeschichte 2.I. p. I70- M. Noailles préfère l'hypothèse de Savigny Vernuschte Schriften I, 1850, p. I90. Dans ce premier cas comme dans les deux autres il s'agit purement et simplement d'une mancipatio fiduciaire : la coemptio est faite avec un tiers, mais elle est accompagnée d'une promesse de remancipatio immédiate, cela dans le but d'obtenir une capitis diminutio minima, la femme changeant de statut par changement de famille, ce qui entraîne l'extinction de ses sacra, de la tutelle puisque la femme sort de sa famille et en outre la femme peut faire son testament. Par cette fiction juridique qui d'ailleurs ne trompait personne, on a voulu atteindre des résultats qu'il était impossible d'obtenir autrement.

Diffusion
du mariage
sine manu.

Sous cette forme, cette coemptio tombe en désuétude au IV^e siècle de l'ère chrétienne. Mais, jusqu'à ce moment-là, ces formes du mariage se survivent à elles-mêmes et, en fait, elle sont en désuétude depuis longtemps. Le mariage libre, le mariage sans manus a gagné de plus en plus du terrain et c'est à partir du VI^e siècle qu'il s'est répandu dans la société romaine. A la fin de la République il est d'un usage courant, universel dans la cité romaine, l'autre mariage n'est plus qu'une exception. Cette diffusion du mariage libre s'est faite peu à peu sans loi ni bouleversement.

Cette longue diffusion et cette égalité complète de traitement au profit de la femme créent précisément une assez grave difficulté, provenant de ce que, dans les exemples cités par les auteurs et susceptibles de nous intéresser, il est souvent impossible de discerner si le mariage dont il s'agit est un mariage sine manu ou un mariage cum manu. Les règles du mariage et du divorce dans les derniers siècles de la République sont citées sans préciser s'il s'agit d'un mariage sans manus ou d'un mariage avec manus.

Pour trancher la difficulté on peut poser ce principe d'interprétation : Il y a des règles les plus anciennes qui d'après leur source ne peuvent s'appliquer qu'au mariage cum manus. Il en est d'autres qui

formes à l'exclusion de l'autre. Mais dans les cas douteux nous sommes autorisés à penser avec vraisemblance que les règles indiquées sont communes aux deux mariages. C'est une entreprise assez vaine et contraire à l'esprit général des usages matrimoniaux que de vouloir trop distinguer.

Le divorce
dans la maria-
ge libre.

Quelques mots maintenant sur le divorce dans le mariage libre. Le mariage sans manus est un mariage sans forme; le consensus est seul exigé pour qu'il y ait mariage, par suite, de même qu'il est né sans forme, ce mariage se dissoudra aussi sans forme, non seulement par un accord de volonté contraire entre les époux, qui décident de se séparer, mais même par la disparition isolée de l'une des volontés qui était nécessaire pour la constitution du mariage et qui reste nécessaire pour son maintien. La disparition de la volonté de l'un des deux conjoints, que ce soit le mari ou la femme, de la femme à partir du moment, du moins, où la volonté de celle-ci a été exigée pour le mariage, entraîne la dissolution du mariage. D'autre part, le père de la femme a le droit de retirer sa fille au mari de celle-ci; ce droit est tellement de l'essence de l'autorité du père qu'il ne lui a été enlevé que sous les Antonins, probablement sous Antonin le Pieux (Paul V, 6, 5) ou sous Marc Aurèle (Code V, 17, 5). Cette liberté du divorce est si grande que le fait pour un Romain de se remarier implique par là même le divorce avec son premier conjoint.

Et cette liberté du divorce paraît être de l'essence du mariage sans manus. Elle est donc aussi ancienne que lui, c'est une grande différence avec le mariage cum manu, où seule était possible, dans les débuts, la répudiation par le mari et encore dans certains cas seulement. On trouve dans les historiens des souvenirs concordants de l'indissolubilité primitive du mariage.

Puis, dans le cours du VI^e siècle, les règles si différentes du mariage sans manus contaminent peu à peu celles du mariage avec manus, et, par contagion, la femme mariée cum manu acquiert la liberté du divorce et le droit de réclamer la remancipatio; Gaius I, 137 : la femme qui a envoyé le repudium à son mari peut le forcer à la remanciper comme si elle n'avait jamais été mariée. La remancipation a été étendue au mariage par confreatio et au mariage par usus.

Ainsi, dans les deux mariages, avec manus et sans manus, à la fin de la République, liberté absolue de divorcer. L'impossibilité de divorcer ne subsiste qu'à la suite d'un mariage farreo pour les flamines.

Chapitre III.

LA DOT.

LA DOT DANS LE MARIAGE CUM MANU ET DANS
LE MARIAGE SINE MANU, SES CARACTERES GENERAUX ET
PRIMITIFS "DOTU CAUSA PERPETUA EST."

Nous abordons ici le sujet spécial de notre cours.

Nous examinerons d'abord la condition juridique de la dot, dans ses principes fondamentaux et ses caractères primitifs.

Pour déterminer ses principes fondamentaux et ses caractères primitifs, il suffit de tirer les conséquences résultant des règles générales que nous avons passées en revue, c'est-à-dire les conséquences de l'organisation de la famille, des pouvoirs du père et de la situation de la femme. Elles ont donné naissance aux règles fondamentales de la dot. Ces règles se sont formées dans le mariage le plus ancien, le mariage cum manus et elles ont été étendues d'une façon plus artificielle au mariage sans manus.

I.- La dot dans le mariage cum manu.

Pour examiner les règles relatives à la dot et se référant elles-mêmes à l'organisation de la famille, il faut distinguer deux hypothèses: ou bien la femme est sui juris ou bien elle est alieni juris.

Si la femme est sui juris, elle a un patrimoine. En se mariant elle subit une capitis diminutio minima par changement du droit de famille. Et elle perd sa capacité, elle cesse d'être sui juris pour tomber sous la manus soit de son mari, soit du paterfamilias de celui-ci. Résultat nécessaire: son patrimoine tout entier est acquis par le mari ou par le père de ce dernier. Le mari devient donc de plein droit, avec la manus, propriétaire de la fortune de sa femme, qui vient se confondre dans son patrimoine avec ses autres biens.

La dot quand la femme est sui juris.

Dans la seconde hypothèse, la femme mariée est *alieni juris*, elle est fille de famille, donc sous la puissance de son père. Elle subit de même une *capitis deminutio* par changement de famille. Mais, comme elle n'avait pas de biens, elle ne peut en transférer à sa nouvelle famille. Seulement, en quittant sa famille, elle perd ses droits éventuels de succession. Or, la femme avait droit, d'après la Loi des XII Tables, à une part égale à celle de ses frères sur la succession paternelle ; elle subit donc un préjudice, en réparation duquel le père donne en dot à sa fille une certaine somme d'argent représentant, dans une certaine mesure, la part héréditaire qu'elle perd. Ce n'était pas une obligation du père ; l'obligation pour le père de doter sa fille ne remonte qu'à l'Empire, à la Loi Julia de *maritandis ordinibus* d'Auguste. D'autre part, l'étendue de cette obligation de doter est réglementée par deux rescrits de Sévère et de Caracalla. Mais ce n'était pas une obligation à l'époque ancienne et il n'y avait pas davantage de quotité obligatoire de la dot en rapport avec la situation personnelle du père.

Mais c'est un usage général chez les Romains de ne pas marier une fille sans dot ; c'est un usage commandé par les mœurs : on doit donner une dot à la personne de sa famille qui se marie. Il en est ainsi même pour un frère qui marie sa soeur si celle-ci n'a pas de fortune personnelle. Exemple : Plaute, *Trinummus*, Acte III, Scène 1ère :

Flagitium quidem, herite, nisi dos dabitur virginis

Scène 2 :

Sed ut inops infamis ne sim ; ne mihi hanc famam differant

Me germanam meam sororem in concubinatum tibi
Sic sine dote dedisse magis quam in matrimonium
 Ce serait une honte de marier cette jeune fille sans dot

Redoute pour moi le déshonneur plus que la misère
Ne m'expose à entendre dire que je t'ai donné
Ma soeur Germaine plutôt en concubinat, sans dot
Qu'en mariage.

La raison est que l'*uxor dotata* est mieux considérée que l'*uxor indotata*, celle-ci est considérée presque que comme une concubine.

Mais cette dot, ainsi donnée en argent ou en autres biens, tombe dans le patrimoine du mari et il ne peut pas en être autrement en raison de l'incapacité de la femme *in manu*. Elle y tombe d'une manière définitive, elle se confond avec les autres biens du patrimoine du mari. Il n'y a pas de condition distincte des biens de la femme dans le patrimoine du mari, tant que

celui-ci n'a pas été obligé à restituer la dot lors de la dissolution du mariage. La mari n'est pas encore obligé à restitution. Du vivant du mari, le mariage ne peut être dissous que dans des cas très graves : ce sont des cas de répudiation de la femme à titre de punition. Après la mort du mari, le mariage est dissous, mais la femme n'a pas besoin de la restitution de sa dot, car, étant loco filiae, elle a une part de la succession du mari.

On peut déjà parler de la dot. La dot c'est l'apport de la femme à son mari soit de tout son patrimoine, soit du don qui lui a été fait par son père. En ce sens Cicéron Topiques, IV : "Cum mulier viro in manum convenit, omnia quae mulieris fuerunt viri fuerunt dotis nomine : Lorsque la femme tombe sous la manus de son mari, tout ce qui lui appartenait appartient à son mari à titre de dot". Cf. Paul, Fragments du Vatican, II5 (Libro VIII responsorum). "Lucia Titia, cum nuberet Septicio majoris dignitatis viro ei.... milia in dotem dedit, cum non amplius in bonis haberet.. num verum est quod a quisbudam dicitur, omnia in dotem dari posse. Paulus respondit recte dotem datam, dari posse argumento esse in manum conventionem: le même Paul au livre VIII de ses Réponses : Lucia Titia, quand elle fut mariée à Septicius qui avait une situation sociale supérieure à la sienne, lui donna en dot un certain nombre de mille sesterces et elle n'avait pas davantage dans ses biens.... Est-il vrai maintenant, ce qui est dit par quelques-uns, qu'on peut donner toute sa fortune en dot ? Et Paul répondit que c'était une constitution de dot valable, la possibilité de faire cette constitution est tirée de ce qui se passait dans la convention in manum, car, dans la convention in manum, tous les biens passaient au mari".

Les jurisconsultes romains ne distinguaient donc pas et ils appelaient dot toute la fortune de la femme qui tombait dans la fortune du mari en raison du mariage avec manus. Paul Gide, La condition privée de la femme, p. 506, dit qu'on ne rencontre la dot dans le mariage cum manu que d'une fille alieni juris. Pour un autre auteur Bechmann, Römische dotatrecht, 1850, il n'est pas possible de parler de dot dans le mariage cum manu parce qu'il n'y a pas de constitution spéciale de la dot : l'acquisition de la fortune de la femme par le mari n'est que la conséquence de la puissance maritale.- Mais c'est tirer une conséquence fautive d'une constatation exacte ; il est plus vrai de dire que l'acquisition de la fortune de la femme par le mari est l'origine et la clef de la constitution juridique de la dot. Cela seul permet de comprendre les principes primitifs et fondamentaux du régime do-

tal, en même temps que ses nombreuses transformations ultérieures.

II- La dot dans le mariage sine manu.

La dot dans le mariage sine manu.

Dans ce mariage, la femme reste indépendante et étrangère à la famille de son mari. Mais il est nécessaire de mettre quelque chose en commun en vue du mariage, en vue de ses charges et des enfants. Or il suffit d'imiter, dans le mariage sine manu, ce qui était pratiqué depuis des siècles dans le mariage cum manu. C'est une imitation volontaire et artificielle de ce qui était la conséquence forcée des règles du mariage dans l'autre hypothèse. Et c'est alors qu'il y a ici une véritable constitution de dot, qui est le premier et le plus ancien élément du régime dotal, de l'institution dotale proprement dite.

Une certaine somme, une certaine masse de biens peut être donnée au mari par la femme ou, pour le compte de la femme, par le père et alors la dot est dite profectice. Ou bien la dot est donnée par la femme elle-même si elle est sui juris, ou par un tiers et c'est alors la dot adventice. Ce ne sont pas tous les biens de la femme qui passent au mari, mais seulement ceux qui sont constitués en dot. La constitution de dot est d'ailleurs possible par tous les procédés qui permettent de transférer un droit : constitution de droit réel, cession de créance, extinction d'une obligation, d'une dette du mari. Mais le procédé le plus habituel est la forme spéciale de la dictio dotis, forme particulière de la stipulation réservée à la constitution de dot.

Ces opérations sont toutes valables, mais elles sont subordonnées à la condition tacite que le mariage aura lieu, si nuptiae sequantur.

Et ainsi, par la constitution de la dot, notre institution acquiert une physionomie spéciale qu'elle n'avait pas dans le mariage cum manu. En particulier, quand la dot est constituée par la femme, celle-ci conserve en propre tous les biens qu'elle ne constitue pas en dot (Dig. XXIII.3. 9. §3). Ce sont les biens paraphernaux, par opposition aux biens dotaux; cf. D. 42.2.95. Seulement, si la femme conserve des biens propres, ceux qu'elle donne au mari ou qu'on lui donne pour elle rentrent dans le patrimoine du mari aux mêmes conditions que ceux de la femme mariée in manu. Ces biens se confondent dans le patrimoine du mari avec les autres biens de celui-ci, sans y avoir, au début, une condition spéciale. Ce sont des biens qui tombent définitivement dans le patrimoine du mari, sans qu'il soit, au début, obligé à les restituer.

Ces règles de l'ancien droit assuraient l'unité de direction du ménage et la transmission de la dot aux héritiers du mari. Mais même ce but n'est pas complètement atteint. On veut grâce à la dot, faire parvenir aux enfants du mariage une partie des biens de la mère. Mais, s'il y a des enfants de plusieurs mariages, tous ces enfants participent également à la distribution des biens du mari et par conséquent succèdent à la dot, les enfants de la femme dotée ne prennent donc qu'une partie de la dot de celle-ci. Puis, en cas de divorce, de multiples inconvénients sont susceptibles de se produire, inconvénients qui ont nécessité de plus en plus une condition juridique spéciale des biens dotaux.

La restitution
de la dot
dans le ma-
riage sine
manu.

La situation faite à la femme et à sa dot dans le mariage sine manu présentait des inconvénients plus nombreux que la situation faite à la femme dans le mariage in manu. Ces inconvénients ont été grandissants avec le changement des mœurs. En effet la femme, dans le mariage sine manu, est dépouillée sans compensation des biens qu'elle abandonne à son mari, car, à la mort du mari, elle perd complètement sa dot, qui passe aux enfants ou aux parents les plus proches du mari, la femme n'ayant pas le droit de succéder au mari.

Mais, à cet égard, les mœurs corrigent le droit avant que le droit ne se corrige lui-même : les usages familiaux remplacent cette absence de droit par un legs, le *legatum dotis*, usage en est attesté par de nombreux textes du Digeste par une institution curieuse : lorsque la dot de la femme devient restituable par le divorce ou par la mort du mari, la femme a l'action *rei uxoriae* pour réclamer sa dot. Si le mari a fait à sa femme un legs, on déclare qu'on n'exécutera pas les deux obligations, celle qui est sanctionnée par l'action *rei uxoriae* et celle qui est née du testament : la femme aura le choix de réclamer soit sa dot soit le legs, c'est l'Edit de *alterutro*, qui est inséré au Digeste. A deux époques différentes, le même besoin avait été réglé de deux façons distinctes : une première fois par le mari, une seconde fois par la loi.

Mais il y a encore un autre inconvénient plus choquant : en cas de divorce, la femme ne possède aucune garantie. Elle est donc exposée à perdre, par le divorce, sa situation de femme mariée et sa dot. L'ancienne condition de la dot ne répondait plus aux besoins nouveaux et elle subit une transformation nécessaire. Les usages familiaux qui obligeaient le mari à ne pas renvoyer sa femme dépouillée de sa dot, se transformèrent en une obligation légale et l'action

L'action rei uxoriae.

rei uxoriae permet à la femme de réclamer sa dot lors de la dissolution du mariage. La création de l'action rei uxoriae a une importance considérable, car elle fait de la dot une institution spéciale. Cette obligation de restituer nécessite désormais la distinction, dans le patrimoine du mari, de la dot et de ses autres biens. Une condition particulière est imposée aux biens dotaux, afin de pouvoir les individualiser en vue de la restitution et pour garantir cette restitution. L'obligation de restituer la dot engendre par suite l'inaliénabilité dotale, produit d'un développement historique contraire à la notion primitive de la dot.

§ 3-Dotis causa perpetua est.

Caractères primitifs de la dot.

Les caractères primitifs de la dot peuvent se résumer en deux propositions: 1° la dot est un bien de la femme donné au mari et dont il devient propriétaire. 2°- la dot a été donnée pour le mariage, mais c'est un don définitif; la dot est acquise définitivement au mari à cause de l'organisation de la famille, de l'autorité du père, de l'unité du patrimoine, c'est la conséquence forcée du mariage qui a été appliquée au mariage cum manu par la constitution de dot. A la mort du mari, la dot comme ses autres biens se partage entre ses héritiers et ne revient pas à la femme, la dot n'est même pas partagée entre les enfants de la femme, tous les enfants, s'il y a eu plusieurs mariages prennent part égale dans la fortune du père, donc dans la dot elle-même. Ainsi, s'il n'y avait pas eu de changement on aurait pu parler de dot, mais non de régime dotal en droit romain.

Mais ce régime primitif est en contradiction avec les intérêts de la femme, son caractère formel est en opposition avec son caractère matériel. Cette situation juridique est en antinomie avec les caractères fondamentaux de la dot, car le bien de la femme a été constitué en dot en vue du mariage, pour les charges du mariage.

Cette opposition apparaît plus clairement avec la désagrégation de la famille primitive. Des modifications ont dû être apportées en conséquence au caractère primitif de la dot. L'usage s'établit de restituer la dot à la femme. Cette restitution a dépendu d'abord de la volonté de ceux qui constituent la dot. La cautio, ou promesse par stipulation garantie par des cautions de restituer la dot à la femme lors de la dissolution du mariage, a été d'abord usuelle. Cette restitution est ensuite légalement consacrée par l'action rei

uxoriae.

Il en est résulté une transformation de la situation de la femme. Les pouvoirs du mari sur la dot et notamment celui d'en disposer ont été restreints : la loi Julia interdit au mari d'aliéner la dot immobilière. Ces restrictions sont venues atténuer le principe primitif, d'après lequel le mari est propriétaire définitif des biens de la femme, mais elles ne l'ont pas supprimé.

Le mari est-il propriétaire de la dot?

Une discussion très longue a eu lieu depuis les glossateurs sur le point de savoir qui est propriétaire de la dot. Cette discussion a été amenée par les termes qu'emploient les jurisconsultes classiques. Ils déclarent dans plusieurs passages du Digeste, notamment Dig. 4.4.5 Tryphoninus, libro V "Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est : Bien que la dot soit dans les biens du mari, elle appartient en réalité à la femme". C'est Justinien qui marque le plus fortement cette opposition; Code V. 12 § 30: Quum eadem res et ab initio uxoris fuerunt et naturaliter in ejus permanserunt dominio; non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti detur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est..... :

Comme ces choses appartenait à la femme et, par le droit naturel restaient dans sa propriété. Ce n'est pas une raison parce que, par la subtilité des lois ces biens paraissent être passés dans le patrimoine du mari et parce que la vérité de la chose a été ainsi rendue troublée et confuse....." Ce texte exprime, pour le droit romain, la fin de cette évolution constante par laquelle les jurisconsultes ont toujours, de plus en plus, enlevé au mari ses droits sur les biens dotaux, évolution qui finit par faire admettre dans nos pays de droit écrit que la dot n'est plus la propriété du mari, mais reste la propriété de la femme. Nous n'étudierons pas cette première proposition mais la seconde: la dot est un don définitif au mari, elle est acquise par le mari définitivement et ce n'est pas un don limité à la durée du mariage. Ce principe qui provient de l'ancienne organisation familiale dont il est une conséquence, est contraire à l'idée nouvelle de la restitution de la dot et il domine cependant toute la condition de la dot Dig. XXIII, 3, de jure dotium, § I Frag. tiré de Paul, liv XIV ad Sabinum : "Dotis causa perpetua est: et cum voto ejus qui dat, ita contrahitur, ut semper apud maritum sit : la dot a une cause perpétuelle et, dans l'intention de celui qui la donne, elle est ainsi constituée qu'elle doit toujours rester au mari".

La place de ce précepte, qui est mis en tête du

titre de jure dotium, marque que c'est un principe

La dot est acquise au mari définitivement.

général qui domine toute la dot. Le mot de causa n'a pas ici le sens technique actuel que lui donnent les juristes; ce n'est pas le but juridique immédiat en vertu duquel le débiteur a consenti à s'obliger, le mobile de droit invariable, toujours le même dans le même acte juridique, mobile distinct de motif qui est variable. En droit romain le mot causa a un sens variable: la notion de cause n'est qu'une construction assez artificielle des jurisconsultes modernes. A Rome causa désigne tantôt la cause, tantôt le motif, le mot a encore un sens plus général et désigne le fondement juridique d'un acte, sa nature. C'est ici le sens. D'après sa nature, la constitution de dot n'est faite ni à terme ni sous condition. Elle est perpétuelle, elle doit rester perpétuellement au mari comme n'importe quelle autre propriété acquise par lui.

L'énonciation de ce texte est en contradiction avec la situation de la dot à l'époque classique et encore plus sous Justinien, et avec l'opinion commune des commentateurs du droit romain depuis l'Ecole de Bologne jusqu'à l'Ecole historique du début du XIX^e siècle (Voir Bechman, Das Römischë Dotalrecht-Czylharz Römischë Dotalrecht, ouvrages publiés en 1867 et 1868, un peu vieillis, mais toujours essentiels).

Les Glossateurs ressuscitent le droit romain tel qu'il est à l'époque de Justinien, ils acceptent les résultats du travail des jurisconsultes classiques sans tenir compte de l'histoire et du chemin parcouru pour obtenir ce résultat. Ils font une construction logique et abstraite : ils admettent le point d'arrivée sans tenir compte du point de départ; ils considèrent la dot comme un bien juridiquement affecté aux charges du mariage, à l'entretien du ménage. La cause juridique de la dot est donc les charges du ménage. C'est une cause limitée à la durée du mariage, et, avec la fin du mariage et la cessation de ses charges, disparaît la causa juridique de la dot. Le mari n'a plus le droit de la conserver et elle doit être restituée par lui. La dissolution du mariage produit l'effet d'une condition résolutoire.

C'est là l'opinion commune, mais elle est en contradiction avec le passage de Paul et la causa perpetua de la dot. Les auteurs anciens ont bien aperçu cette contradiction, mais ils l'ont écartée par un raisonnement subtil.

La conciliation a été faite par Azo, Commentaire du Code, V.12, Loi 2 et elle a été adoptée par Cujas Commentaire du même Livre V, Titre 12, Tome IX p. 478 de ses Oeuvres complètes. D'après cette explication on enlève au mot perpetua son sens véritable et l'on

Source : BIU Cujas dit qu'il signifie la même chose que s'il y avait

"pendant la durée du mariage". Or, le mariage n'étant pas limité à un temps déterminé et devant durer le plus longtemps, en principe toute la vie des époux, la dot doit rester le plus longtemps également aux mains du mari, durante matrimonio. Inutile d'insister sur la faiblesse de ce raisonnement. Si longtemps que doit durer le mariage, il finira toujours par se terminer par le divorce ou par le décès. Il s'agit donc en réalité d'une donation faite à terme et la causa dotis serait une causa temporalis et non pas une causa perpetua.

Pour M. Noailles le texte de Paul représente purement et simplement l'état primitif de l'institution, il se rapporte à l'époque où la dot appartient au mari et lui reste définitivement à lui et à ses héritiers. Tel est le principe que l'on commence par saluer pour pouvoir le tourner ensuite. L'action en restitution de la dot n'était pas encore née pendant ces six premiers siècles de l'histoire du droit romain. Donc, à cette époque on peut dire que la dot a une causa perpetua. Mais ce caractère de la dot cesse d'être complètement exacte à l'époque classique au moment où Paul donne sa formule. A cette époque l'action rei uxoriae a été créée depuis déjà plusieurs siècles; la dissolution du mariage offre donc à la femme, l'occasion de réclamer la restitution de sa dot, qui devient ainsi une donation temporaire, limitée à la durée du mariage.

La règle a donc cessé d'être juste et la dot n'a plus une causa perpetua. Pourquoi donc Paul et Justinien la répètent-ils toujours ? Peut-être par respect de la tradition, c'est le cas notamment de la définition du mariage donnée par Modestin D. XXIII.2.1., à une époque où depuis longtemps le mariage cum manu n'existait plus : on répète, par respect des principes généraux, que le mariage est une communauté pendant toute la vie du droit divin et humain, or, il n'y avait de mariage cum manu, donc plus de communauté de culte à l'époque de Modestin. C'est encore le cas de la définition de la tutelle, donnée par Paul; D. 26.1.1. et reproduite dans les Institutes de Justinien. Cette définition ne correspond plus à la nature de l'institution à l'époque de Justinien ("La tutelle, comme le définit Servius, est un droit et une puissance sur un homme libre"). Or il y a longtemps que la tutelle a cessé d'être un droit pour le tuteur, c'est une charge qui lui est imposée. En outre ce n'est plus une puissance comme la puissance paternelle, puisque tous les éléments de cette puissance ont été depuis longtemps remplacés par des obligations assumées par le tuteur dans l'intérêt du pupille.

Mais il y a encore une autre explication du

maintien de ce caractère primitif de la dot, on trouve l'origine de la possibilité du maintien de ce caractère perpétuel de la dot dans l'histoire et l'organisation de l'action rei uxoriae. Sans doute la dot est devenue restituable à la fin du mariage, mais au point de vue formel, la règle de l'ancien droit est restée exacte : la notion primitive de la dot n'a pas changé et l'action rei uxoriae est fondée sur des principes totalement différents.

Quel aurait été en effet le résultat du changement dans la notion de dot et du rattachement de la dot aux charges du mariage ? C'est que, à la fin du mariage, les charges disparaissant, le mari n'aurait plus eu de cause légitime pour garder la dot. Celui à qui la dot doit revenir, la femme, son père ou plus tard les enfants, aurait donc eu une action générale de droit strict, une *condictio sine causa* pour la réclamer au mari, action générale accordée à tous ceux qui détiennent sans cause légitime le bien d'autrui et qui ainsi s'enrichissent injustement. L'action donnée pour réclamer cet enrichissement aurait été soit la *condictio indebiti*, soit la *condictio causa data non secuta*, plus généralement une *condictio sine causa*. Ainsi, si les jurisconsultes romains avaient appliqué ces principes, ils auraient dû accorder à la femme une *condictio sine causa* pour réclamer sa dot. Et telle est en effet l'opinion de Doneau, Liv. XIV, ch. 4, N° I. Doneau déclare que l'obligation de restituer la dot se contracte de la même façon que dans le *mutuum*. Et cette conception de Doneau est devenue l'opinion commune des commentateurs, mais elle n'a aucun fondement dans les textes. Aucun texte du Digeste ne dit que la femme ou son héritier a une action pour réclamer la dot. L'action rei uxoriae est basée sur un principe tout différent. Ce n'est pas une action de droit strict, c'est une action in bonum et aequum concepta, qui s'apparente avec les actions de bonne foi et qui n'a aucun rapport avec les actions de droit strict. Elle a pour but non pas de réclamer l'enrichissement mais de réclamer la restitution de toute la dot, ou, plus exactement, ce qu'il apparaîtra le plus équitable au juge de faire restituer sur la dot. Elle est née dans un droit de bonne foi, elle tire son origine de l'équité et c'est ce qui lui donne tout son caractère spécial.

Telles sont les conséquences générales, au point de vue de la dot, des règles fondamentales de la famille.

Chapitre IV.

CONSECRATION A

CERES.

Textes de
Plutarque et
Denys d'Hali-
carnasse.

Dans ce chapitre nous examinerons deux textes :
Plutarque, Vie de Romulus 22, Denys d'Halicarnasse,
Antiquités romaines 2.25.

Plutarque - Vie de Romulus. 22

"Εθηκε δὲ καὶ νόμους τινὰς (ὁ Ρωμύλος) ὧν
 σφοδρὸς μὲν ἐστὶν ὁ γυναικὶ μὴ διδοῦς ἀπολείπειν
 ἄνδρα, γυναῖχα δὲ διδοῦς ἐκβάλλειν ἐπὶ φαρμακείᾳ
 τέκνων ἢ χλευδῶν ὑποβολῇ καὶ μοιχευθεῖσαν· εἰ δὲ
 ἄλλως τις ἀποπέμφαιτο, τῆς οὐσίας αὐτοῦ τὸ μὲν τῆς
 γυναικὸς εἶναι, τὸ δὲ τῆς Δημήτρος ἱερὸν χελεύων.

Romulus édicta quelques lois parmi
 lesquelles celle-ci est dure qui ne per-
 met pas à la femme de divorcer d'avec
 son mari, mais qui permet au mari de ré-
 pudier son épouse pour cause d'empoison-
 nement d'enfants ou de falsification de
 clefs, et pour cause d'adultère. Si quel-
 qu'un renvoie son épouse pour une autre
 raison, il ordonna que la moitié de sa
 fortune soit remise à la femme, l'autre
 moitié consacrée à Cérès.

Denys d'Halicarnasse, Antiquités Rom. 2, 26.

Ὁ δὲ Ρωμύλος οὔτε ἀνδρὶ κατὰ γυναικὸς ἐγκλήματα δοὺς θαρεῖσθαι, ἢ τον δίκον ἀδίκως καταλιπούσης, οὔτε γαμετῇ κατ' ἀνδρὸς αἰτιωμένη χάωσιν, ἢ ἀδίκον ἀπόλειψιν, οὔτε περὶ προικὸς ἀποδόσεως ἢ χωριδῆς νομοὺς θεῖς, ... Ἀμαρτάνουσα δὲ τι, δικάστην τὸν ἀδικούμενον ἐλάμβανε καὶ τοῦ μεγέθους τῆς τιμωρίας κύριον. Ταῦτα δὲ, οἱ συγγενεῖς μετὰ τοῦ ἀνδρὸς ἐδίκαζον· ἐν οἷς ἦν φθορὰ σώματος, καὶ ὁ πάντων ἐλάχιστον ἀμαρτημάτων Ἑλλησι δοξείεν ἀν' ὑπάρχειν, εἰ τις οἶνον εὐρεθείη πιούσα γυναῖκα — Ἀμφότερα γὰρ ταῦτα θανάτω ζημιούν συνεχώρησεν ὁ Ρωμύλος ὡς ἀμαρτημάτων γυναιχείων ἔσχατα.

Romulus ne donna d'action en justice ni au mari contre sa femme qui a commis l'adultère ou qui a abandonné à tort sa maison, ni à la femme qui se plaint de mauvais traitements ou d'un divorce injustifié pas plus qu'il ne fit de lois pour la restitution ou pour le paiement de la dot... Si la femme commet quelque faute, elle a pour juge son mari offensé qui est maître de la grandeur de la peine. Et les parents jugent avec le mari de ces choses, parmi lesquelles sont l'adultère et ce qui paraîtrait aux Grecs le plus minime des péchés, le fait de boire du vin. Ces deux fautes, Romulus permit qu'elles fussent punies de mort comme étant les plus graves que puissent commettre une femme.

Le premier texte est tiré de la vie des hommes illustres de Rome et de Grèce, Vie de Romulus, de Plutarque (mort en 140 ap. J.C.). Les sources de Plutarque pour la vie de Romulus sont Vairon Juba et des auteurs grecs anciens. La vie de Romulus est un recueil de légendes, plus exactement d'historiettes tirées des anciens auteurs sur l'origine de Rome. C'est surtout une narration de faits extérieurs plutôt qu'une étude des institutions anciennes de la Cité. A deux reprises seulement la narration des faits est coupée : § 15, par une description de l'organisation de la cité, du Sénat et du patronat et, au § 22, par une description du divorce et du parricide, dont les sanctions sont toutes deux présentées comme des lois de Romulus. D'ailleurs ces deux extraits ne font pas corps avec le récit et se présentent comme donnant des sources non retravaillées pour faire corps avec le récit.

Le second texte est tiré de Denys d'Halicarnasse, Livre II de ses Antiquités romaines, qui contient l'histoire des deux premiers rois de Rome, Romulus et Numa.

Denys d'Halicarnasse est un historien qui a plus de valeur que Plutarque. Il était contemporain d'Auguste, donc plus ancien que Plutarque, il vivait au début de l'ère chrétienne, son livre n'est pas un recueil d'anecdotes, mais c'est un tableau assez développé de ce que les analystes romains considèrent comme les institutions primitives, institutions politiques, sociales, division du peuple en curies, patronat, droit de patronat, sénat, culte, et institutions familiales.

Le texte précité est extrait d'une description du mariage religieux et de ses lois, que Denys d'Halicarnasse attribue à Romulus.

Tous ces textes sont fondus dans une description d'ensemble; ils ont donc été plus retravaillés que celui de Plutarque, plus transformés pour éviter des contradictions.

§ I- Notions générales.

Leges regiae.

Ces dispositions sont attribuées par ces deux auteurs grecs à des lois de Romulus. On les a recueillies parmi les *leges regiae*. Les soi-disant lois de l'époque royale sont des extraits, des citations d'auteurs anciens se référant à une prétendue loi de Romulus de Numa de Servius Tullius.

Ces extraits se trouvent réunis dans les textes de droit romain des auteurs modernes et notamment

dans deux recueils fondamentaux : Bruns, Fontes juris romani antiqui, 7ème éd. 1909, Pars prior, Leges et negotia, p. 1. - Girard, Textes de droit romain, 5ème éd. 1923, p. 5. Il y a au début, une excellente étude de M. Girard sur les *leges regiae*, avec une bibliographie très abondante. - Dans les *Fontes* de Bruns, les textes sur les *leges regiae* sont plus longs et plus nombreux que dans le recueil de Girard, parce que Bruns donne tous les textes tirés de Denys d'Halicarnasse, de Plutarque, de Macrobe, de Tite-Live, de Pline et de Servius etc... où un historien parle, même en termes généraux, d'une institution lorsque cet historien l'attribue à une loi de Romulus ou de Numa. - Au contraire Girard ne retient que des extraits contenant des dispositions précises concrètes pouvant faire figure de lois.

s *leges*
giae.

Qu'est-ce donc que ces *leges Regiae* ? La source principale de leur connaissance est Pomponius au Digeste : D. I.2. loi 2 §§ I et 2 : Pomponius libro singulari Enchiridion - C'est l'histoire des sources la plus longue que nous ayons de l'Antiquité. Pomponius nous raconte que, "au début de la cité," il n'y avait pas de loi, tout était gouverné par les rois et se trouvait sous leur autorité. Mais, la cité s'étant augmentée, Romulus partagea le peuple en trente curies et il fit voter par le peuple des lois curiates. Les rois suivants portèrent d'autres lois qui, toutes, sont écrites dans le livre de Sextus Papirius. Ce livre fut appelé *jus papirianum*". Ce Papirius est de l'époque du dernier Tarquin d'après Pomponius, mais, d'après d'autres, il vivait au début de la République.

Ces énonciations de Pomponius, combinées avec les textes des historiens sur les prétendues lois royales, ont fait croire d'abord à l'existence de véritables lois curiates votées par les comices sur la proposition des rois. En ce sens Voigt, *Leges regiae* 1876. La bibliographie de ces auteurs se trouve dans la notice de M. Girard.

Mais aujourd'hui les auteurs les plus récents contestent unanimement qu'il s'agisse de véritables lois royales votées par le peuple.

1° - Parce que les énonciations qualifiant de lois curiates, les dispositions dont il s'agit ne se trouvent que dans Pomponius. Or cette tradition, qu'il est seul à rapporter, se heurte à une autre tradition d'après laquelle il n'y a eu aucune loi écrite avant la loi des XII Tables. Auparavant il n'y avait que des lois coutumières. Pomponius connaît, d'ailleurs cette tradition très générale et, pour justifier son opinion, il imagine que, après la chute des rois, on

tées auparavant, de sorte que les Romains seraient retournés aux lois coutumières jusqu'à l'époque des XII Tables; supposition tout à fait anti-historique.

2°- Il est impossible de considérer la plupart des dispositions rapportées comme étant des *Leges regiae*; comme ayant pu faire l'objet d'une vraie loi votée par les comices, parce que, dans presque toutes ces dispositions, il s'agit de prescriptions basées sur le droit religieux. Or jamais sous la République, au moment où l'on votait des lois, ces lois n'ont porté sur des objets d'ordre religieux; elles ont toujours porté exclusivement sur le droit civil.- D'ailleurs, les prétendues *Leges regiae* sur le droit de famille auraient un caractère tout-à-fait invraisemblable comme règles de droit civil.

Enfin 3°- Le recueil prétendu des lois royales, le *jus Papirianum*, est inconnu de tous les auteurs qui ont écrit sous la République. Son existence n'est attestée qu'à l'époque d'Auguste. Paul, D. L. 17.144, nous dit que: "*Granius Flaccus in libro de jure Papiriano scribit*" Granius Flaccus est un grammairien de l'époque de César ou d'Auguste. Au contraire, ni Cicéron ni Varron ne parlent du *jus Papirianum*. Il a été plus tard mentionné par Verrius Flaccus, Denys d'Halicarnasse et Tite-Live. Ce sont des historiens de l'époque d'Auguste. C'est donc très probablement un recueil de jurisprudence sacerdotale datant de la fin de la République. Dans ce recueil un Papirius aurait réuni des vieilles règles traditionnelles conservées dans la jurisprudence et dans les annales des Pontifes, règles dont quelques-unes même seraient antérieures à la fondation de Rome. Elles ont été conservées certainement par les pontifes, qui étaient les gardiens du droit religieux, et ce sont eux qui ont mis arbitrairement sous l'autorité de tel ou tel roi, de Romulus ou de Numa, telle ou telle de ces règles. (En général les règles de droit familial sont attribuées à Romulus, les règles du culte sont attribuées à Numa).

Nous pouvons conclure de cette attribution que les dispositions concrètes, particulières, attribuées aux *Leges Regiae* sont avant tout des prescriptions du droit religieux, du *fas* et non du *jus*. Nous en tirerons une règle d'interprétation: toutes les fois qu'on peut vraisemblablement attribuer les règles dont il s'agit à une coutume religieuse, nous pouvons être sûrs de ne pas nous tromper en y voyant non pas des règles édictées par un roi mais des usages religieux qui remontent à l'origine de la cité. C'est la seule conséquence de l'attribution prétendue à Romulus.

Revenons maintenant à nos deux textes. Ils offrent un grand intérêt au point de vue du divorce et de ses

conséquences pécuniaires. C'est le témoignage le plus ancien nous affirmant l'existence de l'usage d'après lequel, en cas de divorce injustifié, la femme avait droit à une compensation pécuniaire : c'est le premier anneau d'une chaîne d'usages familiaux, qui a abouti finalement à l'action rei uxoriae. Ces deux textes, surtout celui de Plutarque, sont difficiles à interpréter.

La difficulté consiste d'abord à déterminer les cas où le divorce était permis. Plutarque donne un résumé elliptique où les faits envisagés sont peu ou mal qualifiés. Manifestement il ne connaissait plus lui-même le sens de la source qu'il indique.

Mais la plus grande difficulté réside dans la sanction, dans cette consécration à Cérès, c'est-à-dire dans la détermination de l'autorité qui est chargée de la sanction contre le mari.

Ces deux textes ont été très abondamment cités, il existe, à leur sujet, une littérature très abondante, mais superficielle. Tous les auteurs et les manuels généraux les ont cités, mais, non seulement ils ne sont pas parvenus à se mettre d'accord, mais ils ont éprouvé, à les interpréter, des difficultés de plus en plus grandes, à un tel point que les derniers ont négligé complètement la sanction, ils se sont bornés à examiner les cas où le divorce était permis. Bonfante, Cours de Droit Romain, Tome I, p. 251, nous dit "Parmi les prétendues lois de Romulus, celle-ci est peut-être la plus énorme, c'est celle qui a donné le plus grand mal aux interprètes".

L'interprétation de ce texte sera divisée en deux parties : 1°- détermination des cas de répudiation; 2°- détermination de l'autorité qui était chargée de donner la sanction.

§ 2 - Cas de répudiation.

Cas où le divorce est permis dans l'ancien droit.

Plutarque nous indique que la femme n'a pas le droit de divorcer d'avec son mari mais que le mari peut la répudier dans trois cas: 1°- au cas d'empoisonnement d'enfant; - 2°- au cas de falsification de clefs; - 3°- quand elle commet un adultère.

Sauf le troisième cas, qui ne soulève aucune difficulté, les deux autres sont sujets à discussion et leur qualification, qui est insuffisante et qui n'est pas susceptible d'être éclairée par d'autres textes, laisse place à l'incertitude.

I- Empoisonnement d'enfants.- Parmi les nombreuses interprétations qui ont été données de ce texte, Source: BIU Cujas Répétitions Ecrites et Orales

il y en a une qui ne serait même pas à citer si elle n'émanait d'auteurs d'une autorité considérable, car elle est très erronée. Elle a été présentée cependant par Jhering, Les Indo-Européens avant l'histoire, p. 392, et par Girard, Textes, qui s'inspire de la thèse de Jhering. La traduction que font ces deux auteurs consiste à mettre, après le mot *παῖδας* une virgule, puis de traduire par empoisonnement pur et simple. Puis falsification d'enfants et de clefs. Girard rend ce texte en latin de la façon suivante : "Propter veneficium vel suppositionem partus vel falsificationem clavium : pour cause d'empoisonnement, de supposition d'enfants et de falsification de clefs". La nécessité de traduire un seul mot grec par deux mots latins différents montre au premier abord le caractère philologiquement insoutenable de cette correction.

Si l'on examine les motifs qui ont été donnés de cette transformation du texte on les trouve bien peu concluants : c'est un exemple caractéristique de cette argumentation sentimentale bien peu scientifique à laquelle se laissent parfois entraîner les meilleurs esprits à défaut d'autres arguments. Ichring écrit ceci pour justifier la traduction : "La femme, dont tous les désirs et tout l'orgueil s'incarnent dans le fruit de ses entrailles, pouvait-elle détruire elle-même tout son bonheur? Mais passons - Elle aurait dû être aussi insensée que dépravée pour vouloir empoisonner ses enfants en s'exposant au danger de voir découvrir son crime. Elle avait des moyens bien plus faciles et pouvait se borner à les étouffer pendant leur sommeil et pour ce crime qui n'en était pas moins un infanticide, la loi n'aurait pas comminé la même peine. Pourquoi du reste mentionner le seul empoisonnement des enfants? Commis envers d'autres personnes est-ils moins punissable? La femme empoisonne le père, la mère, les frères et soeurs du mari et il n'aurait pas le droit de se séparer! Mais pourquoi lorsqu'il s'agit de ses enfants lui réserver encore ce droit? A coup sur, tout empoisonnement était puni de mort et le mari était délivré de la mère dénaturée même sans divorce. Bref cette opinion contient un tel entassement d'absurdités parfaitement incroyables qu'il faudrait un manque complet de réflexion et de sens critique pour lui accorder confiance".

Mais d'abord la position d'une virgule doit toujours mettre en défiance dans la traduction d'un texte, parce que jamais les Grecs et les Romains n'employaient de virgule. - D'autre part, si Plutarque s'était exprimé ainsi, il aurait employé un style tout à fait impossible et au contraire la lecture du texte au point de vue philologique est facile, s'il s'agit

d'un empoisonnement d'enfant et de falsification de clefs.

Mais que peut signifier ce mot *φάρμακον* ? Il faut retenir, à ce sujet, de la seconde partie de l'argumentation de Jhering que, s'il s'agissait d'un empoisonnement d'un enfant vivant, on serait en présence d'un crime commis par la mère et le fait de le mentionner seul, dans ce passage, comme cause de divorce serait un choix tout à fait arbitraire parmi les crimes de la femme. D'autre part, la sanction serait singulière: uniquement le divorce, alors qu'en réalité il y en a une autre: le droit, qui appartient au père de famille, de punir de mort la femme. ~ Il doit donc s'agir d'une faute de la femme offensant le mari et qui offense en même temps une loi religieuse de ce mariage. C'est pour ce motif que la sanction de cette faute est le divorce et non la peine de mort contre la femme. La faute qu'elle a commise n'a au fond sa gravité que parce qu'elle offense le mari.

On est conduit ainsi à admettre une seconde opinion, plus raisonnable et qui est plus généralement admise aujourd'hui. Il s'agit de la suppression d'enfant par des manœuvres abortives, par l'ingestion d'un philtre, d'un breuvage magique, afin de supprimer le fruit que la femme porte encore dans son sein, en un mot il s'agit de l'avortement. C'est ce qu'a démontré pour la première fois Waechter.

Du divorce chez les Romains. Stuttgart, 1822, p. 24 et cette explication a été confirmée par Voigt, Leges Regiae, p. 32 et c'est celle qui est le plus généralement adoptée aujourd'hui, c'est aussi celle que nous allons suivre, sauf à en tirer la signification.

Nous avons écarté l'explication consistant à dire qu'il s'agit d'un empoisonnement pur et simple et nous avons adopté l'opinion commune d'après laquelle il s'agit, non d'un empoisonnement quelconque d'un enfant vivant, mais de l'avortement de la femme par l'ingestion d'un breuvage magique.

avortement
ère cause lé-
itime de ré-
adiation.

Quelles sont les raisons qui rendent vraisemblable cette interprétation? La désignation technique de l'avortement qui, en grec, s'appelle *ἀμβλασις* Τέχνην désigne non seulement l'enfant vivant mais le partus, le fœtus.

Quant au mot *pharmaxeia*, il désigne un poison, un remède mais surtout un philtre, une drogue magique. L'on sait que l'usage de la magie était universel chez les peuples primitifs. Le mot latin correspondant à *pharmaxeia* serait *venenum*. Ammien Marcellin emploie ce mot (XVI.10.18) dans le sens de breuvage abortif: la femme de Constance, l'impératrice Eusébie, était stérile, or, par jalousie pour la soeur de son mari, Hélène-

ne, elle lui fit prendre par surprise un breuvage, venenum, qui était destiné à la faire avorter chaque fois qu'elle aurait un enfant. Avec l'emploi d'un breuvage magique pour provoquer un accouchement avant terme nous sommes sur un terrain bien connu du droit primitif. Cf. Westermarck, Origine et développement des idées morales dans l'antiquité, 2 vol. Payot 1928. L'infanticide, très fréquent dans l'antiquité, était dû aux misères de la vie nomade et à la rareté de la nourriture. Pratiqué non seulement chez les sauvages, il était en usage chez les Chinois, chez les Sémites, les Grecs et les Romains. En Grèce et à Rome, le père avait le droit de tuer ses enfants et c'était un adoucissement à cette coutume barbare que l'usage universel d'exposer, c'est-à-dire de les abandonner. Contre cet usage primitif se produisit une réaction dans une loi de Romulus, qui défendait d'exposer les enfants mâles et la première née des filles. Mais cette loi tomba en désuétude et le droit d'exposer les enfants persista.

Plus encore que l'infanticide, l'avortement était répandu chez ces mêmes peuples. Des philosophes, tels que Platon et Aristote, recommandent d'y recourir plutôt qu'à l'infanticide.

Il résulte de tout cela que, à Rome, l'avortement n'était pas considéré comme un meurtre, tant que l'enfant n'était pas encore séparé de sa mère. Aux termes du Digeste, 35.2. loi 9 § I: "Quia partus nondum editus, homo non recte fuisse dicitur: C'est à bon droit qu'on ne considère pas comme un homme l'enfant qui n'est pas encore sorti du ventre de sa mère". De même au Dig. 35.4 I § I. il est dit que le partus de la femme est une portion de ses entrailles, mais non un homme. - Aristote déclare que, si les usages s'opposent à l'exposition des enfants, il faudra, contre les excès de la population, soumettre à certaines règles la naissance des enfants et, s'ils sont trop nombreux, il faudra pratiquer l'avortement.

Si les philosophes et les médecins discutent sur le point de savoir à quel moment l'embryon a acquis la vie et le sentiment, c'est afin de pouvoir assimiler l'avortement à l'infanticide. On considère que, au bout de six mois, l'enfant est réputé avoir acquis la vie et le sentiment (Lysias).

Mais l'avortement est une faute contre la famille, contre le mari. La femme prive le mari d'un successeur qui continuera son culte. C'est une atteinte au droit du mari. Le mari seul a le droit de régler sa descendance, d'accepter (suscipere, tollere infantem) ou de refuser l'enfant né de sa femme.

Source : BIU Cujas d'exposer, d'abandonner cet enfant. La sanction de

cette faute commise par la femme est le divorce. Même après la désuétude de la prétendue loi de Romulus l'avortement reste classé parmi les causes de divorce justifiées. Tacite, Annales, XIV, 63: "Pour divorcer d'avec sa femme Octavie, Néron l'accusa de s'être fait avorter". Et encore sous Justinien (Novelle XXII, ch. 7) l'avortement est une juste cause de divorce.

Mais il n'y a pas d'autre sanction contre la femme dans le droit ancien, ni dans la jurisprudence du tribunal familial ni dans le droit de la cité. C'est uniquement à la fin de la République et au début de l'Empire que l'avortement, étant devenu plus fréquent avec le dérèglement des mœurs, fut puni par un rescrit de Septime Sévère, en 205 ap. J.C.; D., 47, 11, 4.

Mais il faut bien remarquer que toutes ces lois punissent l'avortement parce qu'il constitue une faute de la femme contre le mari (D. 47. II. 4): "Indignum enim videre potest, impune eam maritum liberis fraudasse: Il peut paraître indigne qu'une femme puisse impunément priver son mari de l'enfant qui doit naître" et auquel le mari a droit. La peine applicable à la femme était l'exil et cette peine frappait aussi ceux qui procuraient le breuvage abortif surtout s'il a provoqué la mort. Sentence de Paul (23. I. 4) qui abortionis aut amatorum poculum dant. - Ceux qui procurent un breuvage pour provoquer l'avortement ou faire naître l'amour.

Les idées chrétiennes condamnent l'avortement, quelles que soient les femmes, mariées ou non, qui le pratiquent. Il est défendu à une femme de supprimer son enfant, cet acte est un péché, un crime. Cependant, même condamnant l'avortement, les empereurs chrétiens le punissent toujours au nom de l'idée millénaire que c'est une faute de la femme contre son mari, faute qui autorise la répudiation (Justinien, Novelle 22. Ch. 16 Léon le Philosophe, Novelle 31).

Mais nous devons préciser encore davantage la faute commise par la femme. Cette idée du droit classique, d'après laquelle la privation d'un enfant auquel le mari a droit constitue la faute de la femme, c'est le point de vue rationnel du droit devenu laïque. Or, dans la loi de Romulus, il s'agit d'une prescription du droit primitif, c'était donc une prescription tirée du droit religieux. Il semble, dès lors que, pour interpréter correctement ce texte, il faut trouver un manquement au droit sacré plutôt qu'au droit civil, par suite, la faute porte bien plutôt sur la pharmacie que sur son résultat: l'avortement. C'est ce qui explique aussi la façon de parler de Plutarque. Par l'ingestion de ce breuvage magique, la femme s'est

soumise à une puissance étrangère à celle de son mari à la puissance des esprits mauvais qui provoquent l'avortement. Cette ingestion apporte un trouble dans son sang, provoque une sorte de turbatio sanguinis fait une tache à la pureté de la famille et, par cette soumission aux esprits mauvais, elle rompt le lien de fidélité qui doit l'unir à son mari. Elle commet donc une faute du même genre que l'adultère et elle doit être punie de la même façon.

Le second cas de répudiation légitime, c'est la falsification de clefs. Ce cas se présente sous une forme plus énigmatique encore que le premier. En quoi peut consister cette faute, faute si grave qu'elle est mise sur le même pied que l'adultère et qu'elle motive la répudiation de la femme ? Cette énigme s'aggrave de ce que, surtout à Rome, la femme (grande différence avec la femme grecque), avait les clefs et le gouvernement de la maison. Dans l'intérieur de la maison elle est domina, maîtresse, et le symbole de son autorité ce sont les clefs qu'elle détient. La preuve en est fournie par la formule du divorce d'après les XII Tables. Le divorce est prononcé par la reprise des clés opérée par le mari à sa femme: Cicéron, II, 28, 69: "Illam ex duodecim tabulis claves ademit, exigit: il lui retira, il lui réclama les clefs".

Il ne s'agit pas de clefs quelconques, mais il s'agit de certaines clefs que, par exception, elle n'a pas le droit d'avoir. Le texte emploie des termes dont Plutarque ne paraît plus connaître le sens.

Les auteurs modernes sont à peu près d'accord pour penser qu'il s'agit des clefs du cellier, du vin. Donc cette cause de divorce relative à la falsification des clefs se rapporte à l'antique interdiction faite aux femmes romaines de boire du vin. Cette interprétation est permise par la comparaison avec certains autres textes, car, tandis que le mot phar-maxeia est isolé et ne se rencontre que dans le seul texte de Plutarque, beaucoup d'autres textes, au contraire, font ressortir la liaison entre l'adultère et l'interdiction de boire du vin. Il s'agit encore d'une des fautes les plus graves que puisse commettre la femme, faute qui permet au mari non seulement de répudier sa femme, mais même de la mettre à mort. Les textes présentent à cet égard une liaison constante entre les deux idées. Il suffit pour s'en convaincre de les passer en revue.

Le premier est celui de Plutarque, précité, Vie de Romulus, 22.- 2°- Denys d'Halicarnasse, II, 25: "Si la femme commet quelque faute, elle a pour juge

son mari offensé, qui est le maître de la grandeur

La falsification de clés est une cause légitime de divorce.

Cette cause de divorce se rapporte à la défense faite aux femmes de boire du vin.

de la peine; les parents jugent de ces choses, parmi lesquelles sont l'adultère et ce qui paraîtrait aux gens le plus minime des péchés, le fait de boire du vin, ces deux fautes, Romulus permit qu'elles fussent punies de mort, comme étant les plus graves que puisse commettre une femme. Il pensait que l'adultère était le point de départ de l'égarement d'esprit et l'ivresse le début de l'adultère.

3°- Valère Maxime, VI, 3,9 : "Pour un motif beaucoup moins grave Egnatius Metellus tua son épouse à coup de bâton, parce qu'elle avait bu du vin et ce meurtre, loin de lui susciter un accusateur, ne fut même pas blâmé: chacun trouva qu'elle avait justement expié par une punition exemplaire la violation des lois de la sobriété, car toute femme qui fait un usage immodéré du vin ferme son coeur à toutes les vertus et l'ouvre à tous les vices". - 4°- Pline l'Ancien, Histoire naturelle, XIV, 13 (texte important): "Il n'était pas permis aux femmes romaines de boire. Nous trouvons entre autres exemples que la femme d'Egnatus Mecenius, parce qu'elle avait bu du vin au tonneau, avait été tuée à coups de bâton par son mari et celui-ci avait été absous du crime de meurtre par Romulus. Fabius Pictor, dans ses Annales, rapporte qu'une matrone, parce qu'elle avait descellé les casiers où étaient les clefs de la cave à vin (claves vinariae cellae) avait été condamnée par les siens à mourir de faim, et Cneius Domitius, en qualité de juge, décida qu'une femme, qui paraissait avoir bu plus de vin que ce n'était nécessaire comme remède pour sa santé, serait frappée d'une amende sur sa dot". Ce Domitius était un juge de l'époque de Caton, fin du VI° ou début du VII° siècle. Il était donc défendu à une femme de s'enivrer. Voilà ce qu'est devenue, au point de vue rationnel, la défense faite par Romulus : comme sanction infligée à la femme ayant transgressé cette interdiction, le mari pourra garder une partie de la dot.

5°- Polybe, Liv. VI,2 : "Il est impossible à une femme de cacher qu'elle a bu du vin, d'abord parce qu'elle n'a pas la disposition du vin". - 6°- Aulu-Gelle, Nuits attiques, X,23: "Les écrivains qui ont traité des habitudes et des moeurs du peuple romain nous apprennent que les femmes du Latium devaient être abstinences, c'est-à-dire s'abstenir de boire du vin... Marcus Caton avance même que non seulement les femmes devaient être censurées, mais qu'elles devaient être frappées d'une amende, si elles avaient bu du vin avec la même sévérité que si elles avaient commis un adultère. On lit ceci dans un traité de

de répréhensible ou de honteux, le juge la frappe d'une amende. Si elle a bu du vin ou si elle a commis un adultère, il la condamne. Sur le droit de tuer la femme, Caton écrit ceci : "Si tu surprends ton épouse commettant un adultère, tu peux impunément la tuer sans jugement. Mais, si elle te surprend en adultère, elle n'oserait pas te toucher même du bout du doigt et elle n'en a pas le droit".

7°- Valère-Maxime, II, I, 5 : "L'usage du vin fut inconnu des femmes romaines, de peur qu'elles ne fussent entraînées dans quelque désordre, car le degré le plus proche de l'intempérance de liber pater conduit d'habitude à la Venus illicite".

8°- Plutarque dans son parallèle de Lycurgue et du Numa, Histoire de Numa, III, : "Numa apprit aux femmes à être sobres et à garder le silence. Il leur défendit l'usage du vin et il ne leur permit de parler, même des choses les plus nécessaires, qu'en présence de leurs maris". - Tertullien, dans l'Apologie des Chrétiens, VI, § 4, s'exprime d'une manière analogue.

Le nombre de ces textes marque l'importance de cette tradition chez les Romains: il montre d'abord que le rapprochement de la falsification des clefs et de l'interdiction de boire du vin n'est pas arbitraire. On peut comparer le passage de Fabius Pictor où ce dernier rapporte qu'une matrone a été condamnée à mourir de faim pour avoir descellé les casiers où étaient les clés du cellier et le passage de Polybe qui dit que la femme ne peut pas boire du vin parce qu'elle n'en a pas la disposition. On constate le rapport qui était établi entre la défense de boire du vin et celle de s'emparer des clefs de la cave. Et il est possible que certains textes anciens aient pu parler des clefs pour viser la défense de boire du vin.

Une preuve encore plus convaincante : c'est la liaison constante, dans tous ces textes, entre l'adultère et le fait de boire du vin, ces deux fautes sont représentées comme étant les plus graves qu'une femme puisse commettre. Elles sont présentées toutes les deux comme des causes légitimes de divorce et comme susceptibles d'entraîner d'autres peines, qui sont toujours les peines de l'adultère. Notre texte de Plutarque fait partie de cette tradition, il faut donc l'examiner à la lumière des autres.

Quelle est l'importance, quelle est la gravité de la faute ainsi commise par la femme et quelles sont les raisons de cette prohibition?

C'est le manquement le plus grave à la foi conjugale, il est mis sur le même pied que l'adultère.

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

D'où cette première conséquence : comme l'adultère c'est une cause de répudiation. Elle est spécialement indiquée dans le droit primitif. Mais, en outre, comme l'adultère, le fait de boire du vin peut donner lieu au droit du père de famille d'appliquer à la femme la peine de mort : Denys d'Halicarnasse rapport le jugement du tribunal familial, d'après lequel le fait de boire du vin autorise le mari à user de son droit de punir sa femme de mort. En effet, pour l'adultère, la sanction établie par le droit romain, comme d'ailleurs par tous les autres droits, sont analogues. Même à notre époque la sanction de l'adultère n'est pas tellement différente de celle qui existait à Rome : c'est d'abord une cause de divorce (toutefois à Rome, le mari non seulement pouvait mais devait répudier sa femme, la loi lui imposait le divorce à titre de devoir moral légalement sanctionné). D'autre part, et c'est le deuxième aspect de l'adultère, il donne naissance au droit de vengeance du mari, qui peut tuer impunément sa femme.

Mais la plupart du temps, le mari se contente d'exercer son premier droit, le droit au divorce. Et il en est de même en droit moderne. Par souvenir du droit romain, en droit pénal le mari seul a la possibilité de poursuivre sa femme pour délit d'adultère devant le tribunal correctionnel. La peine de ce délit est ordinairement tarifée à 25 francs d'amende. C'est tout ce qui reste de l'ancienne loi de Romulus, qui permettait au mari de tuer sa femme.

En résumé il faut retenir la liaison absolue entre le fait par la femme de commettre l'adultère et le fait de boire du vin. Il est permis au mari, dans les deux cas, de répudier sa femme.

Ces deux aspects de la prohibition, nous les trouvons dans le fait de boire du vin, selon le texte de Plutarque, c'est une cause de divorce, puis, d'après les autres textes, c'est aussi une faute qui ouvre le droit de punir du mari et, dans le droit primitif, il peut impunément mettre sa femme à mort. En ce sens, Denys d'Halicarnasse, Pline et Valère-Maxime. Le récit de Valère-Maxime est modernisé, en ce sens qu'il y est dit que le mari ne fut ni censuré ni poursuivi ; c'est le droit de l'époque républicaine. Pour Pline, le mari fut absous par Romulus : il s'agit alors de l'époque primitive de Rome. Enfin Fabius Pictor nous parle d'un jugement des proches et non du mari, jugement condamnant une femme mariée, qui avait volé du vin, à mourir de faim.

Cela nous indique l'opinion des Romains dans les mœurs primitives, car il est très peu probable que au VI^e siècle, à l'époque de Caton, la défense

boire du vin.

de boire du vin ait été sanctionnée par la peine de mort. A cette époque, on ne comprend plus cette sanction, à laquelle on s'efforce cependant de donner une justification. Mais la force de la tradition est encore assez grande pour maintenir l'assimilation de cette prohibition avec celle de l'adultère. Le livre de Caton sur la dot ne nous est pas parvenu, nous n'avons de ce livre que les extraits d'Aulu-Gelle, il en résulte que, quant à l'application de la peine de mort, le fait de boire du vin n'est plus assimilé à l'adultère, l'assimilation n'existe qu'au point de vue du divorce. Caton dit, sans doute, que le mari qui surprend sa femme en flagrant délit d'adultère peut la tuer, mais il n'est plus question dans son traité de la peine de mort comme sanction de la prohibition de boire du vin. Cependant cette prohibition est toujours jointe à celle de l'adultère comme constituant la faute la plus grave, susceptible d'entraîner les peines pécuniaires les plus importantes.

Le divorce donne à la femme le droit de réclamer la restitution de sa dot. Mais, si le divorce est justifié, des peines pécuniaires sont prononcées contre la femme sur sa dot: le mari est autorisé à en garder une partie. Si la faute de la femme est moins grave, le juge se borne à la frapper d'une amende, multa. Pour les deux fautes les plus graves, c'est-à-dire l'adultère et le fait de boire du vin, le juge la condamne, c'est-à-dire lui enlève toute sa dot. On lit dans Pliny l'Ancien que Cneius Domitius, en qualité de juge, décida qu'une femme, qui avait bu du vin avec excès, serait frappée d'une amende sur sa dot. C'est le dernier texte sur ce chapitre du vin. On voit ce que devient la prohibition avant de disparaître. Par un essai de rationalisation ce qui est punissable, c'est l'ivrognerie, l'intempérance, mais non plus, comme à l'origine, le fait de boire du vin. La vieille prohibition a disparu. On en conserve le souvenir comme une curiosité archéologique.

A l'époque classique nous ne trouvons plus, ni comme cause de divorce, ni comme sanctionné par des peines pécuniaires sur la dot, le fait de boire du vin. Il n'y en a plus de trace dans l'action rei uxoriae de l'époque classique, ce fait ne figure plus parmi les retentiones propter mores qui apparaissent dans le dernier terme de cette évolution. En effet, par l'action rei uxoriae et à propos de ces retentiones, les jurisconsultes classiques distinguaient comme Caton, entre les mores leviores et les mores graviores: les premières sont toutes les fautes qui peuvent être commises par une femme et qui ont pour effet de diminuer le montant de la restitution de la

dot. Quant aux mores graviore (l'adultère seulement à l'époque classique), elles sont sanctionnées par le droit du mari de retenir toute la dot. La prohibition de boire du vin a donc disparu. La catégorie des mores graviore ne comprend plus que l'adultère. Mais, sous réserve de cette disparition, c'est bien toujours la même distinction, indiquée par Caton, et grâce à Caton, la soudure est possible entre les anciens usages et le dernier état de l'évolution : les retentiones. Il y a là une liaison certaine entre le droit archaïque et le droit classique des retentiones.

Cette prohibition a disparu parce que les usages ont changé. Les femmes romaines, à la différence des femmes grecques, ont toujours assisté aux banquets et festins dans la famille. Or, à l'époque impériale, les excès de table et de boisson deviennent fréquents, les femmes y participent comme les hommes; cependant on cherche toujours à imposer aux femmes une certaine retenue, à exiger d'elles des mœurs plus délicates. Un tuteur sévère défendra toujours à une femme, à sa pupille de boire du vin. Horace, livre III, ode 12.

Miserarum est neque amori dare tudum, neque dulci
Mala vino lavere aut exanimari, metuentes
Patruae verbera linguae.

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

Quelle est la signification de cette prohibition? Quelle est la raison sur laquelle elle était fondée? - Les historiens qui la rapportent n'en connaissent plus le sens depuis longtemps, et bien que ne la trouvant plus raisonnable, ils essaient d'en donner une explication morale. Ils disent que c'est l'ivresse, l'intempérance qui est seule visée. Ils cherchent à expliquer la prohibition par la liaison avec l'adultère, car l'intempérance conduit à l'adultère, dans les deux cas il y a égarement de l'esprit, l'ivresse c'est le début de l'adultère (Denys d'Halicarnasse).

Même explication, mais sous une forme plus religieuse dans Valère-Maxime. L'intempérance de Liber Pater, est le degré le plus proche conduisant à la Venus illicite - Liber Pater auquel Valère-Maxime fait allusion est un très ancien dieu latin. Les Romains de l'époque classique ne connaissent plus que son nom. C'était probablement le dieu de la fécondité et de l'abondance, dieu de la fertilité des

Son culte a été lié à celui de Cérès quand cette déesse eut un temple où elle fut réunie avec la Demeter grecque. Liber Pater fut assimilé alors à Bacchus, et une triade divine fut ainsi formée: Cérès, Liber, Libera assimilés avec Déméter Dionysos et Ehoré.

Cette manière de parler est une habitude de langage qui tient aux anciennes croyances. Le vin est confondu avec le dieu du vin, Liber, l'amour avec la déesse de l'amour, Vénus: la Vénus pudica désigne l'amour licite, la Venus illicita l'amour illicite ou adultère.

Cette rationalisation a dépouillé notre prohibition de toute signification. Bien d'autres choses, et non pas seulement le vin, conduisent à l'adultère et cela n'explique pas pourquoi le fait de boire du vin est considéré comme une faute aussi grave. Puisqu'il s'agit d'une prescription du droit sacré, il est légitime de chercher à cette prohibition une explication religieuse. Toutefois il ne faut pas trop s'aventurer dans une assimilation de ce genre, car nous sommes ici sur un terrain un peu dangereux, étranger au droit romain classique. Néanmoins des rapprochements de ce genre sont fort intéressants et très légitimes pour le droit primitif.

L'histoire du vin montre le caractère religieux de la prohibition faite aux femmes.

Il y a un premier point absolument certain: l'histoire du vin chez les Romains montre le caractère religieux de la prohibition faite aux femmes de boire du vin. Le vin, c'est-à-dire le jus de raisin fermenté, était connu en Italie depuis l'époque la plus reculée. La preuve en est que dans les terramars, dans les habitations primitives sur pilotis, dans les stations de l'époque paléolithique et néolithique, on découvre des pépins de raisin qui se présentent en masses compactes. Il s'agit donc de marc de raisin, de ce qui reste après avoir pressé le raisin. Il est probable que, à cette époque, il n'y avait que des vignes sauvages et qu'on ne connaissait pas la culture du vin, indice d'une civilisation plus avancée, les Grecs et les Romains n'ayant appris la culture du vin qu'en prenant contact avec l'Orient. Le vin ne devint l'objet d'une culture qu'assez tard dans l'histoire romaine, au IV^e siècle. La diffusion de l'usage du vin ne s'est produite qu'après l'année 350, donc bien après les XII Tables et surtout après les *Leges Regiae* où est énoncée notre prohibition. L'usage du vin date non pas de l'époque où cet usage fut répandu, mais de celle où le vin était une boisson tout à fait particulière. Primitivement, le vin était réservé aux usages du culte et à des usages médicaux (c'était un remède pour beaucoup de maux). Les Romains primitifs ne buvaient du vin qu'avec une

extrême sobriété, car ils avaient toujours l'idée que le vin empêchait de goûter les aliments, et ils le buvaient à la mode grecque, après le repas, au dessert et en observant des rites religieux. Dans les banquets, d'ailleurs, les femmes romaines étaient admises.

Les usages des Grecs et des Romains, dans leur façon de manger et de boire, resteraient inexplicables si on ne commençait à en retrouver le principe dans les plus anciennes pratiques du culte. Le repas, à l'origine, constitue un acte religieux, il commence toujours par une invocation aux dieux. Même cérémonie au moment où on va boire à la fin du repas: un gâteau de farine et une coupe de vin sont mis de côté pour les dieux lares et un esclave annonce que la libation est faite en entrant dans la salle criait: "Dii propitii, dieux propices "; c'était seulement après cette cérémonie qu'on commençait à boire le vin même à l'époque impériale où on en buvait sans réserve.

Ainsi pendant très longtemps, le vin servait uniquement au culte, aux libations qui étaient faites en l'honneur de tous les dieux du culte public et des dieux du culte privé (dieux lares). Les libations sont dites en grec spondai, traités, alliances.

Quelle était la signification religieuse de ces libations soit dans le culte rendu aux dieux, soit dans les banquets. D'après Kircher, *Sacralbedeutung des Weines* Gussen 1910, livre, d'ailleurs médiocre, le vin représente le sang, le vin est le sang. Il a les mêmes vertus et on s'en sert pour les mêmes usages que le sang. Or, le sang, c'est la vie. En offrant du vin on offre le sang par le moyen du vin, les hommes contractent des alliances, des alliances de sang, soit entre eux, soit avec les dieux. Puis, d'après autre idée voisine, le dieu lui-même est confondu avec la vigne et avec le jus de la vigne, il est le theoinos, le dieu du vin. Pris dans ce sens, le vin devient alors le sang du dieu. Lorsque Andromydes exhortait Alexandre le Grand à la tempérance, il lui écrivait: "souviens-toi, roi qu'en buvant du vin tu bois le sang de la terre, Pline, Histoire naturelle, XIV, 5, 17. Un sociologue anglais des plus intéressants, Frazer, Le Rameau d'or, p. 469 dit que, en mangeant le corps de son dieu, le sauvage acquiert, un des attributs et des pouvoirs du dieu. Quand le dieu est un esprit du blé, le blé est son véritable corps. Quand il est un dieu de la vigne le jus du raisin est son sang. Ce n'est pas pour se livrer à une orgie, mais pour célébrer un culte, que les hommes boivent du vin d'une façon exagérée, dans les

mystères de Dionysos..

Les Romains partageaient ces croyances que critique Cicéron à une époque plus rationnelle. Cicéron nous dit : "Quand nous appelons le blé Cérès et le vin Bacchus, nous employons une figure de style très courante. Mais croyez-vous qu'il y ait encore quelqu'un d'assez fou pour imaginer que ce qu'il mange ou ce qu'il boit est un dieu? Et il faut encore ajouter que les effets du vin, l'excitation résultant de la boisson frappent vivement les peuples primitifs. Pour eux l'homme ivre est comme le fou, possédé par un esprit; cet esprit est entré en lui avec le vin, avec le sang.

Ces observations permettent de mieux comprendre la raison religieuse qui interdisait à la femme mariée de boire du vin. Elle rompait ainsi le lien de fidélité, son acte engendrait une turbatio sanguinis; elle n'avait plus la pureté nécessaire pour la procréation des enfants, pour conserver la pureté de la race, si importante pour le maintien du culte des ancêtres. Ainsi, soit que le vin lui ait fait contracter une alliance défendue avec d'autres hommes, soit qu'elle l'ait contractée avec le dieu, de toutes façons elle a commis une faute très grave contre la pureté du sang, contre la famille, cette faute est assimilée à l'adultère. C'est un fait de possession comme l'adultère.

Cette interdiction, d'ailleurs, n'est pas unique, elle se retrouve chez d'autres peuples, par exemple les Grecs, (Aélien, *Variae historiae*, III, 38): "Une loi de Marseille (donc une loi grecque) défendait aux femmes de boire du vin et cette loi existait chez les Milésiens; les femmes ioniennes qui épousaient des Milésiens devaient s'abstenir de boire du vin dès qu'elles étaient mariées". - Même prohibition chez les Germains du Nord pour les boissons fermentées (Laveleye, la Saga des Niebelungen dans les Eddas, Paris, 1879 p. 261).

Si on étendait cette recherche à toutes les boissons fermentées, on trouverait un beaucoup plus grand nombre de prohibitions analogues à base religieuse.

Conclusion de ce paragraphe : le caractère de la prohibition se rattache à celle de la pharmaxeia technôn, si l'on considère que la caractéristique la plus grave de la faute commise par la femme, c'est le fait d'avaler un breuvage magique qui la soumet à un esprit malfaisant et ce qui entraîne la rupture du lien de fidélité. De même, le fait de boire du vin incite la femme à contracter des alliances qui troublent la pureté de son sang; c'est donc encore un manquement au devoir de fidélité conjugale, de même na-

ture que l'adultère, qui constitue le troisième cas de divorce justifié.

L'adultère
cause légi-
time de divor-
ce.

3°-Pour l'adultère, il n'y a plus de difficulté car c'est la rupture type du lien de fidélité, la turbatio sanguinis la plus grave. La prohibition de l'adultère, à la différence des deux premières, qui sont un peu accidentelles, est la plus générale et elle a persisté même après la disparition des lois religieuses qui l'avaient fait admettre. Cependant elle a également sa source dans la même croyance, dans la nécessité d'assurer la pureté du sang de ceux qui continueront le culte. Par suite, c'est l'adultère de la femme qui seul est grave. L'adultère du mari est sans importance pour la rupture du mariage. En effet, ce n'est pas dans un manquement à des rapports personnels que consiste la gravité de l'adultère, elle tient à ce que la pureté du sang et de la descendance est troublée. Pour que le culte soit continué par les enfants, il faut que le sang reste absolument pur et que la descendance ne soit pas mêlée du sang d'autrui.

Plutarque parle de l'adultère proprement dit comme troisième cas de divorce. Denys d'Halicarnasse parle, au contraire, plus généralement de souillure du corps, expression qu'on traduit par celle d'adultère, mais qui a peut-être un sens plus général et qui comprend notamment l'inceste et toute souillure du corps de la femme ayant amené une turbatio sanguinis.

Ces trois cas de divorce, en apparence si disparates, peuvent donc être ramenés à une idée unique, puisée dans les croyances religieuses, dans une idée de rupture de la foi promise et de la fidélité conjugale. Ainsi expliqués, ce sont vraiment des cas de divorce du droit le plus archaïque.

§ 3 - Sanction des répudiations injustifiées

Sanction du
renvoi injus-
tifié de la
femme par le
mari.

Si le mari renvoie sa femme en dehors des trois cas que nous venons d'étudier il est puni par la perte de tous ses biens la moitié est consacrée à Cérès, l'autre moitié est remise à sa femme. La rupture du lien conjugal amène donc en même temps la ruine de son foyer.

On a voulu interpréter ce texte comme si Romulus avait permis au mari de divorcer. Le sens apparent du texte est en effet que la loi de Romulus défendait à la femme de quitter son mari, mais permettait à ce dernier de répudier sa femme. Le texte de Denys d'Halicarnasse déclare formellement que le mariage primitif et religieux des Romains était indissoluble. Au-

suite, voulu voir une opposition entre le texte de Plutarque et celui de Denys d'Halicarnasse comme avec la tradition d'après laquelle le premier divorce connu par les Romains serait celui de Spurius Carvilius Ruga au début du VI^e siècle.

Mais il ne faut pas accepter cette opinion à la lettre. Le premier divorce qui ait produit des conséquences juridiques a bien été celui de Spurius Carvilius Ruga, mais, auparavant il y en avait eu d'autres. Il ne s'agit donc que d'une opposition apparente. En fait le texte de Plutarque doit être interprété comme défendant le divorce. Il défend tout divorce en dehors des trois cas énumérés, et le mari n'était pas libre de divorcer, puisque le divorce injustifié était frappé d'une très grave sanction. Il y a donc une autorité qui surveille les mariages et qui empêche le mari de divorcer en dehors des trois exceptions indiquées, cela équivaut à une défense de divorcer.

Si l'on compare le droit ancien avec celui de la période historique, on constate une différence complète avec cette dernière période. Dans la période historique, les Romains jouissent d'une liberté absolue de divorcer, sans aucun contrôle de l'autorité publique. Dès lors, pour les Romains de l'époque historique, l'état ancien pouvait apparaître celui où le mariage était indissoluble.

Quelle est l'autorité chargée d'appliquer cette sanction, chargée de la surveillance des mariages?

Autorité
chargée
d'appliquer
la sanction
et de surveil-
ler les ma-
riages.

Les interprètes modernes éprouvent la plus grande difficulté à la déterminer. Non seulement ils sont choqués par la rigueur de la sanction, qui a disparu, du droit postérieur, mais encore ils éprouvent de plus en plus de difficultés à l'attribuer à l'autorité du roi, par conséquent à l'autorité civile. Aussi renoncent-ils, la plupart du temps, à tenir compte de cette partie du texte et ils passent la sanction sous silence à cause de deux difficultés essentielles: 1^o la rigueur de la sanction prononcée, confiscation totale de la fortune du mari, alors que plus tard le divorce a été complètement libre. - 2^o l'impossibilité de reconnaître le roi dans l'autorité chargée d'appliquer la sanction. Mais alors, si ce n'est pas le roi, on ne sait à quelle autorité on doit attribuer le droit d'édicter la sanction.

Il y a en somme deux questions à résoudre :

1^o Pourquoi est-il impossible d'attribuer au roi cette confiscation au profit de Cérès?

2^o Quelles sont les vraisemblances qui permettent de penser que cette consécration est une coutume de la gens, la sanction étant appliquée par les

aux usages religieux ?

I-Consécration à Cérès et juridiction royale.

La consécration à Cérès ne fait pas partie de la juridiction royale.

1ère question: la consécration à Cérès ne fait pas partie de la juridiction royale? Pour les auteurs en effet, qui pensent que les *Leges Regiae* étaient de véritables lois curiates, sans difficulté, cette disposition doit être attribuée sinon à Romulus, du moins la législation royale. C'était donc l'autorité publique de la cité, représentée par son chef, qui était chargée d'appliquer la sanction de la confiscation; c'est l'opinion par exemple de Voigt, *Leges regiae*, 1876.

Mais cette position de principe est ruinée par l'opinion générale actuelle sur les *Leges regiae*, opinion d'après laquelle il est impossible de les considérer comme des lois curiates. Il s'agit donc de coutumes religieuses sanctionnées par des peines également religieuses. L'attribution par la tradition romaine de ces lois à Romulus ou à Numa n'apporte à aucun degré la preuve qu'ils en sont les auteurs. La seule preuve que l'on en peut tirer est qu'on les considère comme des coutumes très anciennes.

En outre attribuer ces coutumes à la juridiction royale est au point de vue du fond une opinion invraisemblable. Elle se heurte d'abord aux principes généraux sur l'organisation de la famille romaine, dont les traits les plus caractéristiques sont l'autonomie des familles, leur souveraineté à l'intérieur pour les usages qui les intéressent. Or le divorce, comme le mariage, est une loi de famille n'intéressant que la famille et non pas l'Etat. A cet égard il y a indépendance complète des familles vis-à-vis de l'Etat. Placer ces coutumes sous l'autorité du roi reviendrait à dire que l'autorité publique a été, dès le début, juge des mœurs familiales et de tous les divorces, même justifiés. Or cette surveillance par le roi est nettement contraire à la tradition; Denys d'Halicarnasse, II, 25, dit que Romulus relativement au mariage, n'a accordé aucune action en justice ni au mari contre la femme adultère ou contre la femme qui l'a abandonné, ni à la femme qui se plaint des mauvais traitements du mari ou d'un divorce injustifié, pas plus que pour le paiement ou la restitution de la dot. Le droit postérieur à la législation royale montre que l'histoire des rapports entre la famille et l'Etat présente une évolution constante : l'indépendance de la famille vis-à-vis de l'Etat s'affaiblit de plus en plus, tandis que la puissance de l'Etat devient de plus en plus importante par ses interventions.

Or, dans l'opinion que nous critiquons, l'évolution se serait produite dans un ordre absolument inverse, puisque, à l'époque historique, on ne trouve plus de trace de cette prétendue juridiction royale et il y a liberté absolue du divorce pour les deux époux. Jusqu'au VI^e siècle le divorce et ses conséquences pécuniaires demeurent exclusivement du domaine des usages familiaux: le mari règle les conséquences du divorce et le droit civil ne s'en occupe pas jusqu'au cours du VI^e siècle, époque à laquelle le divorce fait naître une action civile qui est l'action rei uxoriae, action dont l'importance consiste non pas à restreindre les divorces, mais à obtenir la restitution de la dot en cas de divorce. C'est sous Auguste seulement que la législation civile essaie de prendre des mesures pour restreindre le trop grand nombre des divorces: loi Julia de maritandis ordinibus. Puis cette législation est précisée par Constantin et les empereurs chrétiens pour arriver à trouver sa forme définitive sous Justinien, dont la Nouvelle 22 énumère les justae causae de répudiation. Mais, même dans le dernier état du droit romain, ce n'est pas pour limiter la possibilité de divorcer, c'est simplement pour imposer au mari ou à la femme qui est en faute des peines pécuniaires sur leurs biens que cette législation intervient. La liberté du divorce reste de l'essence du mariage. Ainsi, une législation royale frappant le mari de peines rigoureuses à raison du divorce serait une anomalie contraire à toute l'évolution du droit romain.

Mais contre la compétence royale il y a une preuve directe. C'est l'impossibilité d'attribuer au roi le pouvoir de prononcer cette confiscation et cette consécration des biens, parce que la consécration s'adresse à Cérès. Elle ne peut pas être faite par le roi. De même que la faute est une faute religieuse, la peine est également une peine religieuse. La consécration de la moitié de la fortune du mari est faite à Cérès, Demeter en grec. Or Cérès a son temple à Rome sur le mont Aventin seulement sous la République, c'est-à-dire vers la fin du III^e siècle (Merlin, L'Aventin dans l'antiquité, Paris, 1906). Les deux dates traditionnelles de cette consécration sont 258 et 261. Après une disette, provoquée par la guerre contre les Volsques et les Latins, le dictateur Postumius fit vœu de construire un temple à Cérès. Ce temple fut achevé et consacré en 261, au pied de l'Aventin, tout près du grand cirque et au-dessus des prisons. En même temps le dictateur fit vœu de célébrer tous les ans la fête de cette divinité. Ces dates ne sont pas très solides. Il est certain, en

tous cas, que, en 304, Demeter, Dionysos et Corée ont leur temple sur l'Aventin et leur culte fait partie des *sacra publica* du peuple romain, célébrés selon les usages grecs. Cérès devint alors une divinité plébéienne; son temple est le siège des édiles plébéiens. L'Aventin est un quartier plébéien, le quartier des marchands étrangers, des marchands grecs.

Ainsi l'introduction du culte de Cérès dans la cité ne date que de la période républicaine; la forme grecque de ses *sacra* montre que c'est une divinité grecque Demeter qui a été introduite, à la suite de la guerre précitée, qui avait empêché non pas seulement la culture des terres mais surtout les transports de céréales, car les Romains ne cultivaient pas suffisamment de blé pour leur ravitaillement.

Cela ne signifie pas que Cérès et l'ensemble des dieux dont le culte a été réuni sous le nom de Demeter-Cérès étaient uniquement des dieux grecs. Il forment au contraire un ensemble de très vieilles divinités latines, mais qui n'avaient pas encore été placées parmi les dieux de la cité. Leurs *sacra* ne sont devenus *publica* qu'à l'aide de la déesse grecque, que les Romains ont confondue, par sa ressemblance, avec la déesse latine. Puisque Cérès n'était pas une déesse de la cité à l'époque royale, il est impossible que la confiscation des biens du mari et leur consécration à Cérès ait été l'œuvre de la juridiction publique. C'est l'opinion de P.F. Girard organisation judiciaire des Romains.

Ainsi la sanction prononcée contre le mari ne peut pas être attribuée à l'autorité royale. Mais alors à quelle autorité l'attribuer ? La seule alternative admise jusqu'ici par les auteurs ne comporte que deux termes; deux sortes de sanctions sont seules envisagées par eux : ou bien la sanction était prononcée par la juridiction civile, par une autorité de l'Etat; ou bien elle était prise par l'autorité de la famille représentée par son chef, le *paterfamilias*. Il est certain que l'attribution de cette juridiction à l'autorité domestique serait d'autant plus tentante que, à l'époque postérieure, depuis la chute des rois jusqu'au VI^e siècle, c'est en effet ce que l'on constate. La tradition se transforme, elle devient une coutume appliquée par la jurisprudence familiale et le tribunal domestique. Mais cette juridiction familiale est une impossibilité, telle du moins que nous la trouvons dans le texte de Plutarque, car c'est le père de famille qui est ici en jeu, ce n'est pas lui qui est juge, c'est lui qu'on juge. Et il est bien évident qu'il ne peut pas se juger lui-même.

Faut-il donc renoncer à interpréter notre texte

et doit-on le considérer comme une tradition inacceptable ? C'est ce qu'ont fait les auteurs modernes. Certains vont jusqu'à lui dénier toute autorité. Rein, *Criminal -Rechts*, p. 446, dit de façon dubitative qu'il s'agirait d'un anachronisme commis par Plutarque qui rejetterait au temps de Romulus une disposition ultérieure. Bonfante, *Corso di diritto romano* I p. 250, écrit ceci : "Je pense qu'il ne serait pas absolument invraisemblable qu'il s'agisse ici d'une tradition exagérée du pouvoir ancien du sacerdoce, de la loi religieuse, ou peut-être s'agit-il d'une invention plus récente, de l'époque d'Auguste, faite dans l'esprit de l'impérial pontife". Et il ajoute que seules doivent être retenues les causes de divorce consacrées par la coutume. - Ainsi, d'après les auteurs modernes, nous serions en face d'un anachronisme. La règle dont il s'agit aurait été imaginée à l'époque d'Auguste, qui, par sa législation sur le mariage, a essayé de restreindre les divorces, et c'est à tort qu'on la reporte à la période la plus ancienne.

Une explication de ce genre n'est acceptable que dans les cas vraiment désespérés, quand il est impossible d'en trouver une autre vraisemblable. Si au contraire il est possible d'expliquer ces textes en utilisant d'autres considérations, il est beaucoup plus scientifique de chercher à leur trouver un sens, d'autant plus qu'on accepte arbitrairement une partie du texte, celle qui concerne les causes de divorce et qu'on rejette non moins arbitrairement l'autre partie.

Cette explication, il sera peut être possible de la trouver en utilisant les hypothèses générales en faveur chez les historiens modernes de l'histoire romaine sur la gens, son importance primitive et ses coutumes. On pourra essayer de retrouver dans cette sanction du divorce une coutume gentilitice. Si nous réussissons dans cette recherche, nous aurons donné par là-même une explication plus satisfaisante du texte.

La sanction des divorces injustifiés est une coutume gentilitice.

Puisqu'en effet, les historiens sont d'accord pour reconnaître que la gens avait originairement une organisation bien plus forte qu'à l'époque historique, qu'elle formait au début une petite nation autonome, avec ses chefs, ses assemblées, ses coutumes et son territoire dans la cité, nous sommes autorisés à tirer de cette constatation générale des conséquences particulières. Cette importance primitive de la gens est démontrée par les historiens les plus modernes, mais les conséquences particulières de

par eux.

Pour les découvrir, nous ne sortons pas du domaine de l'hypothèse, parce que les historiens de Rome ont perdu jusqu'au souvenir de cette époque antérieure et, nulle part, un historien ne nous dit nettement que cette coutume étonnante du droit primitif était une coutume gentilice. Seulement nous pouvons le conjecturer par une hypothèse plausible.

Etudions donc d'abord la divinité à laquelle les biens du mari sont consacrés, Cérès, analysons le caractère de cette divinité; et nous verrons qu'il est vraisemblable de considérer que, sous cette divinité, se cachait tout un ensemble de croyances que l'on peut attribuer à l'époque de la gens.

D'autre part, il y aura lieu de relever les traces d'une juridiction, qui n'est ni une juridiction civile ni la juridiction du mari, mais qui est une juridiction des proches parents, et qui ne peut s'expliquer que comme une survivance, à l'époque classique et un souvenir de la juridiction de la gens sur les divers patres qui faisaient partie de ce groupement.

II- Cérès.

Particula-
rités du cul-
te de Cérès.

Pourquoi est-ce à Cérès qu'est consacrée la moitié de la confiscation et quels sont les rapports de cette consécration avec le divorce ?

Cérès entre, vers la fin du III^e siècle, dans les divinités de la cité. Nous avons vu qu'un temple lui est consacré, ses fêtes sont organisées en *sacra publica*. Mais c'est seulement grâce à Demeter, la Cérès grecque, qu'elle entre dans le culte romain. Ce qui domine dans les circonstances de l'introduction de son culte, c'est la Demeter grecque; sa fête, *Cerealia*, est organisée le 19 Avril selon les rites grecs (*Festus, de significatione verborum, V^o greca* "sacra festa Cereris ex Graecia translata: "Les fêtes de Cérès sont des *sacra* grecs rapportés de Grèce"). Cicéron; *Pro Balbo*, 24, dit : "Sacra Cererisper graecas curata sunt semper sacerdotes et graeca omnia nominata : les *sacra* de Cérès ont toujours été confiés à des prêtresses grecques et nommés de noms grecs".

C'est donc une déesse qui a été introduite assez tard dans le culte de la cité et probablement par les marchands étrangers, originaires de la Grande Grèce et de Sicile et qui s'étaient établis sur l'Aventin. La dédicace d'un temple à Cérès eut lieu à la suite d'un vœu de Postumius, après la disette provoquée par de mauvaises récoltes et surtout après

l'arrêt des importations étrangères en raison de la guerre avec les Volsques.

Mais suivant l'usage constant, en instaurant ce culte, les Romains le réunirent avec les cultes de dieux de même espèce que Demeter, de très anciennes divinités latines de même espèce c'est-à-dire des dieux de la terre et de la végétation. Cérès était la déesse de la terre cultivée. D'ailleurs ce n'est pas la seule Cérès latine, dont le culte est organisé avec Demeter; il y avait à côté d'elle tout un panthéon de dieux latins d'époques différentes et de provenances diverses. Tous ces dieux vivaient dans les croyances des Romains, mais ils n'étaient pas encore entrés dans le panthéon des grands dieux romains de la cité. On les réunit par cette idée commune que ce sont des dieux de la terre, des dieux de la fécondité de la terre.

Ce culte est rendu d'abord à Cérès, qui est elle-même en étroite liaison avec le dieu qui personnifie les champs, Tellus, la terre. De tous ces dieux, Cérès et Tellus sont les deux qui survivent. La fête de Cérès, Cerealia, est séparée de celle de Tellus, Fordicidia, mais elle est en même temps liée à elle par un intervalle de 4 jours: la fête de Tellus est célébrée le 15 Avril, celle de Cérès le 19 Avril. Ces fêtes sont célébrées à la fin des opérations des champs et à la veille de la moisson. Des offrandes sont également faites à ces deux divinités au début de la période de la culture. Enfin il faut noter que les auteurs grecs traduisent aussi fréquemment le latin Tellus, de même que Cérès, par Demeter. Notre texte peut donc viser également Tellus.

En outre, dans le culte de Cérès sont réunies un ensemble de petites divinités qui remontaient aux croyances les plus anciennes des Romains et des Latins. Ce sont les Dii Certi, parce que tous ont un nom, on les appelle aussi Dii Indigetes, parce que, pour célébrer leur culte, on doit les nommer. Ils personnifient les actes les plus variés de la vie, on doit les prier d'après des recueils de formules et de prières qu'on appelle Indigitamenta et il y en a pour tous les actes usuels de la vie. C'était là une des plus anciennes croyances des Romains: ils s'imaginaient que les actes les plus simples comme les actes les plus importants de l'existence étaient sous le patronage d'un esprit particulier, qu'il fallait invoquer pour bien accomplir ces actes.

Un certain nombre de ces dii certi, ceux qui président aux opérations de la culture sont réunis à Cérès. Servius, Commentaires des Géorgiques I, 21,

rien de Rome) enumerat hos deos quos invocat flamen sacrum Ceriale faciens Telluri et Cereri; Vervactorem, Redaratorem, Imporcitorem, Insitorem, Obaratorem, Occatorem, Sarritorem, Subruncinatorem, Messorum, Convectorum, Conditorem et Promitorem : Fabius Pictor énumère ces dieux qu'invoque le flamine en accomplissant le culte de Cérès et de Tellus " : Vervactor, Redarator etc.....

Ces dieux qu'on invoque sont au nombre de douze et ils personnifient les actes les plus importants de l'agriculture pendant toute l'année.

Vervactor est le dieu qui préside au premier labour.

Redarator est le dieu qui préside au second labour.

Imporcitor est le dieu qu'on invoque pour traverser le sillon qui est tracé.

Insitor pour faire les semailles.

Abarator pour le nouveau labour.

Occator pour le hersage.

Sarritor pour passer la houe .

Subruncinator pour le sarclage.

Messor pour la moisson.

Convictor pour rassembler la récolte.

Conditior pour la rentrer.

Promitor pour la retirer des greniers.

Avec ces prières, qui sont conservées dans les offices du flamine de Cérès, nous plongeons dans les plus anciennes croyances des Romains.

La complexité du culte de Cérès est encore marquée par certaines particularités qui l'apparentent avec le culte des dieux lares, donc des dieux familiaux c'est ce que nous allons voir maintenant.

Elle est invoquée lors du mariage et lors des funérailles, à propos des sacra gentilitia de la famille.

En effet dans la fête de Cérès, il y a une particularité qui l'apparente avec le culte des dieux mânes, c'est-à-dire avec le culte familial. En même temps qu'on fait des offrandes à Cérès, on lui immole une truie et les Romains nous expliquent que c'est une offrande expiatoire, pour effacer les offenses qui ont pu être faites, dans le cours de l'année, aux dieux de la famille, c'est-à-dire au culte des morts; Aulu-Gelle, Nuits attiques, IV, 6: "Porca praecidaneae appellatur quam piaculi gratia ante fruges novas captas immolari Cereri mos fuit : Si qui familiam funestam aut non purgaverunt aut aliter eam rem quam opportuerat procuraverant : Est appelée truie praecidanée celle qu'il est d'usage d'immoler à Cérès

le cas où on n'aurait pas purifié la famille de la mémoire d'un mort ou pour le cas où on n'aurait pas purifiée comme il aurait fallu".

"C'est un sacrifice fait à Cérès et à Tellus, déclare Varron et, sans lui, la famille ne serait pas purifiée" (Varron, d'après Aulu-Gelle).

Cette offrande est à rapprocher d'une autre : le sacrifice d'une truie mais d'une truie praesentanea, c'est-à-dire en présence du mort; Festus page 330 : "Praesentanea porca dicitur quae familiae purgandae causa Cereri immolatur ; quod pars quaedam ejus sacrificii fit in conspectu mortui ejus cujus funus instituitur : Est dite truie praesentanea celle qui est immolée à Cérès pour purifier la famille, parce qu'une partie du sacrifice est faite en présence du mort dont on fait les funérailles".

Nous retrouvons encore Cérès et Tellus dans les funérailles et ce rite des morts figure dans les sacra gentilitia des familles.

Festus place le culte de Cérès parmi les sacra popularia, c'est-à-dire parmi les cérémonies communes à tout le peuple romain; la fête de Cérès était donc pratiquée par tout le peuple romain.

La consécration d'un temple à Cérès classe son culte parmi les sacra publica, dans le culte de la cité.

De ces rites très anciens et de leur classification, nous pouvons conclure qu'avant de devenir un culte de la cité c'était déjà un culte répandu dans tout le peuple, et non pas spécialisé dans une famille ou même dans une gens. Non seulement les dieux agraires paraissent avoir été mêlés au culte des mânes, au culte du mort et aux funérailles, mais nous les trouvons mêlés aux cérémonies religieuses qui accompagnent le mariage, donc à tous les actes principaux de la vie de famille. Ces cérémonies religieuses, qui entourent tous les mariages, sont des coutumes complexes et traditionnelles, ce sont des usages immémoriaux représentant un ensemble de rites et de croyances archaïques qui ne sont plus ceux des Romains qui les pratiquent. Les dieux agraires y jouent un rôle très important, affirme Rossbach, *Die Römische Ehe*, Le mariage romain, p. 336. Rossbach dit que le mariage et les cérémonies nuptiales, d'une part, et les récoltes, d'autre part, forment tout un ensemble qui contient la totalité du culte agricole. D'après les anciens usages, les mariages avaient lieu à la saison de la récolte. Cérès et Tellus y figurent encore. Festus *Facem in nuptiis in honorem Cereris praeferebant*: une torche est portée devant les mariés :

quidam sane Tellu rem nuptiis praeesse tradunt. Nam et in auspiciis nuptiarum invocatur et etiam virgines vel cum ire ad domum mariti coeperint vel jam ibi positae diversis nominibus vel ritu sacrificant. Quelques uns disent que Tellus est celui qui préside aux noces, car il est invoqué quand on prend les auspices pour les noces. C'est à lui que sacrifient les vierges sous des noms et des rites divers quand elles commencent à aller vers la maison du mari ou quand elle y sont déjà arrivées. Parmi ces noms divers, deux divinités champêtres Picumnus et Pilumnus président aux auspices conjugaux nous dit Nonius p. 528. La présence des deux indigètes dans ces cérémonies montre l'antiquité de cette tradition. Elle est plus tard remplacée par une autre plus générale, plaçant les noces sous la garde de Junon. Servius ad Aeneïdem IV.58: Junoni cui curae sunt nuptiae. A Junon à qui sont confiées les noces.

Enfin un texte de Servius dit que les divorces sont sous le pouvoir de Cérès. Servius, Ad Aeneïd. 3.139 Quidam dicunt diversis numinibus vel bene vel male faciendi potestatem dicatam ut Veneri conjugia, Cereri divortia, Junoni procreationem liberorum: quelques-uns disent que le pouvoir de bien et de mal faire a été donné à diverses divinités : ainsi les mariages ont été donnés à Vénus, les divorces à Cérès et à Junon la procréation des enfants.

Les auteurs modernes expliquent généralement ces rapports de Cérès avec le mariage par une raison spéciale ; ils disent que c'est Cérès qui a établi le mariage, c'est elle qui a changé l'ancien concubinat en un véritable mariage par un lien légitime. Mais il s'agit là de légendes toutes grecques, de Demeter, qui a créé le lien du mariage et qu'invoquaient les jeunes Athéniennes désireuses de se marier. En réalité, il n'y a pas de raison particulière à appeler Cérès à présider au mariage. C'est en sa qualité de déesse agraire qu'elle y figure, comme Tellus, comme les autres dieux agraires de même qu'ils sont dans le culte des mânes et dans les funérailles.

Et enfin, les Cerealia constituent, à l'époque historique, des fêtes plébéiennes, des sacra peregrina, des sacra plebeia. C'est dans les maisons des plébéiens que la fête est célébrée par des invitations à des repas ; Aulu Gelle, XVIII, 2, 11. Dans les campagnes, les fêtes de Cérès sont célébrées seulement par le bas peuple des cultivateurs (salaariés ou esclaves). Mais ce caractère plébéien, c'est Demeter qui l'a pris et il s'explique par les circonstances dans lesquelles ce culte a été introduit dans la cité (les importations de céréales faites par les marchands grecs).

avaient été arrêtées par la guerre); d'autre part, ce fut à l'occasion des luttes des patriciens et des plébéiens que la consécration du temple eut lieu et sa construction coïncide avec la reconnaissance de l'indépendance de la plèbe.

Les magistrats plébéiens qui ont été créés à cette époque sont en rapport avec le temple de Cérès ; les édiles de la plèbe y siègent (*aedes Cereris*), son temple est le siège de la juridiction plébéienne, de même que le temple de Saturne a servi de siège pour les archives et le trésor du peuple. Le temple de Cérès, qui sert de siège aux édiles plébéiens, abrite également le trésor de la plèbe, trésor alimenté par des amendes infligées à ceux qui violent les privilèges des plébéiens. On lit dans *Tite-Live* 55,7 : "Celui qui serait coupable envers les tribuns de la plèbe, envers les édiles, ou envers les juges *decemvirs*, que sa tête soit consacrée à Jupiter et que son patrimoine soit vendu au profit du temple de Cérès. Et dans l'article sur Cérès dans l'important *Réal Encyclopédie* de Pauly-Wissowa, il est dit que ce *sénatulusconsulte* serait le modèle sur lequel aurait été construit la source de Plutarque. La tradition de notre texte serait une invention postérieure sans doute pour justifier les Lois d'Auguste contre le divorce et leur donner un précédent historique. Nous avons vu la faiblesse de cette conjecture. Mais il se peut que les confiscations et les consécrationes à Cérès de l'époque historique n'aient pas été sans influence sur la forme donnée à notre texte par Plutarque et par ses sources. Mais la tradition reste valable d'une consécration sinon nommément à Cérès du moins à un dieu agraire, qu'il s'agisse de Tellus ou de Cérès ou d'un autre. Mais si Cérès Demeter était une déesse de la plèbe, il n'en était pas de même de la Cérès latine et des dieux agraires. Ils sont assez anciens pour être d'une époque où il n'y avait pas de plébéiens. Leur présence dans les mariages par *confarreatio* donc dans les mariages patriciens et dans le culte des morts établit bien que Cérès était honorée par tout le peuple romain, spécialement par les patriciens de l'époque primitive.

Dans les derniers siècles de Rome, le culte de Cérès a perdu peu à peu son importance et finalement les *Cerealia* ne représentent plus qu'une cérémonie intéressant le culte intérieur d'un temple et non plus tout le peuple romain.

Mais l'étude que l'on vient de faire a montré que toutes ces divinités complexes avaient joui, pendant une longue période primitive, d'une beaucoup plus

grande importance dans la communauté romaine. C'était les dieux agraires et les dieux des travaux des champs. L'importance de leur culte doit donc être placée à l'époque où la civilisation romaine était exclusivement agricole, à l'époque où les grandes familles étaient des familles de cultivateurs, qui travaillaient eux-mêmes leurs terres ou qui les travaillaient avec l'aide d'un ou de deux esclaves. Or, cette époque, c'est celle de la communauté gentilice ; l'importance qu'avaient alors les dieux agraires tenait non seulement à l'état social des gentes, était une civilisation uniquement agricole et paysanne, mais aussi à l'organisation des gentes en communautés agricoles. La terre de culture est non pas la propriété individuelle de chacun, mais la propriété collective de la gens. Le culte des dieux des champs était donc celui qui pouvait le mieux réunir toutes les familles de la gens autour de leurs intérêts et de leurs biens communs, avant que le développement de la cité n'eut donné des dieux protecteurs de la cité et qui ont pris la place des anciens dieux agraires.

Et comme toutes les gentes étaient organisées de la même façon, c'était le culte qui pouvait le mieux être partagé par l'ensemble de la communauté des gentes.

Les traces, conservées à l'époque historique, du culte des dieux agraires, montre l'importance primitive de ce culte célébré dans la gens. Et comme nous retrouvons les dieux agraires dans les *sacra gentilitia*, l'interprétation la plus naturelle nous permet de conclure que la consécration à Cérès est un *sacrum gentilitium*.

III - Vestiges de la juridiction des gentes.

Les historiens ne nous donnent pas de renseignements directs à cet égard, parce qu'ils ont perdu jusqu'au souvenir de cette juridiction. Tous les textes qui s'y rapportent ont dû être modifiés par les historiens afin de les mettre au courant des usages et des croyances de leur temps.

Nous sommes beaucoup mieux renseignés sur les pouvoirs du père de famille dans l'intérieur de la famille, parce que l'organisation ancienne de la famille a longtemps survécu. La juridiction domestique du père de famille porte non seulement sur ses esclaves, mais sur ses enfants et sur sa femme. Il peut appliquer toutes les peines, jusqu'aux plus graves, même la mort. Mais, pour juger, il doit s'entourer d'un conseil ;

Source : BIU Cujas c'est une obligation qui lui est imposée par les

La juridiction du conseil des proches.

mœurs et qui est sanctionnée par la surveillance du censeur. Le censeur impose spécialement au mari qui veut divorcer de consulter ce conseil des proches avant d'envoyer la répudiation à sa femme.

Composition
du conseil
des proches.

La composition de ce conseil n'est pas rigoureusement fixée ; il y a à cet égard de nombreuses incertitudes dans les textes. En tous cas, il est certain que sa composition dépasse le cercle de la famille romaine au sens strict, c'est-à-dire des agnats. Les textes parlent tantôt des agnats, qui sont les vrais membres de la famille, tantôt aussi des cognats, tantôt des amis, et enfin même des voisins. La composition de ce conseil dénote donc quelque chose de plus complexe que l'organisation si rigoureuse de la famille.

Ce conseil paraît être une survivance d'une institution sous l'empire de laquelle il avait été plus important, car, à l'époque historique, son rôle est strictement consultatif : le droit de juger n'appartient plus aux proches, mais au mari seul qui décide et punit, car il a acquis une autorité absolue.

Aucun des textes que nous avons sur ce sujet ne précise que ce conseil a été composé de gentiles. Néanmoins on trouve dans les textes des traces d'une juridiction de ce conseil qui, non seulement est indépendante du père de famille, mais qui s'exerce sur lui, contre lui. Il est donc possible de voir là l'ancienne juridiction l'ancienne autorité de la gens sur le père de famille qui en faisait partie.

L'ancienne
autorité de
la gens sur
le père de
famille.

1° La trace la plus nette, la plus intéressante aussi de cette juridiction, résulte d'un texte de Denys d'Halicarnasse relatant une loi également attribuée à Romulus : Antiquités romaines, II, 15 : "Romulus imposa aux citoyens l'obligation d'élever toute leur descendance mâle et leur fille première née. Il leur défendit de tuer aucun nouveau-né jusqu'à l'âge de trois ans, à moins qu'il ne fût infirme ou monstrueux. Ces derniers, Romulus permit au père de les exposer après les avoir montrés à cinq voisins et seulement si ceux-ci y consentaient. Contre ceux qui n'obéissaient pas à cette loi, il édicta diverses peines et, parmi elles, la confiscation de la moitié de leur fortune".

Cette prétendue loi de Romulus apporte au pouvoir absolu du père de famille dans l'intérieur de la famille, une très importante restriction, puisqu'elle l'oblige à élever tous les enfants mâles et, parmi les filles, au moins la première née. Cette loi lui défend de les tuer avant qu'ils aient atteint l'âge de trois ans et elle lui interdit de les exposer à moins que ce soient des monstres. C'est une restriction très analogue à la prohibition du divorce. Et l'analogie continue d'une façon très caractéristique si l'on examine

ce que deviennent, par la suite, ces deux lois. Toutes deux disparurent, à l'époque républicaine: le mari acquiert le droit d'accepter ou de refuser l'entrée des nouveaux-nés dans la famille ; il a le droit de les exposer et de les tuer. L'enfant nouveau-né est porté dans l'atrium, qui était la salle principale de la maison familiale, auprès de l'autel des ancêtres. L'enfant est déposé à terre devant le père, qui le soulève s'il l'accepte dans la famille (les textes emploient les expressions de tollere, soulever ; suscipere, prendre ; recipere liberum, accepter, recevoir l'enfant). Si le mari ne veut pas l'accepter, il le laisse par terre en détournant la tête et l'enfant n'est pas considéré comme son fils.

Pendant toute l'histoire romaine, le père de famille conserve le droit de vie et de mort sur ses enfants et le droit d'exposer ou d'abandonner l'enfant est universellement reconnu chez les Grecs et chez les Romains ; ce fait a même servi de thème à de nombreuses comédies. Seuls, les empereurs chrétiens ont essayé de restreindre cet usage et de défendre aux parents d'abandonner et d'exposer leurs enfants, sanction qui, même à cette époque, n'est pas une peine, en raison de la persistance des mœurs romaines, mais qui consiste uniquement dans le retrait de la puissance paternelle.

Ainsi de même que la loi sur le divorce, la loi sur l'éducation des enfants disparaît après la période royale. S'il s'agissait d'une vraie loi civile, son abrogation présenterait les mêmes difficultés.

Si, au contraire, il s'agit d'une coutume gentilice, familiale et religieuse, si on interprète ainsi la défense primitive, cette interprétation permet de rendre compte de la disparition de cette interdiction en même temps que des autres usages gentilices et la peine ainsi portée par ces usages se rapproche singulièrement de la peine prononcée contre le mari qui divorce sans cause légitime, peine consistant dans la confiscation de la moitié de sa fortune. Ici, c'est également la moitié de sa fortune qui est confisquée. Il s'agirait sans doute d'une confiscation au profit du pouvoir public, d'après Denys d'Halicarnasse ; mais cette qualification est d'importance secondaire, car Denys d'Halicarnasse résume la source à laquelle il a puisé et il la rend volontairement vague ("entre autres peines, écrit-il, il y a celle-là"). Denys d'Halicarnasse a d'ailleurs l'habitude de transformer ses sources pour rendre son récit plus cohérent et pour le mettre en rapport avec les usages qu'il connaît, avec les usages de son temps.

Les interprètes modernes voient sans difficulté, dans les autres peines auxquelles il fait allusion, des

offrandes expiatoires pour réparer la faute religieuse qui a été commise et pour purifier de nouveau la famille ; offrandes qui sont faites aux dieux mêmes ; le produit de la vente des biens du mari était déposé dans un temple. Voigt, Leges regiae, pense à Junon, mais son hypothèse est basée sur un état postérieur des croyances ; c'est aussi aux dieux agraires qu'on pourrait attribuer cette confiscation. Rien ne nous permet de l'affirmer puisque le texte est muet. Mais il est inutile de chercher un autre dieu à qui l'appliquer.

Mais que cette sanction religieuse ait été la peine d'une faute prononcée par le droit sacré, qu'elle n'ait pas été confiée à l'autorité du roi, c'est ce que le texte de Denys d'Halicarnasse indique avec une assez grande certitude. Sans le vouloir, Denys nous indique qui étaient les juges, à qui incombait la surveillance du *paterfamilias*.

Le père de famille ne peut pas abandonner un de ses enfants sans l'avoir montré à cinq voisins, par conséquent à un tribunal composé de cinq voisins. Et ceux-ci devaient donner leur autorisation. Il ne s'agit donc plus d'une simple consultation comme dans le tribunal de famille, c'est la décision elle-même qui, en pareil cas, est bien réservée aux cinq voisins. Il s'agit donc d'une juridiction. Ce tribunal des voisins est chargé de surveiller l'observation de la prohibition religieuse qui défend au père de famille d'exposer ses enfants et qui l'oblige à les élever. On en conclura que c'est ce tribunal des voisins qui prononce la peine quand la prohibition est violée.

Que sont ces voisins ? Assurément, il ne peut s'agir des voisins de hasard, connus ou inconnus, que l'on peut avoir quand le groupement territorial n'a pour limite que la cité ou l'Etat, lorsque tous les citoyens sont mélangés sur le territoire par les hasards de l'habitation.

Mais ce terme reprend toute sa signification si l'on envisage l'état qui a été considéré plus haut comme l'état originaire. A cette époque, tous les gentiles étaient groupés dans les villages, *vici*, chaque gens autour de son village, avait un *pagus*, un territoire, et c'était de la culture de ce territoire que vivaient les membres de la gens. Le terme de voisin a une importance plus grande ; ce sont les gentiles, les autres membres de la communauté. En ce sens, de Franciscus et Ettore Pais, Histoire romaine. Ils indiquent d'autres exemples où nous retrouvons les gentiles : notamment les contestations primitives, avant d'être résolues par la juridiction civile, l'étaient par le serment et par les *cojuratores*, qui étaient auparavant les

Le tribunal
des voisins.

gentiles. Donc, tout déformé qu'il soit, le texte de Denys d'Halicarnasse nous permet de reconnaître dans la décision des voisins une vraie juridiction.

Le droit au
baiser, exem-
ple du con-
trôle des
proches sur
la conduite
des femmes.
Relation avec
la prohibition
de boire du
vin.

2° - Une seconde trace de la juridiction des parents c'est-à-dire de la gens, est fournie par une institution singulière, le jus osculi. Ce second indice est peut-être moins clair que le premier; les textes ne marquent pas qu'il s'agit d'une juridiction établie contre le père de famille. Mais l'important pour nous est que ce jus osculi est mis par tous les auteurs en relation directe avec la prohibition du vin.

Les auteurs qui en parlent ont perdu toute idée de la signification de ce jus osculi; ils le considèrent comme une singularité. C'est le droit, et en même temps l'obligation, pour les femmes mariées, de saluer non seulement leur mari, mais leurs parents proches, par un baiser sur la bouche, osculum, obligation restreinte aux parents jusqu'au 6ème degré (cousins issus de germains), à l'époque classique, Il existe donc non seulement vis-à-vis des agnats, parents par le mari, mais aussi vis à vis des cognats. Cette obligation est mentionnée par Polybe, Histoire romaine VI, 2, 6 et Athénée, X, 440 "La femme doit donner un baiser à ses parents et aux parents de son mari jusqu'au degré de cousins issus de germains, et elle doit le faire chaque jour quand elle les rencontre pour la première fois".

Ces deux auteurs, seuls, délimitent au sixième degré les parents qui ont droit à l'osculum. Les autres auteurs ne parlent que des parents en général.

Les femmes qui doivent le baiser sont les femmes honnêtes; les autres en sont dispensées; Cicéron, De Republica, IV, 6: "Atque etiam si qua erat famosa, cognati osculum non ferebant: Si la femme a une mauvaise réputation, ses cognats ne lui donnent pas le baiser.

Il s'agit d'une coutume religieuse: Servius, Ad Aeneid. I, 260: "Sciendum osculum religionis esse, suavium voluptatis: il faut savoir que l'osculum est une pratique de la religion, tandis que le suavium est une pratique de la volupté". (suavium est aussi le baiser avec les lèvres).

Explication
de la coutume
du baiser.

Quelle est l'explication de cette coutume singulière? Plutarque, Questions romaines, VI § 6, fournit quatre explications différentes, ce qui prouve qu'aucune ne le satisfait. Une première explication est tirée des légendes romaines. Cet usage se serait établi lorsque les Troyens qui fuyaient Troie sous la conduite d'Enée, abordèrent en Italie. Quand ils eurent débarqué à l'embouchure du Tibre, à Ostie,

leurs femmes, désespérées des fatigues interminables et des périls du voyage brûlèrent les vaisseaux en l'absence de leurs maris. Elles eurent peur de leurs maris et de leurs proches à leur retour et elles pensèrent désarmer leur colère en les entourant de caresses et de baisers; cet usage fut trouvé satisfaisant et fut conservé.

A cette explication légendaire Plutarque en ajoute deux autres rationnelles. La deuxième ne mérite pas davantage d'être retenue. Toujours d'après Plutarque, les femmes embrassaient leurs proches pour rendre manifeste aux yeux de tous, ce signe d'honneur et de considération, car elles montraient par ce baiser public qu'elles avaient de nombreux et d'honnêtes parents. C'était en un mot un usage des patriciens, des gentes distinguées.

La troisième explication paraît la plus vraisemblable à Plutarque parce que c'est la plus raisonnable: comme le mariage est interdit entre parents proches, mais que l'affection entre eux, jusqu'au 6ème degré, peut aller jusqu'au baiser, ce baiser est à la fois le signe et le privilège commun de la parenté; par suite il est permis jusqu'au degré de parenté où le mariage est prohibé. Aller plus loin serait contraire à la décence et à la pudeur de la femme honnête.

Mais il donne enfin une quatrième explication: C'est parce que Romulus avait interdit aux femmes de boire du vin et il leur était impossible de cacher qu'elles en avaient bu, d'abord parce qu'elles n'avaient pas la disposition de la cave et ensuite parce que, tous les matins, elles étaient obligées d'embrasser leurs parents quand elles les rencontraient la première fois. Par suite elles se gardaient de boire du vin, ne sachant pas qui elles rencontreraient au début de la journée.

Tous les auteurs qui citent cette coutume, la rattachent unanimement et uniquement à la prohibition de boire du vin. Polybe VI,2,3, qui est la source de Plutarque, se contente d'indiquer cette seule raison. Et Athénée, X,440, répète purement et simplement l'explication donnée par Polybe. Elle est fournie aussi par Caton l'Ancien, dont le témoignage nous a été transmis par Aulu-Gelle et par Pline l'Ancien. Pline, Histoire naturelle, XIV, 88, dit: "Non licebat id (temetum) feminis bibere...Cato ideo propinquos feminis osculum dare ut scirent an temetum olerent". "Il n'était pas permis aux femmes de boire du vin et c'est pourquoi, d'après Caton, les proches donnent un baiser aux femmes pour savoir si elles sentaient le vin".

La coutume
du baiser se
rattache à la
prohibition
de boire du
vin.

Même explication encore dans Aulu-Gelle X.23, " Qui de victu acque cultu populi romani scripsirunt, mulieres Romae atque in Latio aetatem abstemiae egisse, hoc est vino semper.... abstinuisse dicunt; institutumque, ut cognatis osculum ferrent, reprehendenti causa ut odor indicium faceret si bibissent: ceux qui ont écrit sur la nourriture et le culte des Romains disent que les femmes, à Rome et dans le Latium, étaient abstinentes toute leur vie, c'est-à-dire qu'elles s'abstenaient de boire du vin et il avait été établi qu'elles embrasseraient leurs parents pour être reprimandées quand l'odeur de leur haleine fournirait la preuve qu'elles avaient bu du vin".

On peut citer encore Tertullien, Apologétique, VI, 5 : "Cum mulieres vino abstinerentur..... id circo et oscula propinquis offere etiam necessitas eret ut spiritu dijudicarentur : les femmes s'abstenaient de vin. C'est pourquoi c'était une obligation pour elles de donner un baiser à leurs proches afin qu'on pût les juger par leur haleine".

Assurément ce jus osculi doit apparaître comme un signe de parenté. Mais à ce titre seul elle ne présente pas une grande signification. Nous ne pouvons pas repousser le témoignage unanime des auteurs et ne pas tenir compte de cette liaison établie par eux entre la prohibition de boire du vin et le jus osculi. C'est donc quelque chose de plus qu'un signe pur et simple de la parenté.

Plutarque faisait de cette prohibition de boire du vin une cause de divorce, car la femme avait ainsi commis une faute grave qui causait une souillure à la famille. Il faut donc interpréter ce jus osculi comme un acte de surveillance, comme un procédé d'investigation qui permet aux proches de se rendre continuellement compte de la manière dont la femme respecte la prohibition religieuse de boire du vin.

Ce jus osculi, pour les historiens de l'époque d'Auguste et pour ceux postérieurs, peut apparaître comme une bizarrerie dépouillée de signification, d'abord parce qu'il n'y a plus de prohibition religieuse, les croyances ayant changé, puis, parce que, en fait, à l'époque de ces historiens, il est permis aux femmes de boire du vin.

A l'époque où ils écrivent; ces historiens ne peuvent reconnaître la signification de ce texte parce qu'il ne peut plus être question de juridiction, au sens propre, des parents ayant le jus osculi. En effet, dans la famille, il ne subsiste qu'une seule juridiction, celle du père de famille. Les collatéraux n'en ont aucune.

Et cependant la liaison de cette tradition avec la prohibition faite aux femmes de boire du vin fournit une trace indiscutable de la juridiction des proches. Cette coutume, dit Caton, est instituée, *reprehendendi causa*, pour que la femme soit réprimandée, pour qu'elle soit jugée dit Tertullien. Pline l'Ancien, XIV, 13 et Tertullien nous disent qu'une matrone, ayant descellé les casiers où étaient conservées les clefs du cellier, fut condamnée à mourir de faim par ses proches; cette peine fut appliquée à une matrone, donc à une femme mariée et le texte n'ajoute pas qu'elle était veuve. Il y a donc une constatation importante, à cet égard, de ce droit de surveillance.

Cette tradition; qu'il est impossible de comprendre à l'époque républicaine, reprend donc toute sa signification pour l'époque antérieure, pour l'époque gentilice, parce que, à cette époque, a existé un pouvoir supérieur à celui du père de famille: c'est l'autorité de la gens qui contrôle le père et limite son autorité. Ce pouvoir de contrôle est donné aux autres membres de la gens.

Le droit
de surveil-
lance exercé
par la gens.

Nous arrivons donc à la même conclusion qu'après l'analyse du premier texte qui impose au père de famille l'obligation d'élever ses enfants. De cette donnée, nous tirons deux constatations:

1°- Ces usages gentilices paraissent ne pas avoir été placés sous la juridiction d'une seule personne, comme serait celle d'un chef de la gens ou comme est la juridiction royale. Il semble plutôt que ces usages sont placés sous la surveillance de la communauté, des cogentiles. Il s'agit d'un tribunal de plusieurs personnes. Mais, quelle que soit la manière dont sa composition est réglée, c'est le tribunal de la gens, c'est la communauté elle-même qui juge et elle est assez puissante pour que sa surveillance soit effective et sa juridiction efficace pour maintenir chacun de ses membres dans la stricte observation des règles traditionnelles et pour imposer une sanction.

2°- Le *jus osculi* montre la façon dont s'exerçait le droit de surveillance de la gens pour l'une des trois prohibitions rappelées par Plutarque, c'est un procédé employé de façon continue, il l'était tous les jours. Il permet d'ajouter un nouveau trait à ces usages archaïques: ce droit de surveillance implique la sanction lorsque la prohibition n'est pas respectée. Cette sanction, c'est sans doute la punition de la femme. Mais, pas plus que pour l'adultère, le texte ne semble viser en premier lieu une punition corporelle. Sans doute la femme peut être mise à mort mais, ce que vise le texte de Plutarque, ce n'est pas

cette sanction, c'est surtout la conséquence directe que l'inobservation de la prohibition produit sur le mariage: c'est la dissolution du mariage, il s'agit d'un cas de divorce.

Mais il semble que Plutarque, ou les sources auxquelles il a puisé, nous présente un peu inexactement le véritable état du droit ancien à cet égard; Plutarque a été certainement influencé par le droit postérieur. Il nous dit que : "La femme n'a pas le droit de quitter le mari; le mari au contraire peut répudier sa femme dans trois cas". Il serait plus exact de dire que, dans ces trois cas, le mari est obligé de répudier sa femme, parce qu'elle apporte dans la famille, par sa faute, une souillure que les autres membres ne peuvent pas tolérer: il y a un trouble dans l'état religieux de la famille, trouble qui entraîne une sanction. C'est donc un droit positif des gentiles d'imposer, dans ce cas, au mari la répudiation de la femme.

L'idée de contrainte est d'ailleurs tout à fait dans la norme habituelle de ces groupes fermés. La solidarité familiale impose aux membres de la gens une restriction assez grande de leur liberté; le père de famille lui-même doit subir cette restriction. Ce n'est qu'à la suite d'une évolution dans un sens plus individualiste que le père de famille devient plus libre: son autorité n'est limitée alors que par le censeur. Même à l'époque d'Auguste et de ses lois contre le divorce injustifié, il semble certain que, au cas d'adultère de sa femme, le mari est légalement obligé de divorcer: on ne lui laisse pas le choix au point de vue moral.

Puis, si le mari supporte l'adultère de sa femme, il est assimilé à un leno, c'est-à-dire à un proxénète, ajoutent les lois d'Auguste.

Nous arrivons donc à cette conclusion qu'il s'agit, dans les textes précités, de cas où la gens oblige le mari à divorcer, tandis que en dehors de ces cas, elle l'oblige au contraire à conserver sa femme.

3°- Spurius Cassius.

Nous terminerons ces explications par un rapprochement.

Nous comparerons la difficulté, les incertitudes, que trouvent les historiens modernes, au texte de Plutarque avec les incertitudes et les difficultés de même nature qu'ont trouvé les historiens romains anciens dans la tradition au sujet de Spurius Cassius et cela probablement pour les mêmes raisons, parce qu'ils avaient complètement oublié l'état des institutions antérieures de la gens.

Rapprochement avec la sanction infligée à Spurius Cassius.

Spurius Cassius fut trois fois consul, en 261 et 268 de Rome fondée. Ce fut lui qui, pendant son second consulat, consacra le temple de Cérès, en 261. Il prit une part active aux luttes politiques de son temps. La consécration du temple de Cérès est liée à la terminaison d'une secession de la plèbe. Il serait l'auteur d'une loi agraire qui partageait entre les plébéiens et les Latins les terres prises aux Herniques vaincus par lui et qui aurait aussi partagé les terres de l'ager publicus, occupées jusqu'à là par les patriciens. Cette réforme suscita naturellement une opposition des plus vives de la part des patriciens dépossédés. Ses deux successeurs au consulat le rendirent suspect au peuple et il fut accusé d'avoir aspiré à la royauté. Après son dernier consulat, en 268, il fut mis à mort, sa maison fut détruite et sur son emplacement on éleva un temple de Tellus. Ses biens furent confisqués et consacrés à Cérès. Avec le produit de la vente de ses biens une statue fut élevée dans le temple de Cérès. Cette statue était encore visible à l'époque historique et, sur elle, était gravée une inscription qui, d'après Tite-Live, portait : "Inscriptum : ex Cassiâ familiâ datum". D'après Denys d'Halicarnasse, il s'agissait d'une inscription qui indiquait de quels biens cette statue était l'offrande.

Les deux sources principales à consulter à ce sujet sont : Tite-Live, Liv. II, Ch. 41 et Denys d'Halicarnasse, Liv. VIII §§69 à 80. Entre ces deux auteurs il y a des différences, des changements et des contradictions, non seulement d'un auteur à l'autre, mais même dans l'intérieur du récit de chaque auteur. Ces contradictions rendent incertaines et difficiles l'interprétation, l'histoire de Spurius Cassius. Elle a été très étudiée par les historiens modernes depuis Niebühr, Histoire romaine, II, 190, Schwegler, II, 4.63; Mommsen Römische Forschungen II, 64, parmi les anciens. En ce qui concerne la loi sociale de partage des terres, une étude attentive des historiens les a conduits à y voir une anticipation sur les lois agraires des Gracques. Les détails donnés sur cette loi et sur la mort de Spurius Cassius paraissent inspirés par l'histoire plus récente et plus sûre des Gracques. On serait donc en présence d'un doublet historique et il ne serait pas possible de distinguer la nature de l'inculpation dirigée contre Spurius Cassius, ni la nature de sa loi agraire. On peut seulement voir, disent les historiens modernes dans les faits racontés et arrangés par les anciens un souvenir obscur rapprochant Spurius Cassius d'un mouvement agraire.

De même relativement à sa mise à mort, il y a discussion entre les historiens. D'après Tite-Live, II, 41 § 10 et Denys d'Halicarnasse, VIII, 79, I, il y a plusieurs traditions contradictoires à ce sujet. D'après une première, la mort de Spurius Cassius serait attribuée à son propre père, ce serait donc une condamnation résultant d'un *judicium domesticum*; le père aurait condamné son fils à mort, détruit sa maison et consacré ses biens à Cérès. — Pour Valère Maxime, V, 8, I : "Adhibito propinquorum et amicorum concilio: le père de famille se serait adjoint un conseil de proches et d'amis". — D'après Mommsen, c'est cette tradition qui serait la moins ancienne. D'autres historiens considèrent, avec plus de raison, que c'est la tradition la plus ancienne.

Cicéron, De Republica, II, 60, affaiblit cette première tradition: d'après lui, c'est le prêteur qui accusa Spurius Cassius d'avoir aspiré à la tyrannie, et son père, convaincu de la véracité de cette accusation, le tua.

Denys d'Halicarnasse, VIII, 79 § 3, donne une troisième version: la juridiction du père a disparu et ce sont les *quaestores parricidii*, magistrats publics, qui ont jugé et condamné Spurius Cassius, ordonné qu'il serait précipité du haut de la Roche Tarpéienne et qui ont consacré ses biens au temple de Cérès.

Aucune de ces versions n'est satisfaisante. Elles présentent toutes des incertitudes et des contradictions qui expliquent pourquoi aucune n'a pu être complètement adoptée. Mommsen a montré que la compétence en cette question des *quaestores parricidii* est insoutenable.

Il est difficile de croire à la juridiction du père. Les historiens prennent soin de préciser que c'est son pécule qui a été consacré à Cérès. Mais Spurius Cassius apparaît bien plutôt comme un père de famille d'après la seule donnée sûre de la tradition, c'est-à-dire l'inscription figurant sur le temple de Cérès: "Ex familia Cassia datum". Cette inscription emploie la désignation technique du patrimoine d'un père de famille. Jamais le pécule n'est appelé *familia*. C'est donc bien d'un patrimoine au sens originnaire du mot composé d'objets mobiliers (esclaves, animaux de labours, etc..) qu'il s'agit. Quant à la maison détruite sur l'emplacement de laquelle on éleva un temple à Cérès, on peut y reconnaître assez vraisemblablement un *heredium*.

Ainsi, par le rapprochement de cette histoire et de l'organisation générale de la gens, notre texte

Il reprend sa place et retrouve son sens. S'il a été mal compris, c'est que les auteurs de l'époque historique ne connaissaient plus l'état ancien de la gens.

En effet, s'il s'agit d'une consécration aux divinités de la gens, aux divinités telluriques, aux dieux agraires, cette consécration aux dieux agraires est faite par les gentiles dont le pouvoir s'est transformé plus tard en juridiction familiale. Mais alors, avec cette transformation, les contradictions apparaissent.

D'autre part, l'accusation de Spurius Cassius se place à la fin du III^e siècle. Or, la transformation de la propriété collective de la gens en propriété individuelle par la formation des tribus, transformation d'ordre social, s'est accomplie aussi à la fin du III^e siècle, vers 283. C'est donc dans cette période que s'est effectuée cette transformation agraire. Elle ne s'est pas accomplie sans des luttes plus ou moins violentes. Les auteurs ont très bien pu, en ayant oublié le souvenir, les transformer par anticipation en prenant pour modèle les luttes agraires de l'époque des Gracques.

Si nous invoquons notre hypothèse historique, nous constatons qu'elle rend admirablement compte de toutes ces difficultés: Spurius Cassius, qui était un homme nouveau a favorisé la lutte contre les gentes et la transformation de la propriété gentile. Mais ses réformes ont provoqué dans les gentes des réactions qui ont suscité finalement son accusation et sa condamnation à mort. Cette punition lui a été appliquée parce qu'il a été considéré comme un ennemi des gentes. On se trouve alors en face de la sanction habituelle: la consécration des biens du coupable aux dieux agraires, c'est-à-dire à Tellus et à Cérès.

De là résulte un dernier trait de notre institution: lorsque Plutarque parle de la confiscation des biens du père de famille, les auteurs modernes sont choqués de la disproportion entre le fait de divorcer injustement et l'énormité d'une sanction aussi grave que la confiscation de toute la fortune du mari. Mais, à l'époque de la gens, la disproportion était en réalité beaucoup moins grande, car cette fortune, cette familia, consistait simplement dans la possession de quelques esclaves et d'un certain nombre d'animaux. Malgré la confiscation, le père de famille reste toujours membre de la gens et il continue de participer aux biens les plus importants de cette gens, de sorte que rien ne l'empêchera de se remarier et de fonder une nouvelle famille.

Explication

L'explication du texte de Plutarque, Romulus ne serait pas complète si l'on n'ajoutait pas la fin

de la fin de
la phrase de
Plutarque.

de la phrase: « Τὸν δ' ἀποδομένον γυναῖκα θυεσθαι
χθονίοις θεοῖς »

Cette fin de cette phrase a donné lieu, comme le reste du texte, à des difficultés et à différentes interprétations. Les derniers auteurs modernes (Texte de P.F. Girard, p. 6 et Fontes juris romani de Bruns, p. 6) traduisent en latin la fin de cette phrase de la façon suivante: "Qui autem venderet uxorem diis inferis immolari: celui qui vend sa femme doit être immolé aux dieux souterrains". Cette interprétation est généralement acceptée depuis un article de Schlesinger publié dans la Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Tome VIII, 1859, p. 59, article dont les conclusions ont été adoptées par M. Girard, Nouvelle Revue historique 1887, p. 424 et par Trinchieri, Bulletin del Istituto de diritto romano, 1889 p. 228. D'après cette interprétation, il s'agirait d'une défense fait au mari de vendre sa femme, défense plus stricte que celle qui lui est faite de vendre son fils de famille d'après la loi de Romulus (puisque, après trois vente du fils, la seule conséquence est que le fils est libéré de la puissance paternelle; Denys d'Halicarnasse II, 26). La défense faite au mari de vendre sa femme entraînerait donc une peine plus forte.

Cette interprétation paraît choquante à M. Noles et voici la solution qui lui paraît la meilleure.

Le mot ἀποδοσθαι veut dire rendre, restituer, et même rejeter. Mais il a aussi le sens technique de vendre, dans la langue juridique. Plutarque n'est pas un auteur juridique, par suite ce sens technique ne s'impose pas ici. Le problème est donc de rechercher si ce mot a pu être employé par le texte dans le sens de "renvoyer sa femme". Ce n'est pas un sens usuel. Mais il faut remarquer que, dans la même phrase Plutarque a employé déjà trois synonymes du mot répudier.

Par suite, pour éviter une répétition, il a été obligé de trouver encore un autre mot pour dire la même chose et d'employer un mot plus rare. le verbe θυεσθαι est difficilement traduisible par un passif, être immolé. Le sens le plus naturel est moyen: sacrifier dans son propre intérêt.

Ce qui choque dans l'interprétation généralement admise c'est qu'on prête à Plutarque un véritable coq-à-l'âne. Dans la même phrase où il expose la loi de Romulus sur le mariage, sur les causes de divorce et sur les peines du divorce injustifié, il parlerait d'une loi défendant la vente de la femme. Ce passage à un autre sujet est prohibé par la texture même de la phrase. Il s'agit en réalité de

"Romulus établit aussi quelques lois, parmi lesquelles celle-ci est dure qui ne permet pas à la femme d'abandonner son mari, mais qui permet au mari de répudier sa femme pour cause d'empoisonnement d'enfant, de falsification de clés et si elle commet l'adultère; ordonnant que si quelqu'un renvoie sa femme pour une autre cause, la moitié de sa fortune soit remise à la femme, l'autre moitié consacrée à Cérès et que celui qui répudie sa femme offre un sacrifice aux dieux souterrains". En définitive, la première partie de la phrase expose la loi et ses dispositions; la seconde partie indique les sanctions, qui sont les suivantes: 1°- si le mari répudie sa femme en dehors des cas prévus, la sanction est la confiscation de tous les biens du mari, la moitié étant consacrée à Cérès. 2°- Si la répudiation a lieu dans les trois cas prévus, le mari doit offrir aux dieux souterrains un sacrifice. C'est un piaculum, une expiation due aux dieux mânes, aux ancêtres de la famille, parce que la famille a besoin d'être purifiée d'une souillure. La souillure résulte et de la faute de la femme, et du fait de la répudiation elle-même, suivant l'expression que nous avons vue au cas d'un mort dans la famille, la famille n'est plus pura. On offre aux mânes une truie praesentanei. C'est la même règle que celle qu'on observe tous les ans, aux fêtes de Cérès, on offre une truie precidanea aux mêmes mânes dans le cas où la famille n'aurait pas été purifiée.

Il s'agit ici d'un fait semblable : la famille doit être purifiée et cette purification s'opère par une offrande, un sacrifice dont Plutarque ne précise pas la nature et dont il serait arbitraire de vouloir dire s'il s'agit aussi d'une truie immolée.

Aucun auteur n'a fourni cette justification, faute d'avoir envisagé suffisamment le caractère religieux de la loi de Romulus et des sanctions qui y sont portées. Mais, avec cette explication, la fin du texte est en parfaite harmonie avec le caractère général de ce passage et donne à l'ensemble une parfaite signification.

Chapitre IV

JUDICIUM DOMESTICUM.

ne devien-
nent les
usages genti-
lices dans
la juridis-
ction familia-
le.

Le mari comme
la femme est
soumis à cer-
taines pro-
hibitions.

Après la consécration à Cérès, qui permet d'en-
trevoir les usages gentilices, il faut voir ce que
ces usages sont devenus dans la juridiction familiale.
Le chapitre précédent montre que les usages familiaux
de la gens sont assez différents de ce qu'ils vont
devenir dans la période suivante, période familiale
qui est mieux connue. Le lien conjugal est fort étroit
le mariage cum manu est un lien religieux et indisso-
luble. Il ne peut être dissous que par suite d'une
transgression de certaines prohibitions religieuses.
La tradition nous en a conservé trois, peut-être y
en avait-il davantage, car les tabous sont nombreux
et compliqués chez les peuples primitifs. Mais si
nous ne les connaissons pas tous ils se présentent
comme formant une liste limitativement fixée par les
usages et les coutumes de la gens, ils ne sont point
laissés comme dans la période suivante, à l'arbitrai-
re du mari.

Voici une deuxième différence : ce n'est pas
seulement la femme, c'est aussi le mari qui est sou-
mis à ces prohibitions. Le mari n'est pas juge, il
doit obéir aux prescriptions dont il s'agit. L'obser-
vation en est surveillée par la communauté gentilice,
par les autres pères de famille du groupe. Ils sur-
veillent et sanctionnent la transgression de ces rè-
gles. La communauté exerce sur ses membres une certai-
ne tyrannie. C'est là un phénomène général qu'on a
observé dans ces groupes unis par une solidarité fa-
miliale étroite autour de croyances religieuses. Le
respect des prohibitions établies est imposé par le
groupe. On retrouve des exemples semblables même à
notre époque, par exemple chez les Mormons en Améri-
que aux XVII^e, XVIII^e, XIX^e siècles.

La sanction de ces usages est une sanction pécu-
niaire : la femme qui est justement répudiée perd sa
dot. De même, si le mari répudie injustement sa
femme, il doit remettre la moitié de ses biens à cel-
le-ci. Il ne s'agit donc pas encore ici de la resti-
tution de la dot. D'ailleurs la dot de la femme ne
pouvait guère comprendre à cette époque que quelques
objets mobiliers, quelques esclaves, quelques animaux,
sa parure et ses vêtements.

Mais ces usages nous permettent de constater

même à cette époque primitive que le mari ne peut répudier sa femme sans cause, sans quelle ait droit à une réparation pécuniaire et c'est déjà le fondement de l'action rei uxoriae.

Transforma-
tion des usa-
ges gentili-
ces.

Ces usages gentilices vont se transformer, avec la ruine de la gens et la disparition de son autorité. Il est probable que la gens, comme organisme autonome, a commencé à disparaître dans les premières années de la République. La cause principale de sa ruine a été la transformation de la propriété immobilière, propriété qui, de collective au profit de la gens, est devenue la propriété individuelle de chaque père de famille, ceci entre 250 et 305. Car, à l'époque de la Loi des XII Tables, en 304, les Romains connaissent la propriété privée, le fundus.

En même temps s'est accrue l'autorité de la cité, mais la cité n'a pas recueilli les usages familiaux pour les transformer en lois civiles. Elle n'a érigé en lois que les usages civils et politiques, mais elle s'est arrêtée aux droits familiaux. L'autorité du père de famille reste donc seule en face de l'Etat. L'autorité du père s'est donc notablement accrue, il a acquis la liberté de répudier sa femme, il n'est plus soumis à la surveillance de la gens. Sa liberté s'est accrue encore par suite de l'usage, qui s'est établi à cette époque, du mariage libre, du mariage sine manu déjà connu à l'époque des XII Tables et ce mariage libre comporte, par son essence même, la liberté du divorce.

Seulement les idées morales et religieuses se modifient beaucoup plus lentement que l'état social. Quand celui-ci est bouleversé par une révolution politique, les mœurs basées sur les idées morales et religieuses antérieures persistent et suivent une évolution bien plus lente.

Le père est devenu juge suprême dans sa famille et sa juridiction familiale s'étendait à tous les membres de la famille. Mais les usages imposés par l'autorité de la gens continuent de régir la juridiction familiale; ils constituent une obligation morale pour le père de famille, obligation morale qui lui est imposée par les mores majorum. Ces mores majorum acquièrent vers cette époque dans la cité un représentant : le censeur, qui devient dans la cité la plus haute autorité morale et qui, après avoir été chargé simplement du cens, de l'inscription des citoyens sur le registre de l'impôt, devient un surveillant des mœurs de tous les citoyens, acquiert le regimen morum.

Nous allons suivre la persistance de ces usages dans la famille, leur transformation devant le

tribunal du père de famille. Ces usages sont maintenus par les mores, par le contrôle des proches et surtout par le censeur qui en impose l'observation et qui va créer une jurisprudence, jurisprudence d'où naîtra plus tard l'action rei uxoriae.

§ 1er-Le judicium domesticum.

Disparition
des sanc-
tions ancien-
nes.

La ruine de l'autorité de la gens a entraîné la désuétude des sanctions et de la consécration à Cérès. Dans le droit postérieur et dans les usages des familles, on ne trouve plus de trace de la confiscation de la moitié de la fortune du mari ni de la consécration à Cérès. Pas plus que l'on ne retrouve la sanction de la confiscation de la moitié de la fortune prononcée contre le père qui expose ses enfants. Ces lois disparaissent de l'histoire romaine parce que l'autorité qui les appliquait a disparu et qu'elles n'ont pas été recueillies par la juridiction civile. D'autre part, ces sanctions ne peuvent pas subsister dans les usages familiaux, car, d'assujetti, le père est devenu le juge et il ne peut bien entendu, se consacrer lui-même à Cérès.

La relation
de Denys
d'Halicarnas-
se.

Ce nouvel état nous est rapporté par Denys d'Halicarnasse, Histoire des antiquités romaines, II, 25. Dans ce chapitre Denys décrit ce qu'il considère comme la condition de la famille romaine primitive, il en place l'état à l'époque de Romulus. Il débute par l'affirmation qu'il n'y avait pas encore de juridiction civile relativement au divorce, ni au mariage, ni à la restitution de la dot. Et cette affirmation est acceptée par tous les auteurs. Il le dit au début du texte : "Romulus ne donna d'action en justice ni au mari contre la femme adultère ou contre la femme qui avait abandonné à tort son mari, ni à la femme qui se plaignait de mauvais traitements infligés par le mari ou d'un divorce injustifié, pas plus qu'il ne fit de loi pour la restitution ou pour le paiement de la dot".

Voilà le principe certain qu'il pose. Il décrit ensuite le mariage religieux, c'est-à-dire le mariage par confarreatio et la communauté complète de sacra qui en résultait pour le mari et la femme. Et sa première conclusion est que le lien entre les époux est si fort qu'il a rendu le mariage indissoluble. "Il imposa à leur union un lien de parenté indissoluble et ces mariages ne comportaient aucun divorce".

Il arrive ensuite aux dispositions rapportées par Plutarque et il les relate de façon à supprimer la contradiction entre cette tradition et la façon

dont il conçoit les usages primitifs : "Si la femme commet quelque faute, elle a pour juge celui qu'elle a offensé : il est arbitre de la grandeur de la faute. Et les parents jugent, avec le mari, de ces choses, parmi lesquelles sont l'adultère... et le fait de boire du vin. Ces deux fautes, Romulus a permis qu'elles fussent punies (de mort) comme étant les plus graves puisse commettre une femme.... Pendant longtemps, ces deux fautes excitèrent chez les Romains une colère implacable. Que cette loi sur les femmes fut excellente, la longue durée de son application en est le témoin. On est d'accord, en effet, sur ce point que, pendant 530 ans, aucun mariage ne fut dissous à Rome".

Dans la partie du texte où Denys d'Halicarnasse parle de l'adultère et du fait de boire du vin, c'est incontestablement la même tradition que celle rapportée par Plutarque. Mais il y a quelques modifications : la tradition est en effet transformée d'abord par la disparition de la sanction contre le mari, dont Denys d'Halicarnasse ne nous parle plus. Cette transformation était ici inévitable ; Denys d'Halicarnasse transforme les sanctions pour les rendre conformes à ce qu'il considère comme l'état ancien. La prohibition devient un des traits de la juridiction familiale et elle ne peut plus comporter de sanction contre le mari.

Il semblerait, en outre, que la sanction est profondément modifiée et que les cas rapportés par Denys d'Halicarnasse ne seraient plus considérés ici comme des cas justifiant la répudiation, susceptibles de motiver des peines pécuniaires contre la femme, mais ils apparaissent comme des cas où le mari exercerait son droit de vie et de mort sur sa femme.

Ainsi envisagé, le texte perd beaucoup de sa portée. Il est incontestable que ce sont deux cas où le mari a pu exercer son droit de vie et de mort, mais ils sont loin d'être les seuls. Beaucoup d'autres exemples sont cités par les historiens. Ils cessent de se présenter comme des cas limitativement fixés par la coutume. En outre, entendu comme se rapportant à l'exercice du droit de punir, ce texte n'est pas à sa place dans le récit de Denys d'Halicarnasse ; il rompt l'unité de ce récit. C'est seulement du mariage ou du divorce, et non du droit de punir que le texte s'occupait. Par sa place, c'est au mariage et au divorce que notre texte doit se rapporter.

Sa modification est-elle bien l'oeuvre de Denys d'Halicarnasse ? On peut l'expliquer en ce que, après avoir déclaré que le mariage était indissoluble, Denys aurait aperçu une contradiction dans l'énumération des causes du divorce. Il conclut, en effet, qu'il n'y a

éviter cette contradiction, il aurait rapporté les deux cas précités au droit que possédait le mari de tuer sa femme.

Mais il n'est pas certain que cette modification soit l'oeuvre de Denys d'Halicarnasse. Bruns, Girard, dans leurs textes, acceptent la leçon d'après laquelle le mot mort aurait été ajouté au verbe punir. Mais, dans les éditions de Denys d'Halicarnasse, parmi les manuscrits assez nombreux, ce texte, un seul, celui du Vatican, a ajouté ce mot mort ; tous les autres et les anciennes éditions ne l'admettent pas. Il est probable que ce mot est une addition postérieure d'un copiste, addition d'ailleurs assez naturelle car, en soi, elle rend le texte plus clair.

Mais si nous supprimons ce mot, comme n'étant pas dans le texte original, nous trouvons que le verbe employé, en grec $\zeta\eta\mu\iota\sigma\upsilon\nu$ veut dire punir dans le sens d'infliger une amende. Et l'ensemble du texte de Denys d'Halicarnasse se réfère ainsi à des peines pécuniaires encourues en cas de divorce. "Si la femme commet quelque faute, le mari est juge, avec le conseil des parents de la grandeur de la faute. Mais, parmi ces fautes, il y en avait deux, l'adultère et le fait de boire du vin, que Romulus ordonna de punir comme constituant les fautes les plus graves commises par une femme". Nous trouvons donc déjà ici, bien qu'imparfaitement indiquée, la distinction qui va dominer dans le droit postérieur, entre les fautes légères, mores leviores et les fautes graves, mores graviore. Aulu-Gelle, Nuits Attiques, X, 20, 3 dit, en rapportant une distinction faite par Caton : "Si la femme fait quelque chose de honteux, le mari lui inflige une amende. Au contraire, si elle commet l'adultère ou si elle boit du vin, le mari la condamne". Cette opposition entre les deux catégories de fautes a subsisté plus tard dans l'action rei uxoriae, où l'on retrouve, à propos des retentiones, la distinction entre les mores leviores (tout ce que la femme peut faire de mal) et les mores graviore (qui ne comportent plus que l'adultère). Il y a donc permanence de cette distinction.

Si nous rapprochons maintenant le texte de Denys d'Halicarnasse de celui de Plutarque, nous sommes conduits à dire que cette interprétation paraît la meilleure et la plus sûre car, grâce à la remise de ce texte en harmonie avec l'ensemble de ceux auxquels il appartient, on peut mieux comprendre la distinction indiquée par Denys d'Halicarnasse.

Il nous rapporte ce texte avec une obscurité qui est peut-être volontaire. Il l'a rendu plus vague à cause de la contradiction qu'il voyait entre l'indication des causes de divorce et l'affirmation, qu'il fait ensuite, qu'il n'y a pas eu de divorce à Rome

pendant 530 ans. Cette tradition a besoin, en effet, d'être expliquée. Il est certain qu'il y a eu des divorces à Rome avant l'année 530. Denys d'Halicarnasse s'est donc trouvé en face de textes un peu difficiles, qu'il ne comprenait plus ; il les a changés et plus ou moins modifiés. Mais en procédant ainsi, il les a rendus plus vagues. Cependant, en interprétant ces textes avec l'aide des précédents, nous retrouvons la même tradition, et il restera à voir comment elle s'est transformée.

A l'époque de Denys d'Halicarnasse, deux causes de divorce subsistent, mais l'avortement par ingestion d'un breuvage magique a disparu comme cause de divorce. Si la suppression de cette cause vient de Denys d'Halicarnasse, c'est parce qu'il n'y a pas un seul exemple, à Rome, d'une femme mariée mise à mort pour cette cause ; on ne la considérerait pas comme assez grave pour justifier la peine de mort. Mais voici l'explication la plus probable : à partir du moment où changent les croyances religieuses et morales, l'absorption d'un breuvage magique perd de sa gravité religieuse ; l'avortement n'est plus considéré comme une faute aussi importante de la femme ; il ne figure plus parmi les fautes les plus graves et il passe de la catégorie des *mores graviore*s dans celle des *mores leviores*, c'est-à-dire parmi les autres fautes de la femme appréciées par son mari. Dans cette seconde catégorie, l'avortement subsiste comme une cause de divorce.

§ 2 - Les formules du divorce.

Les formules
de divorce.

Le texte de Denys d'Halicarnasse nous prouve que la répudiation était un acte qui dépendait de la juridiction domestique. Le père de famille, assisté d'un conseil de parents et de proches, prononce un jugement qui doit être rendu certis verbis, à l'aide de formules solennelles ; Cicéron, De Oratore, 40,1,40. Ces formules, nous les connaissons. Elles nous ont été conservées de plusieurs sources ; Cicéron, Philippiques, 11, 28,69 : "Illam suas res habere jussit ; ex duodecim tabularum, claves ademit, exigit.... fecit divortium : il ordonna à celle-ci de prendre ses res, ses biens, d'après les XII Tables, il lui enleva les clefs, il la mit dehors et ainsi il fit le divorce".

Ces trois termes de la formule se retrouvent dans les autres textes. Le terme dominant est "res suas habeto, voilà tes biens" - Gaius, Digeste 24,2, loi 2 § I, de *divortiis* et *repudiis*. "In repudiis autem id est, renunciatione, comprobata sunt haec verba : Tuas res tibi habeto item haec : tuas res tibi agito". Dans la déclaration, ces paroles sont de règle :

"Reprends tes biens" ; ou encore celle-ci : "Emporte tes biens".

A cette formule de restitution des biens de la femme, était jointe une seconde, la réclamation par le mari de ce qui lui était dû et, avant tout, la restitution des clefs de la maison. Dans une comédie de Plaute, *Amphytrion*, Acte III, scène 2, vers 47, il est question d'un divorce et *Amphytrion* dit à sa femme : "Valeas, tibi habeas res tuas ; reddas meas : A-dieu, prends ce qui est à toi et rends-moi ce qui est à moi".

Enfin, à la fin de la formule, il y a une troisième partie : le mari chasse, exige, son épouse ; *Quintilien*, *Declamationes*, 262. : "Tunc repudiatam tu credis uxorem cum res suas sibi habere iussa est, cum egredi domo : alors on considère que la femme est répudiée quand le mari lui a ordonné de reprendre ses biens lorsqu'il lui a adressé l'ordre de sortir de la maison".

Dans le même sens, *Apulée*, *l'Ane d'or*, Liv. V : "Confestim toro meo divorte, tibi res suas habeto : va-t-en au plus vite de mon lit ; reprends tes biens".

De même *Martial*, *Epigrammes*, II, 105 : "Uxor vade foras : Epouse, va-t-en".

Enfin, *Juvénal*, dans ses *Satires sur les femmes*, *Satire VI*, vers 146 : "Collige, sarcinulas dicet liber-tus et exi". C'est la dernière déformation de la formule de la Loi des XII Tables, qui est devenue : "Ramasse tes frusques et va-t-en".

La formule la plus archaïque est donnée par *Varron*, *De lingua latina*, V° veteris : *Betere est ire, quod parere non poterat mulier, foras betere iussit : Betere veut dire s'en aller ; parce que la femme ne pouvait obéir, il lui ordonna de s'en aller.*

Je suis étonné que les auteurs modernes, sauf *Voigt*, *Leges regiae*, p. 582 et note 56 et *Cuq*, *Institution I* p. 65 n° 4, n'attachent pas plus d'importance à cette formule du divorce. Certainement à l'époque classique, à l'époque de *Juvénal*, alors que l'action rei uxoriae assure depuis longtemps, civilement, la restitution de la dot à la femme, ces formules ne sont plus que des formules et, si on essaie de leur trouver un sens, ce sens ne va peut-être pas plus loin que celui de *Juvénal* : "Ramasse tes frusques" entendu dans le sens d'objets personnels, vêtements, parures, objets mobiliers peu importants : Fais tes paquets. Mais pour l'époque primitive, ces formules prennent à mon avis, une tout autre signification. Ce sont des certa verba, des paroles consacrées. C'est la jussio du mari, son ordre, paroles très anciennes qui remon-
tent au moins à l'époque de la loi des XII Tables.

On peut donc les considérer comme étant l'expression consacrée du jugement du mari, du jugement du tribunal domestique.

Ces paroles contiennent une véritable liquidation de la communauté, le mari réclame ce que la femme détient. Avant tout, la restitution des clefs, qui constitue le symbole de l'autorité de la femme dans la maison. Par là le mari lui réclame tout ce qui lui appartient. Au besoin, il reprend les choses qu'elle a détournées et c'est de là qu'est sortie plus tard la *retentio propter res amotas*, de l'action *rei uxoriae*.

Restitution
par le mari
à la femme
des biens de
celle-ci.

Mais le mari remet en même temps à la femme ce qui est à elle, ses biens, *res suas*. En quoi consistent ces biens ? Est-ce déjà la restitution de la dot ? Pour essayer d'expliquer l'importance de la formule du divorce, nous pouvons nous appuyer sur les usages antérieurs. A l'époque précédente, le divorce est limité à trois cas. La femme coupable est renvoyée sans indemnité si elle est coupable d'une des trois fautes relevées comme causes de divorce. Mais si elle est renvoyée en dehors de ces trois cas, elle a droit à la moitié des biens du mari comme indemnité pécuniaire.

Mais nous avons vu qu'avec l'affaiblissement de la gens la consécration à Cérès et la confiscation de toute la fortune du mari ont disparu. Le mari acquiert alors la liberté de divorcer pour d'autres causes moins graves que les trois premières, mais les usages lui imposent de ne pas renvoyer sa femme en dehors des trois cas prévus, sans indemnité. Il peut lui remettre une partie des biens de la famille. Le mari détermine la quotité de ces biens. Il est possible que ce soit parmi ses biens personnels qu'il choisit ceux qui doivent être remis à sa femme. Il ne faut pas perdre de vue que la dot de la femme, à l'époque primitive, ne peut comprendre que quelques têtes de bétail, quelques esclaves et des objets mobiliers qui se sont confondus avec les autres objets mobiliers faisant partie du patrimoine du mari.

Mais, dès l'époque des XII Tables, s'est introduite une augmentation considérable de la fortune privée, par la possibilité de posséder à titre de propriété individuelle le *fundus*, la terre. Par suite, la dot de la femme, comme la fortune du mari, ont bénéficié d'un accroissement considérable ; la dot de la femme peut porter sur des immeubles et c'est dans cette période que, peu à peu, la restitution opérée par le mari s'est limitée au montant de la dot, non pas de toute la dot, mais de la partie de la dot que le mari

Source : BIU Cujas apprécie devoir rendre. Ainsi selon la gravité des

cas de divorce, le mari retient une partie de la dot et rend le surplus. Mais, tout en demeurant arbitre de ce qu'il doit restituer, l'usage lui impose l'obligation morale de rendre une partie de la dot. Cette jurisprudence est attestée par Aulu-Gelle, X, 23, où il rapporte un passage du livre de Caton sur les dot. Aulu-Gelle la présente comme étant la jurisprudence du juge après avoir été, auparavant, celle du tribunal domestique. Le résultat de cette appréciation du mari est donc la remise à la femme d'une partie de sa dot, c'est la remise de ses biens, des res suas.

Cette appellation désigne alors certainement la dot ; on en a la preuve dans la persistance de cette appellation technique : res. Quand le droit civil a sanctionné à son tour ce droit de la femme à la restitution, il a gardé la même appellation : res uxorias, expression désignant la dot ou plus exactement la partie de la dot que le juge estime le meilleur de rendre à la femme. Il ne s'agit donc pas d'une désignation nouvelle : le nom comme la chose ont été pris dans la juridiction familiale, dans la juridiction domestique. Par une transformation analogue à celle qui s'est produite quand l'action de la loi a été transformée en formule les mêmes termes ont servi et les mots "res tuas" sont devenus "res uxoria". La notion est devenue plus abstraite. L'analyse des jurisconsultes a dégagé la notion d'universalitas de la dot et l'expression a été employée au singulier. On parle dorénavant de la res uxoria. Mais cette expression désigne toujours le même objet : c'est ce qui est rendu à la femme.

Conséquences
de la transfor-
mation de la
jurisprudence
familiale.

La transformation dans la jurisprudence familiale s'est manifestée surtout par cette conséquence essentielle de donner au mari la liberté d'augmenter les cas de divorce et d'apprécier l'importance de la restitution qu'il devait faire à sa femme. Les nouvelles causes de divorce sont des causes légitimes, cependant elles ne sont pas aussi graves que les trois premières, ce sont des mores leviores par opposition aux mores graviores. De nombreux exemples en sont donnés par les historiens, notamment par Valère Maxime, VI, 3, 10 à 12. Il nous indique quelques cas de ces causes légitimes de divorce, qui ne sont pas cependant très graves. Caius Sulpicius Gallus répudia sa femme parce qu'elle s'était montrée en public le visage découvert - Quintus Vetus répudia sa femme parce qu'il l'avait vues'entretenir en public, dans la rue, avec une affranchie de mauvaises moeurs. - Sempronius fit subir à sa femme l'humiliation du divorce seulement parce qu'elle avait osé assister à des jeux publics à son insu.

Mais lorsque, en 530; Carvilius Ruga invoqua la stérilité de sa femme pour dissoudre son mariage, il fit un pas de plus et il prit, comme cause de la répudiation, un motif qui n'était pas une faute de sa femme : celle-ci avait une conduite irréprochable, mais elle était stérile. Aussi les historiens ont-ils conservé le souvenir de ce divorce comme le premier qui marque la date de l'abandon par les Romains de l'ancienne idée de l'indissolubilité du mariage. Ce fut le début d'une période nouvelle de liberté du divorce : le divorce est admis sans justification. Il en résulta que la législation civile dût intervenir et remplacer les anciens usages par lesquels la restitution de la dot n'était pas suffisamment assurée.

Mais le mari, en jugeant sa femme, ne juge pas sans garanties pour la femme et il y a en effet deux garanties en sa faveur : la nécessité d'un conseil des proches qui juge avec le mari ; - puis la surveillance du censeur.

§ 3 - Le conseil des proches.

Le Conseil des
proches juge
avec le mari.

Le mari est juge et arbitre de la restitution de la dot. En rendant cette dot, il n'exécute pas une obligation : la dot lui appartient et elle est à lui par une *causa perpetua*. Mais, comme juge domestique, il arbitre en équité ce qu'il considère comme juste de rendre à sa femme.

Ses pouvoirs d'arbitre ne sont pas arbitraires : les *mores majorum* lui imposent des limites et fournissent à la femme des garanties.

La première est l'obligation du mari de consulter le conseil des parents. Cette obligation est imposée au mari plus fortement pour la femme et pour le divorce que pour les autres personnes soumises à son autorité. Il n'y a pas de sanction à cette obligation, quand il s'agit de réunir le conseil pour les autres personnes de la famille. Au contraire, relativement à la femme, si le mari contrevient à cette obligation, il est frappé d'une sanction : le blâme du censeur. C'est ce que dit Valère Maxime, II; 9, 2 : *Horum severitatem, Valerius Maximus et Junius Brutus Bubulcus, censores, simili genere animadversionis imitati sunt Lucium enim Annum senatu moverunt quod, quam virginem in matrimonium duxerat, repudiasset, nullo amicorum concilio adhibito* : (Valère Maxime, relève des traits de la sévérité des censeurs dans l'exercice de leurs fonctions et il dit "M. Valerius Maximus et C. Junius Brutus Bubulcus, censeurs, imitèrent la sévérité de leurs prédécesseurs. Ils chassèrent du Sénat Lucius Annius, par-

ce qu'il avait répudié la femme qu'il avait épousée vierge, sans avoir réuni préalablement le conseil des amis".

Il y a donc obligation pour le mari de réunir ce conseil pour répudier sa femme. C'est une obligation morale sans doute, mais qui est placée sous la sanction du censeur, et elle entraîne la note d'infamie.

Composition
du conseil des
proches,
caractère in-
certain de cet-
te composition.

L'existence de ce conseil des proches est établie par d'assez nombreux textes des historiens; mais ils nous renseignent mal sur les fonctions et surtout sur la composition de ce conseil. Il en est ainsi d'abord probablement parce que l'institution elle-même étant réglée par les mœurs, elle devait donc manquer de précision. Puis le caractère un peu flottant de ce conseil vient de ce que le mari le composait comme il l'entendait. Ce conseil a toujours été plus large qu'un conseil de famille au sens propre, ne comprenant que le père et ses agnats. Il était plus large parce que, en définitive, c'était la survivance du conseil de la gens.

Cependant les historiens ne nous conservent aucune trace de son caractère gentilice. D'après les exemples donnés, il peut comprendre des parents, des cognats, des proches en général et enfin même des amis. Les expressions qui en désignent les membres sont employées sans aucune raison les unes pour les autres. Par exemple Denys d'Halicarnasse, 2, 25 et IV, 66 parle de *συγγενεις*, mot traduisible aussi bien d'ailleurs par les membres de la même gens, par agnats ou par cognats. Mais il est peu probable que ce soit le sens de gentiles auquel s'est attaché Denys d'Halicarnasse, cette expression désigne d'une façon plus générale à son époque des parents.

Le terme général de proches nous le trouvons encore dans Tacite, Annales, XIII, 32 : "Aulus Plautus jugea sa femme qui était accusée d'avoir adhéré à une superstition étrangère et il la jugea *prisco instituto*, *propinquis coram* : en présence de ses proches. Elle fut d'ailleurs acquittée par lui. — Tacite, Histoires, II, 50; Valère Maxime, VI, 38, se servent du même mot propinqui.

Mais d'autres textes parlent de cognats, donc des parents par le sang de la femme : Tite Live, 38, 18, Epitome (résumé) du Livre 48, Valère Maxime, VI, 3, 7.

D'autres textes, par exemple Plaute, Stichus, Acte I, scène 2, parlent d'un conseil d'amis: "Mihi auctores amici ut vos hinc abducatur domum: Mes amis me conseillent de vous reprendre à la maison".

pos de Lucrèce il parle d'amis là où Denys d'Halicarnasse avait parlé de parents .- D'autre part ce sont bien des amis que Valère Maxime, II.9.2. signale comme composant le conseil. C'est d'un conseil d'amis également que parle Aulu-Gelle, XVII, 21, à propos du divorce de Carvilius Ruga, le premier divorce qui fut prononcé pour cause de stérilité.

Enfin Valère Maxime, VI,1.1. désigne aussi bien des amis que des parents comme faisant partie du conseil sous le vocable de *necenarii*.

Cette incertitude provient d'abord du pouvoir arbitraire du mari de composer ce conseil comme il l'entend. Mais elle provient davantage encore de l'incertitude de la tradition, qui n'était pas fixée sur la composition du conseil dont il s'agit. La tradition conservait le souvenir très net que ce conseil était un groupe plus large, plus étendu que le groupe de la famille. Cette tradition doit être interprétée dans ce sens, parce que, si l'on admet, pour l'époque historique, que le mari est le seul juge assisté d'un conseil consultatif, il y a cependant dans nos textes, des traces indéniables d'une véritable juridiction de ce conseil : M. Girard, Organisation judiciaire des Romains, p. 37, a relevé ces traces au sujet des femmes *sui iuris*, donc des femmes non mariées, mais cette tradition et ses survivances s'appliquaient ainsi même aux femmes mariées Tite-Live 39, 18 et Valère Maxime VI,3.7. nous disent que les femmes compromises dans la conjuration des Bacchanales et qui n'étaient pas in manu furent livrées à leurs parents, à leurs cognats pour être exécutées. D'autre part, Tite-Live, Epitome du Livre 48, dit que Publilia et Licinia accusées d'avoir fait périr leurs maris, furent mises à mort par décret de leurs cognats. Il s'agit ici de femmes non mariées. Mais Tibère nous parle de matrones c'est-à-dire de femmes mariées qui se prostituaient Suetone Tibère, § 35 : "*Matronas prostratae pudicitiae quibus accusator publicus deesset ut propinquis more majorum de communi sententia coacererunt auctor fuit*." A l'égard des matrones qui se prostituent, il ordonna que, à défaut d'accusateur public, ce seraient suivant l'usage ancien, leurs proches qui les puniraient en vertu d'une sentence rendue en commun. Ce sont les maris de ces femmes qu'Auguste veut faire condamner comme proxénètes comme lenones.

Ce qu'il fit pour la prostitution, Tibère le fit aussi pour l'adultère; Tacite, II,50: "*Liberavit Apuleiam lege maiestatis; adulterii graviorem poenam deprecatus ut exemplo majorum propinquis suis ultra ducentessimum lapidem removeretur, suavit*." Tibère fit absoudre sa cousine Apuleia du crime de lèse-majesté.

et il demanda qu'on adoucît pour elle le châtiement de l'adultère. Il conseilla qu'elle fut condamnée par ses proches, suivant la coutume des Anciens, à être éloignée de Rome à une distance de deux cents milles". Les cognats et les amis du tribunal domestique n'ont pas et ne peuvent avoir de juridiction propre sans le mari ou même contre lui. Mais il faut voir ici sans aucun doute, le souvenir de l'ancienne juridiction de la gens, qui subsiste ainsi sous ce nom général et vague de conseil des parents du mari.

Une seconde garantie, plus stricte, en faveur de la femme, est tirée de la surveillance du censeur.

§ III- Surveillance du censeur.

La deuxième garantie de la femme est l'intervention du censeur. C'est la première intervention des autorités de la cité dans la surveillance des institutions familiales. C'est une nouveauté.

La création
de la censure
et des fonc-
tions du cen-
seur.

Dans une certaine mesure le contrôle du censeur va remplacer celui de la gens, au moment où celle-ci s'efface, au début du IV^e siècle. C'est en 311 ou en 319 de Rome fondée que la censure est créée.

La censure eut un début très modeste. Les deux censeurs magistrats élus, furent créés pour décharger les consuls du soin d'opérer le recensement des citoyens, qui se faisait à chaque lustre, tous les cinq ans. Le roi d'abord, les consuls ensuite, enfin les censeurs dressent la liste des citoyens et les répartissent entre les différentes classes selon l'état de leur fortune : les sénateurs, les chevaliers (ce sont les deux classes les plus imposées), puis les cinq classes de citoyens. Une dernière classe comprend les *aerarii* ou prolétaires, c'est-à-dire les gens sans fortune, appelés, au début cives sine suffragio, parce qu'ils ne sont inscrits dans aucune des tribus. Plus tard ils furent massés dans les tribus urbaines.

Les pères de famille font leur déclaration tous les cinq ans et ils font inscrire leurs fils devenus pubères comme nouveaux citoyens sur les listes. Le but de cette inscription est d'assurer le paiement de l'impôt et le service militaire. Toutes les déclarations faites par les citoyens devant le censeur sont confirmées par le serment de dire la vérité dans la mesure de ses forces. Notamment les citoyens doivent déclarer s'ils sont mariés ou non. Aulu-Gelle, Nuits attiques, IV, 20, 3, rapporte les paroles de la question qui leur était posée par le censeur : "Verba ita con-

formule était ainsi conçue: Et toi, réponds selon ta conscience: es-tu marié ?"

Cicéron reproduit plus correctement, semble-t-il cette formule: "Ex tui animi sententia tu uxorem habes ? En ton âme et conscience es-tu marié ?"

Aulu-Gelle cite une anecdote relative à la façon dont le censeur entendait s'acquitter de sa mission. Alors qu'il était censeur, Caton, suivant l'usage, faisait prêter serment aux citoyens. Or celui qui était appelé à prêter ce serment était un mauvais plaisant. Pour exciter le rire de l'assistance, il répondit, faisant une sorte de calembour "Habeo equidem uxorem, sed non Hercule ex animi mei sententia. J'ai une épouse, mais, par Hercule, pas à mon goût". Pour cette réponse déplacée, ce mauvais plaisant fut relégué par Caton dans la classe des *aerarii* qui motiva son arrêt sur l'inconvenance de la plaisanterie en sa présence.

a surveillan-
e des mœurs
ar le cen-
eur.

La fonction du censeur est en apparence peu importante. Cependant, c'est à l'occasion des déclarations qui lui sont faites que cette magistrature acquiert toute sa portée. Elle finit par devenir la plus haute de la République. Le censeur a sous sa juridiction tous les citoyens, même les sénateurs et les consuls. Il acquiert le droit d'interroger chaque citoyen sur sa façon de vivre, sur ses mœurs. Il n'a peut-être pas eu ce droit dès le début, il n'en est pas question pour les lustrations des rois et des consuls. La gens remplissait son office. Tite-Live dit que le censeur acquit ce droit postérieurement à la création de sa magistrature; Tite-Live, IV, 8.2: "Idem hic annus censurae initium fuit, rei a parva origine orta, quae deinde tanto incremento aucta est ut morum disciplinaeque romanae penes eam regimen. Cette même année (312) vit l'établissement de la censure, dont l'origine fut peu considérable, mais qui bientôt prit un tel développement que la direction des mœurs et de la discipline romaine tomba toute entière entre ses mains".

Dès 319, dès la deuxième censure, on trouve des exemples de cette surveillance des mœurs par le censeur, à l'occasion de l'inscription des citoyens sur les listes et des déclarations qu'ils lui font à ce sujet.

Le censeur peut poser toutes les questions qu'il veut, sans restriction ni limite, car il n'est arrêté par aucune règle, tandis que le préteur est arrêté par les limites du droit. Varron, VI, 71, oppose le *ensorium judicium ad aequum* au *praetorium jus ad legem*: le droit du censeur en équité, le droit du préteur d'après la loi.

Assurément l'examen du censeur est principalement dirigé par des considérations politiques. Il porte sur la façon dont le citoyen remplit ses devoirs envers l'Etat. Mais il peut porter ses investigations sur toute la vie privée du citoyen jusque dans le détail le plus intime.

Une limite est cependant apportée à son pouvoir. Le censeur ne surveille pas directement les femmes. Il ne peut les noter d'infamie, il ne peut les atteindre que par l'intermédiaire de leur mari, en blâmant celui-ci de son excès d'indulgence ou, au contraire, de son excès de sévérité pour sa femme. La raison en est que sa juridiction s'exerce à propos de la liste des citoyens qu'il dresse: or les femmes ne sont pas inscrites sur cette liste.

Application
de la juridic-
tion censo-
rienne.

Des applications multiples de la procédure censorienne sont fournies par les historiens, mais seulement à titre d'exemples, qui à aucun degré, ne forment une liste limitative. On ne trouve nulle part d'énumération des cas censoriens. Mais les exemples cités permettent de comprendre le fonctionnement de l'institution. Les censeurs surveillent les mœurs des citoyens, les mœurs publiques d'abord, la façon dont les citoyens remplissent leurs devoirs de citoyen et de soldats: à cet égard non seulement le censeur examine les fautes disciplinaires concernant le recrutement, les congés, mais il apprécie aussi le courage des citoyens devant l'ennemi. Il exerce sa surveillance sur les fonctionnaires de l'Etat, d'abord sur les fonctionnaires subalternes, sur la façon dont ils exercent leurs fonctions puis sur tous les magistrats, même supérieurs. Le censeur apprécie la façon suivant laquelle le consul a géré son consulat. Il peut noter d'infamie le consul si celui-ci a proposé des lois injustes, s'il a exercé arbitrairement son pouvoir de vie et de mort sur les citoyens, s'il a exercé injustement son pouvoir de commander et s'il s'est laissé corrompre.

Cette surveillance s'exerce également, vis-à-vis des simples citoyens, sur la façon abusive dont ils ont exercé leurs droits civils, par exemple leurs fonctions de jurés dans un procès, leur droit de vote, s'ils n'ont pas usurpé les insignes d'un rang qu'ils ne possédaient pas. Il examine aussi si les citoyens n'ont pas été condamnés au criminel, s'ils n'ont pas subi au civil des condamnations que le censeur considère comme infamantes. Il examine encore si les citoyens ont manqué de probité, de foi dans leurs relations privées.

Relativement à la vie privée et aux relations

Source : BIU Cujas famille des citoyens, le censeur apprécie la ma-

nière selon laquelle les citoyens célèbrent le culte des ancêtres, il recherche s'ils ne négligent pas l'entretien des tombeaux de famille et leurs devoirs envers leurs proches. Il blâme la mauvaise administration de leur fortune et la dissipation de leurs biens. Il s'élève aussi contre le luxe. Enfin il surveille l'exercice de la puissance domestique. Dans toutes ces matières, il s'attache à assurer le respect des coutumes des Anciens.

En ce qui concerne la puissance domestique, les censeurs remplacent l'ancienne surveillance de la gens et répriment tous les abus de la puissance domestique, envers les esclaves, envers la femme et les enfants, soit que le mari se soit montré trop indulgent, soit au contraire qu'il ait été trop sévère. D'après Denys d'Halicarnasse, XX, 13: "Les Romains, ouvrant la maison tout entière et faisant entrer le pouvoir des censeurs jusque dans la chambre à coucher, soumirent à son examen et à sa surveillance tout ce qui se passait à l'intérieur de la famille. Les censeurs estimaient que le maître ne devait pas se montrer cruel dans les châtements des esclaves, que le père ne devait pas se montrer trop dur ou trop faible dans l'éducation de ses enfants, le mari trop injuste dans le traitement de son épouse".

Cicéron, *De Republica*, IV, 6, dit: "Censor viros doceat moderari uxoribus: que le censeur enseigne au mari à se montrer juste vis-à-vis de son épouse".

Nous trouvons ici le principe général soumettant les relations du mari et de sa femme à la surveillance du censeur. De ce principe Valère Maxime montre une application concernant le divorce, II, 8, 2: "Les censeurs de l'année 447 expulsèrent du Sénat Lucius Annius, parce qu'il avait répudié sa femme qu'il avait épousée vierge, sans avoir réuni le conseil des amis". Cet exemple est suffisant pour prouver la surveillance exercée sur le mari sur le conseil de famille et sur leurs décisions. On ne trouve pas d'autres exemples directs de ce contrôle du censeur sur notre matière. La juridiction de ce magistrat nous est beaucoup moins connue que celle du préteur. Il jugeait en effet toujours en équité, sa jurisprudence n'a donc pas été codifiée comme celle du préteur. Le censeur disparaît dès la fin de la République. Dans les dernières années de la République, on n'élit plus le censeur.

Il est incontestable que la pensée dominante du censeur est de déterminer l'honorabilité civique des citoyens, ou plutôt les cas où le citoyen manque à cette honorabilité. Suivant la terminologie technique

probrum tout acte honteux. Cet acte entraîne l'ignominie, l'infamie censorienne. C'est ce que dit Cicéron de legibus, III, 7 : "Censores mores populi regundo probrum in senatum ne relinquunt : que les censeurs régissent les mœurs du peuple et qu'ils ne laissent pas d'opprobre dans le sénat".

D'après Pline, Histoire naturelle, XVIII : "Agrum male colere, censorium probrum judicabatur : Mal cultiver un champ est jugé opprobre censorien".

Salluste, Catilina, XXIII, s'exprime de la même façon : "Curius, quem censores probri gratia senatu moverunt : Curius, que les censeurs rayèrent du Sénat pour cause d'opprobre".

Comment ce probrum est-il constaté ? En principe au moment de la constitution des listes. Il y a là une différence avec la juridiction du préteur, car la peine est prononcée seulement tous les cinq ans. Puis elle est prononcée en principe, seulement à l'égard de ceux qui se présentent lors de la déclaration quinquennale. C'est un trait caractéristique de cette peine, et ne sont soumis à la surveillance du censeur que ceux qui sont inscrits sur les listes : avant tout, les sénateurs et les magistrats, puis les citoyens titulaires d'une certaine fortune. - Toutefois, le censeur peut les juger même s'ils ne se présentent pas. Il peut, en effet, les faire comparaître, pour les censurer, dans un cas particulier qui a été porté à sa connaissance. Ce jugement comporte véritable procédure contradictoire, à laquelle l'intéressé était cité par une jussio du censeur. Veilleius Paterculus, p. 60 : "Censores Lepidum adesse jusserunt : les censeurs donnèrent ordre à Lépide de se présenter". L'accusation est généralement formulée par un tiers. C'est l'accusateur. C'est encore une trace de la surveillance réciproque des citoyens, puisque, en principe, il faut une dénonciation pour que la procédure puisse s'appliquer. Si l'accusateur ne se présente pas, le censeur passe outre et n'examine pas en général le cas dénoncé. Le censeur peut d'ailleurs être lui-même accusateur. Un tiers défend l'incriminé, qu'il assiste en qualité de conseil, d'avocat, pouvant plaider pour l'accusé.

Il y a donc un débat contradictoire et le censeur ne statue que causâ cognitâ, après avoir examiné les circonstances de l'affaire. Seulement la qualification du délit censorien, la procédure et le jugement ne dépendent que de l'arbitraire du censeur et non de la loi. Ces formes ne sont pas toujours strictement observées surtout à la fin de la République.

Ce jugement du censeur est un judicium de mori-

Le *judicium*
de moribus.

"*Judicium arbitrumque de famâ hac moribus* : Tite Live cite dans ce passage un jugement censorien et il dit que c'est un jugement sur la réputation et les mœurs. - Aulu-Gelle, XIV, 2,8, oppose le jugement du juge au jugement du censeur : "*Rem enim de pecunia petenda apud judicem privatum agi, non apud censorem de moribus*: La cause (dont il s'agit) est portée devant le juge privé pour une réclamation pécuniaire et non pas devant le censeur au sujet des mœurs". - Même affirmation dans Varron, VI,7,71 : "*Judicium censorium ad æquum*".

Ainsi les auteurs parlent de *judicium*. Cependant ce n'est pas un *judicium* au sens légal du mot, un *judicium civile*, qui est une sentence portant sur un point de droit et comportant une condamnation pécuniaire. Le *judicium censorium* n'a pas l'autorité de la chose jugée; Cicéron *Pro Quintio*, 40.2.II7 : "*Sequitur id quod illi judicium appellant, majores autem nostri nunquam neque judicium nominarunt neque ut rem judicatam observarunt animadversionem atque auctoritatem censoriam* : Il s'ensuit que, ce que ceux-ci appellent *judicium*, nos anciens ne l'appelaient pas ainsi et il ne considéraient pas comme une chose jugée le blâme et l'autorité du censeur".

L'infamie cen-
soriale.

La condamnation prononcée par le censeur était simplement une note d'infamie qui frappait d'infamie censorienne en conséquence celui qui en était noté était chassé de son rang, il était rayé par exemple de la liste des sénateurs ou de celle des chevaliers, la même mesure était prise ainsi de suite dans toutes les classes et le citoyen rayé était rejeté parmi les *aerarii*, c'est-à-dire parmi ceux qui n'étaient pas inscrits sur la liste du cens et qui étaient privés du droit de suffrage. Cicéron, *De Republica*, IV. 6, : "*Censoris judicium nihil fere damnato nisi ruborem adfert: itaque ut omnis ea judicatio versatur in nomine adimadversio illa ignominia dicta est* : Le jugement du censeur n'inflige à celui qu'il condamne d'autre châtiment que la rougeur du blâme et, comme l'arrêt du censeur ne porte que sur un nom, on l'appelle l'ignominie". - Tite-Live, 42.10.4 : "*Omnes quos senatu moverunt, quibus equos ademerunt, aerarios fecerunt et tribu moverunt* : Tous ceux qu'ils chassèrent du Sénat, à qui ils enlevèrent leur cheval public, furent éliminés de leur tribu et mis parmi les *aerarii*."

Cette note d'infamie dure cinq ans, elle peut être révisée par le censeur suivant. C'est donc une condamnation dont la rigueur dépend de l'opinion et du prestige dont jouissait celui qui l'infligeait.

Cette institution perd de son autorité avec la démocratisation de la République romaine et l'abaissement des mœurs. Lorsque l'empire des mœurs devint moins tyrannique dans la cité agrandie, dans un état social plus individualiste, la censure s'effaça. Elle est parfois remplacée par la juridiction du préteur, plus rigoureuse en un certain sens dans ses décisions, parce que la condamnation a plus de durée surtout parce qu'elle s'attaque à la fortune: le préteur prononce en effet des condamnations pécuniaires.

Le censeur intervient donc dans les familles: il intervient notamment à propos du divorce, il surveille la façon dont les usages sont respectés, la façon selon laquelle le conseil de famille est réuni. Il apprécie, en un certain sens, les causes de divorce alléguées par le mari dans son *judicium domesticum*, il examine s'il n'y a rien de contraire dans ces causes, à l'honorabilité du mari. Nous n'avons pas de renseignements directs plus précis. Notamment nous n'avons aucun texte sur le point de savoir si le censeur surveille la restitution de la dot et la quotité à restituer à la femme. Cependant on peut conjecturer que cette surveillance a existé. Nous ne pouvons conjecturer sur l'autorité des textes postérieurs du début de l'époque de la restitution de la dot et des actions civiles. Grâce à ces textes, nous pouvons non seulement conjecturer la surveillance du censeur, mais aussi reconnaître les modalités de cette surveillance et les usages dont elle entendait assurer le respect.

Ces usages sont ceux qui sont passés dans les premières actions civiles. Cette conjecture s'appuie sur le témoignage formel de ces textes qui parlent, en ces matières, du censeur. Elle s'appuie également sur le nom donné aux actes de la femme qui sont réprimés et au jugement qui est prononcé. Ces textes parlent, à propos des actions civiles, de coercitio morum, du *judicium de moribus* et, pour la femme, d'un probrum. Ce sont tous des noms techniques qui désignent la surveillance et la juridiction du censeur, et dans ces diverses actions, le juge est à la place du censeur. C'est donc que, dans le droit civil, ces actions civiles viennent à la juridiction domestique, mais par l'intermédiaire du censeur, dont elles ont conservé les noms.

Pour examiner ce point, il faut anticiper un peu sur les actions civiles et étudier le chapitre d'Aulu Gelle, qui forme une sorte de conclusion des pratiques indiquées par Plutarque et par Denys d'Halicarnasse, Aulu-Gelle *Nuits attiques*, X. ch. 23. Ce chapitre 23

commence par rappeler que les femmes ne buvaient pas de vin à Rome et qu'elles devaient donner un osculum à leurs proches pour le contrôle de cette défense. Il continue: "Sed Marcus Cato non solum existimatas sed mulotatas quoque ab iudice mulieres refert, non minus si vinum in se quam si probum et adulterium admisissent. Verba Marci Catonis adscripsi ex oratione quae inscribitur de dote, in qua quoque scriptum est in adulterio uxores deprehensas jus fuisse maritis necare. "Vir, inquit, cum divortium facit, mulieri iudex pro censore est; imperium quod videtur habet. Si quid perverse tetraque factum a muliere mulatur. Si vinum bibit, si cum alieno viro probri quicquid fecit, condemnatur: Mais Marcus Cato avance que, pour avoir bu du vin, les femmes étaient non seulement réprimées, mais même condamnées à une amende par le juge, avec non moins de sévérité que si elles avaient commis une action honteuse (un opprobre) et un adultère. J'ai rapporté les paroles de Caton dans son traité sur la dot, traité dans lequel il est aussi écrit que le mari a le droit de tuer son épouse surprise en adultère. Quand le mari fait le divorce, dit Caton, le juge est, à l'égard de la femme, à la place du censeur: il a une sorte d'imperium. Si la femme commet quelque chose de répréhensible et de honteux, elle est frappée d'une amende. Si elle boit du vin, si elle commet un opprobre avec un autre homme, elle est condamnée".

Tel est ce texte, très important, parce qu'il nous fournit un témoignage de Caton l'Ancien. C'est à ce titre et non parce qu'il est rapporté par Aulu-Gelle qu'il présente de l'importance, car Aulu-Gelle n'était pas un juriste.

Les paroles qu'il rapporte doivent être prises dans leur sens juridique, car Caton l'Ancien était un jurisconsulte de grande valeur, qui connaissait parfaitement le droit de son temps. En face de ce texte surgit une première question, discutée par les auteurs modernes: quel est le juge? D'après notre traduction, cette question ne se pose pas. Cependant est-ce le mari ou un juge civil? Les auteurs modernes discutent à cet égard. En effet, si l'on fait abstraction de la première partie du texte, et si l'on prend seulement les paroles de Caton citées par Aulu-Gelle, on peut traduire de la façon suivante: "Vir, inquit, cum divortium facit, mulieri iudex pro censore est: "Le mari, dit Caton, quand il fait le divorce, est juge, à l'égard de la femme, à la place du censeur, ou comme un censeur". Les nombreux auteurs modernes qui ont cité ce texte sans l'étudier en lui-même, comme on le fait trop souvent dans les traités généraux, se par-

En cas de
faute commise
par la femme
quel est le
juge?

tagent en deux clans: les uns admettent que le juge est pro censore, les autres préfèrent la seconde traduction, qui fait du mari le juge de la femme.

Entendu dans ce dernier sens, ce texte viserait la juridiction du père de famille, le tribunal domestique. S'il en est ainsi, c'est même, de tous les textes à cet égard, le plus net, le plus précis et le plus décisif et aussi le plus circonstancié sur cette juridiction du père de famille.

Les auteurs des ouvrages fondamentaux sur la dot, Bechmann et Czycharz, sont d'avis différent. Le premier, Dotalrecht, Tome Ier, p. 74, estime qu'il s'agit d'un juge. Le second, Dotalrecht, p. 77, est au contraire, d'avis qu'il s'agit du mari. Cette controverse a été tranchée par Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, ouvrage d'une documentation très riche mais aussi très confus, Tome II, p. 212. Karlowa prend parti avec autorité: "On doit sans aucun doute, écrit-il, être de l'avis de ceux pour qui le judex est le mari". Son opinion a été suivie par la plupart des auteurs modernes, notamment par Girard, Manuel, 8ème éd. p. 1011, note I. Il s'agirait donc d'un *judicium domesticum*.

Cependant Esmein, *Nouvelle Revue historique*, 189 p. 149, n° 3, dans son article sur la nature originaires de l'action rei uxoriae, tout en suivant l'avis général, ajoute: "Cependant le sens naturel du texte paraît être celui-ci: le juge quand le mari répudie sa femme a les pouvoirs du censeur".

Enfin Mommsen, en bon latiniste donne purement et simplement la traduction qui est la nôtre dans son Droit Public, Tome IV, p. 54, n° 40 et il estime qu'il est question d'un vrai juge civil. Bonfante Corso de *diritto romano* I p. n'est pas du même avis.

En dehors des raisons qui militent pour l'une ou l'autre traduction, il y a une raison de fond qui a entraîné les auteurs modernes: parler d'une action civile, donc d'un judex, à propos de la dot, à l'époque de Caton, c'est-à-dire au VI^e siècle, c'est en parler trop tôt. Car une opinion, encore généralement admise jusqu'à ces derniers temps, mais qui est de plus en plus combattue, faisait dater le droit de bonne foi seulement de la procédure formulaire et celle-ci de la loi Aebutia. Or, d'après les recherches de M. Girard, la loi Aebutia daterait du VII^e siècle (il la place entre 602 et 630). S'il s'agit d'une action devant le juge, c'est une action émanant du droit de bonne foi, mais alors, dans ce système elle apparaît trop tôt.

Nous verrons en étudiant les débuts de l'action

Mais si nous ne nous en laissons pas imposer par lui, il semble non douteux que l'on doit comprendre le texte comme nous l'avons traduit " Lorsque le mari fait le divorce, le juge est à la place du censeur à l'égard de la femme."

Si la phrase latine peut laisser place à une ambiguïté, celle-ci disparaît par le rapprochement avec la phrase précédente qui l'explique: Aulu- Gelle écrit: "Sed Marcus Cato non solum existimatas sed mulctatas quoque a iudice mulieres refert: Mais Marcus Cato nous rapporte que la femme n'est pas seulement blâmée, mais qu'elle est frappée d'une amende par le juge"; c'est donc bien par un iudex qu'elle est condamnée; et il ne peut s'agir du mari.

Le judicium
de moribus.

De quelle action civile s'agit-il? Il s'agit d'une action à propos du divorce et à propos de la dot. S'agit-il de l'action rei uxoriae? C'est peu probable, l'action rei uxoriae est une action intentée par la femme contre le mari pour obtenir la restitution de sa dot. Or, celle dont il est question dans le texte est intentée au contraire contre la femme: c'est la femme qui est jugée et condamnée. Si ce n'est pas l'action rei uxoriae qui est visée ici ce ne peut être que judicium de moribus. C'est une action du mari contre la femme au sujet de la dot, action symétrique à l'action rei uxoriae que possède la femme contre son mari.

Ce judicium figurait sous ce nom dans l'Edit du prêteur au titre rei uxoriae, à côté de l'action rei uxoriae, Lenel Edit perpétuel, 3ème éd. 1927, Titre 20, p. 303 et il a subsisté pendant tout le droit classique à côté de l'action rei uxoriae, Il a été finalement supprimé par Justinien; Code IV, 17, 2: Judicium de moribus quod antea quidem in antiquis legibus positum erat non autem frequentabatur". Le judicium de moribus qui avait été établi par les lois anciennes n'était plus en usage." Et ce témoignage de Caton est le plus ancien d'une action civile sur la dot; le judicium de moribus semble avoir été la première action civile créée à propos de la dot.

Motifs de la
création du
judicium de
moribus.

Quelle a été la raison de cette création? Le judicium constitue probablement la riposte du droit civil à la stipulation de restitution de la dot. Après la multiplication des divorces sans cause légitime, on prit l'habitude, pour garantir la femme contre la perte de sa dot, de stipuler, lors de la constitution de la dot, la restitution de celle-ci. C'est du divorce de Corvilius Ruga disent les textes que date l'usage des cautiones rei uxoriae: c'est par ces promesses, par ces cautions que la restitution de la dot quitte le terrain moins sûr des usages familiaux

pour entrer dans le droit civil. Mais par suite de cette stipulation formelle, la dot devient tout entière exigible lors du divorce, quelle qu'en soit la cause; en conséquence les usages familiaux, qui imposaient à la femme la perte de sa dot, ne peuvent plus être observés, puisqu'ils sont contraires à la stipulation qui a été faite lors du mariage, le censeur ne peut plus rien surveiller, parce qu'il s'agit d'une loi civile et d'un acte de la femme contre lequel le censeur ne peut rien.

C'est contre ce danger, que le préteur va insérer dans son Edit, pour faire respecter les usages familiaux, le *judicium de moribus*. Ce *judicium* permet de maintenir contre la femme, sur un autre plan, les coutumes familiales. C'est précisément à cause de cette origine que l'action nouvelle emprunte son nom au censeur; la juridiction du censeur lui donne son nom. Et c'est à ce propos que Caton nous dit : "Le juge, à l'égard de la femme, est à la place du censeur", phrase qu'il faut entendre dans le sens des mots. Le juge sans doute, n'a pas les pouvoirs du censeur, mais il est à la place de ce dernier; il emprunte la jurisprudence du censeur et il l'appliquera pour apprécier la faute de la femme et l'équité de la punition que la femme mérite sera appréciée d'après les coutumes domestiques qui lui servent de modèle.

La grande nouveauté de cette action est en effet la liberté laissée au juge dans sa sentence de condamnation, liberté qu'il ne possède pas dans les autres actions de droit civil, actions qui sont de droit strict. C'est pourquoi, déclare Caton, le juge exerce une sorte d'*imperium*.

On a objecté que le juge n'a pas l'*imperium* au sens technique du mot, ce pouvoir n'appartient qu'au consul et au préteur. Mais cette objection n'est pas pertinente : entendre le mot *imperium* dans son sens technique serait attribuer à Caton un non sens car le censeur pas plus que le juge n'a l'*imperium*, Caton ne parle pas d'*imperium* mais d'un espèce d'*imperium*, *imperium quod videtur*. Il l'entend d'une façon générale, du pouvoir absolu, du pouvoir arbitraire, qu'aucune loi ne limite d'apprécier la cause qui lui est soumise, c'est-à-dire la faute alléguée par le mari et le montant de la condamnation.

La jurisprudence suivie par le juge nous est indiquée par Caton et nous la connaissons bien, c'est celle qui a débuté avec le tribunal gentilice et qui s'est poursuivie et augmentée devant le tribunal domestique. Deux catégories de fautes de la femme peuvent amener le divorce: il y a une première catégorie de fautes, qui est générale et indéterminée, si la femme

pèche en quelque chose dit Denys d'Halicarnasse II; 25 : " Si quid perverse tetræque factum est a muliere" dit Caton. Comme dans l'action estimatoire d'injure, le juge apprécie souverainement le degré de la faute et l'importance de l'amende.

Une seconde catégorie comprend les fautes les plus graves; c'est une catégorie limitativement déterminée, dont deux cas subsistent seulement dans les textes de Caton: a) si la femme boit du vin; b) si elle commet un adultère. Nous reconnaissons ces défenses. Ce sont celles qu'indique Denys d'Halicarnasse II; 25; et Plutarque, Romulus 22. Ce sont les anciennes prohibitions du droit religieux gentilice. De ces trois prohibitions anciennes, il y en a une, la prohibition de l'avortement par l'ingestion d'un breuvage magique qui a disparu. Mais il s'agit toujours de la même tradition. La filiation est d'autant mieux établie qu'à l'époque de Caton, la défense de boire du vin n'est plus qu'une survivance, elle ne subsiste plus qu'en raison de son étrangeté qui la rend plus frappante, plus difficile à oublier.

Il y a donc une première catégorie très large de causes de divorce, et une seconde catégorie plus rigide qui ne comprend plus que deux cas. Et ces deux catégories répondent à deux périodes différentes: la première appartient à la période du droit familial, qui statue en équité, le seconde relève du droit gentilice composé de tabous rigoureux et limitativement énumérés. C'est le premier caractère qui l'emporte et qui donne à l'action civile sa forme définitive d'action in æquum et bonum.

A ces deux catégories correspondent deux sanctions: l'une moins grave, c'est une amende qui frappe la femme (mulctatur, tel est le terme technique). Aulu-Gelle ne dit pas, d'ailleurs, que l'amende porte sur la dot. Mais la citation est tirée d'un ouvrage sur la dot; il s'agit du divorce et de la dot. Le judicium de moribus frappe la femme d'une amende sur sa dot, le mot mulctare prouve qu'il s'agit d'une peine pécuniaire privant celui qui est condamné d'une partie de sa fortune et cette expression s'oppose à la confiscation plus radicale qui porte sur toute la fortune. Il semble que d'après les anciennes coutumes romaines la mulcta, l'amende ne dépasse pas au maximum la moitié de la fortune. Cela résulte semble-t-il de la loi Osque de Bantia, Textes de P.F. Girard, 5^e Ed. p. 26, loi constituant le statut municipal de la ville de Bantia en Lucanie et déterminant les amendes que les magistrats municipaux peuvent infliger pour assurer le respect de leur juridiction. A propos

de ces amendes une phrase continuellement répétée indique la jurisprudence suivie " Si quis contra hoc fecerit eum si qui volet magistratus mulctare licet dumtaxat minoris partis pecuniae liceto: Si quelqu'un contrevient à cette disposition, si le magistrat veut le frapper d'une amende, il le pourra jusqu'à la moitié de sa fortune au maximum".

Cette mulcta s'oppose à la condemnatio qui frappe les femmes quand leur conduite donne un motif de divorce de la seconde catégorie. Le verbe Condemnare désigne aussi une peine pécuniaire, mais qui est plus grave que celle exprimée par le verbe mulctare, car elle consiste pour la femme à être privée de toute la dot.

Quelques auteurs se sont demandé si le juge avait directement tiré de la pratique du censeur la prononciation de cette amende et s'il s'agit d'une mulcta du censeur. Le censeur a en effet une juridiction qu'il sanctionne comme tout magistrat romain par son droit de prononcer une amende. Le censeur mettait en adjudication les travaux publics, la ferme des domaines publics; les contestations possibles, à ce sujet, entre les particuliers et l'Etat étaient jugées par le censeur qui prononçait des amendes. Mais ici il ne s'agit ni d'amende censorienne; 1°- d'abord parce que le *judicium de moribus* est exercé contre la femme et la femme est soustraite à l'autorité du censeur. 2°- Puis, il n'y a aucun exemple que dans les cas de censure contre les citoyens à propos de leurs mœurs, le censeur ait exercé une autre action que son action normale de censeur, par la note d'infamie contre ceux qui ne respectaient pas les usages familiaux tels qu'il les comprenait. Cette surveillance indirecte, les principes qu'il appliquait, le juge civil les prend pour modèles et pour guides quand les circonstances l'amènent à intervenir directement. La filiation est prouvée par les noms que le juge emprunte au censeur avec sa jurisprudence. Le juge est à la place du censeur, son *judicium* est un *judicium de moribus*, l'acte qu'il apprécie et qu'il condamne est un *probrum*.

Transforma-
tion des an-
ciennes sanc-
tions contre
la femme en une
retentio ob
mores.

La même pratique familiale et censorienne, nous la trouvons dans la *rei uxoriae* qui représente le dernier état de la question. Elle est incorporée dans un ensemble plus complexe mais reconnaissable Ulpien, *Regulae*, VI, 9 *retentiones ex dote fiunt aut propter liberos, aut propter mores aut propter res donas aut propter res amotas*. Ces usages familiaux sont devenus dans l'action *rei uxoriae*, la *retentio propter mores* le droit pour le mari de retenir une partie de la dot quand la restitution lui est réclamée. Nous retrou-

vons la même opposition caractéristique en même temps que le nom. Ulpien Regulae, VI, 12 : "Morum nomine graviorum quidem sexta retinetur, leviorum autem octava; mores graviores sunt adulterium tantum; leviores omnes reliqui : au nom des mœurs les plus graves le sixième de la dot est retenu; au nom des mœurs les plus légères, c'est seulement le huitième qui est retenu. Les mœurs les plus graves, c'est l'adultère seulement, et les mœurs les plus légères c'est tout le reste".

Nous voyons ce qu'est devenue la première catégorie dont nous avons retrouvé l'origine dans le droit gentilice. Les deux premières prohibitions, l'avortement et le vin ont disparu. Il ne reste que l'adultère, nous sommes en présence d'une catégorie qui ne se compose plus que d'un seul cas. Au contraire l'autre catégorie n'est pas déterminée; omnes reliqui, toutes les fautes que peut commettre la femme. La filiation est indéniable. Enfin l'appréciation de ces fautes c'est suivant le terme technique de l'acte du censeur une *coercitio morum*. A la différence des autres retentions qui sont des relations pécuniaires entre époux transmissibles aux héritiers, la *retentio propter mores* est essentiellement personnelle. Cette *retentio* a gardé son caractère originaire plus moral que pécuniaire. Par suite elle n'est pas transmissible aux héritiers Dig. 24.3.15.1. *Herediti mariti licet in solidum condemnatur compensationes quae ad pecuniariam causam respiciunt proderunt ut hoc minus si obligatus velut ob res donatas et amotas et impensas. Morum vero coercionem non habet*: A l'héritier du mari bien qu'il soit condamné pour le tout, profitent des compensations qui ont une cause pécuniaire, de sorte que son obligation diminue à cause d'elles par exemple à cause des choses données et enlevées et des impenses. Mais il n'a pas la coercion des mœurs". Le mot de compensation doit être remplacé par *retentio*. C'est une interpolation de Justinien qui a supprimé les retentions. Ce texte nous dit que toutes les retentions à cause pécuniaire c'est-à-dire toutes sauf la *retentio propter mores* profitent à l'héritier du mari. Quant à ces dernières, il ne peut s'en prévaloir car il n'a pas la coercion des mœurs. Nous trouvons les termes ici encore que désigne la juridiction du censeur. Le taux des retentions est devenu fixe. De plus il est beaucoup moins important que dans le droit primitif, un sixième ou un huitième de la dot. La *retentio propter mores* fait partie d'un ensemble qui complique et aggrave la liquidation entre les époux. La modicité du taux des mo-

graviores c'est-à-dire de l'adultère peut surprendre. En réalité depuis les lois Juliae il est réprimé autrement et la rétentio propter mores n'est conservée qu'à titre de survivance. Elle reste seulement dans l'action rei uxoriae comme un témoin de la longue évolution que nous venons de retracer.

Chapitre VI.

LES DEBUTS DE LA RESTITUTION LEGALE

DE LA DOT.

On a vu les traces conservées dans l'histoire, de la coutume familiale, qui imposait au mari l'obligation morale de ne pas répudier sa femme sans lui remettre une certaine portion de sa fortune ou de la dot, sauf si celle-ci avait transgressé les prohibitions établies par la coutume.

Transforma-
tion des an-
ciennes cou-
tumes fami-
liales en rè-
gles de droit
civil.

Continuité
des coutumes
familiales.

Il s'agit d'examiner maintenant comment ces coutumes familiales sont devenues des règles de droit civil imposées au mari et sanctionnées par des actions par le préteur, comment elles ont quitté le domaine de la coutume, du droit religieux, pour entrer dans le droit civil. En entrant dans le droit, elles vont le modifier et ouvrent des voies nouvelles.

Cette continuité est attestée par la tradition et notamment par les circonstances qui ont amené la consécration légale de la restitution de la dot. L'obligation légale de restituer la dot a été introduite à l'occasion d'un divorce célèbre, celui de Spurius Carvilius Ruga. On sentit, à cette occasion, la nécessité de garantir la femme contre le danger de perdre sa dot et l'usage s'établit, lors de la constitution de la dot, d'en stipuler la restitution. Ce sont les cautiones, la stipulation de restitution, contrat verbal qui imposa d'abord au mari cette restitution.

C'était là une nouveauté et une nouveauté contraire aux usages familiaux, car la stipulation dont il s'agit assure la restitution intégrale de la dot. Il fallut dès lors, trouver un procédé pour permettre aux coutumes familiales de subsister malgré l'atteinte qui leur était ainsi portée. Alors fut créé par le préteur le *judicium de moribus*, c'est la première

créée en réaction contre les stipulations de restitution de la dot, pour permettre de continuer l'application de la jurisprudence familiale.

Plan: - § 1er : Le divorce de Spurius Carvilius Ruga
§ 2 - : Les cautiones rei uxoriae.
§ 3 - : Le iudicium de moribus.

§ 1er - Le divorce de Spurius Carvilius
Ruga.

L'indissolubilité primitive du lien matrimonial, l'absence ou plutôt la rareté des divorces dans les premiers siècles de Rome sont une des données les plus générales et les plus certaines de la tradition. Si cette donnée peut être interprétée, elle doit être acceptée par nous. Le changement des mœurs, le début d'une ère nouvelle, est rapporté par cette même tradition à la première partie du VI^e siècle de Rome fondée et au divorce, resté célèbre, de Spurius Carvilius Ruga. Nous possédons à cet égard des témoignages assez concordants de nombreux auteurs.

Mesures prises à partir du divorce de Carvilius Ruga, pour assurer la restitution de la dot. Les témoignages des auteurs.

D'abord Denys d'Halicarnasse, Antiquités romaines II, 25, à la suite même du texte que nous avons étudié et comme conclusion de sa description des lois de Romulus sur le mariage. - Plutarque, Vie de Thésée et de Romulus; § 6; Vie de Lycurgue et de Numa, § 5 Questions romaines, I4; - Valère -Maxime II, I4 - Aulu-Gelle, IV, 3; XVII, 21, 44 - Tertullien, Adversus gentem VI, De monogamia, IX. - Chez les historiens l'histoire de Carvilius Ruga fait partie du même fond des mêmes sources que les textes étudiés précédemment.

Denys d'Halicarnasse, II, 25 : "On est d'accord sur ce que, pendant 520 ans, aucun mariage ne fut dissous à Rome. Mais, à la 137^e Olympiade, sous le consulat de Marcus Pomponius et de Caius Papirius, on rapporte que Spurius Carvilius citoyen distingué, fut le premier à répudier sa femme parce qu'il avait été obligé de jurer auprès des censeurs qu'il avait pris femme pour avoir des enfants et sa femme était stérile. Bien qu'il eut fait cela par nécessité, il fut pris en aversion par le peuple pour le reste de sa vie".

Plutarque, Vie de Thésée et de Romulus, VI: "De la pudeur, de l'amour et de la constance que Romulus mit dans les mariages, le temps est un sûr garant car, pendant 230 ans, on ne vit pas un seul mari qui osât quitter sa femme, ni une femme son mari. Et, com

me, chez les Grecs, les gens versés dans l'antiquité peuvent nommer le premier qui tua son père ou sa mère, de même tous les Romains savent que Spurius Carvilius fut le premier à répudier sa femme pour cause de stérilité".

Plutarque, Vie de Lycurgue et de Numa, III: "Les Romains nous ont appris que le premier d'entre eux qui répudia sa femme, 230 ans après la fondation de Rome, s'appelait Carvilius Ruga".

Plutarque, Questions romaines, XIV : "L'histoire raconte que le premier qui répudia sa femme fut Spurius Carvilius, à cause de la stérilité de celle-ci.

Valère-Maxime, II.4 : "Repudium inter virum et uxorem a condita urbe usque ad quingentesimum annum nullum intercessit. Primus autem Spurius Carvilius uxorem sterilitatis causa dimisit. Qui quamquam tolerabili ratione motus videbatur, reprehensione tamen non caruit, quia ne cupiditatem quidem liberorum conjugali fidei praeponi debuisse arbitrabantur: il n'y eut aucune répudiation entre mari et femme depuis la fondation de Rome jusqu'à la 500ème année. Spurius Carvilius fut le premier à renvoyer son épouse pour cause de stérilité. Et, bien qu'il parût poussé par une raison valable, il ne fut pas exempt de blâme, car on pensait qu'il n'aurait pas dû faire passer son désir d'avoir des enfants avant la foi conjugale".

Aulu-Gelle, IV, 3 : "Memoriae traditum est quingentis fere annis post Romam conditam nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Roma in Latio fuisse. Quoniam profecto nihil desiderabantur, nullis etiam tunc matrimoniis divertentibus. Servius quoque Sulpicius, in libro quem composuit de dotibus, tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas, scripsit cum Spurius Carvilius cui Ruga cognomentum fuit, vir nobilis, divortium cum uxore fecit quia liberi ex ea corporis vitio non gignerentur, anno urbis conditae quingentesimo vicesimo tertio Marco Atilio, Publilio Valerio consulibus. Atque is Carvilius traditur uxorem quam dimisit egregie dilexisse, carissimamque morum ejus gratia habuisse, se jurisjurandi religionem animo atque amori praevertisse, quod jurare a censoribus coactus erat uxorem se liberum quaerendorum gratia habiturum: On rapporte que, environ 500 ans après la fondation de Rome, il n'y avait ni action, ni caution rei uxoriae, à Rome ou dans le Latium parce qu'il n'en était aucunement besoin, aucun mariage n'ayant été encore jusque là dissous. Servius Sulpicius, dans le livre qu'il composa sur les dots, écrit que les cautiones rei uxoriae furent jugées nécessaires pour la première fois quand

noble, fit le divorce avec son épouse parce qu'un vice de conformation de celle-ci l'empêchait d'avoir des enfants, ce qui se passait en l'an 523, sous le consulat de Marcus Atilius et de Publius Valerius. On dit que ce Carvilius avait une affection particulière pour la femme qu'il répudia, il la chérissait pour la pureté de ses mœurs. Mais il sacrifia ses sentiments et son amour à la religion du serment, parce qu'il avait été forcé par les censeurs de jurer qu'il s'était marié pour avoir des enfants".

Aulu-Gelle, XVII, 21, 44: "Anno deinde post Romam conditam quingentisimo undevicesimo, Spurius Carvilius Ruga primus Romae de amicorum sententia divortium cum uxore fecit, quod sterilis esset, jurassetque apud censores uxorem se liberum quaerendum causam habere: L'année 519 de Rome fondée, Spurius Carvilius Ruga, le premier à Rome divorça d'avec son épouse sur l'avis de ses amis parce qu'elle était stérile et qu'il avait juré auprès des censeurs qu'il avait pris une épouse pour avoir des enfants".

Tous ces textes, dont les deux derniers sont les plus importants, disent au fond toujours la même chose. Spurius Carvilius Ruga divorça le premier à Rome parce que sa femme était stérile et qu'il avait juré auprès des censeurs qu'il l'avait épousée pour avoir des enfants. Bien qu'il fut poussé par une raison valable, il fut blâmé et pris en aversion par le peuple.

La première question est de savoir la date où la tradition place ce divorce de Carvilius Ruga. Elle n'est pas la même dans tous ces textes. D'abord Plutarque, à deux reprises, parle de l'année 230. Mais c'est une erreur qui remonte peut-être à la source consultée par Plutarque, ou encore c'est le fait d'un copiste, car tous les autres auteurs se rencontrent pour placer ce divorce au début du VI^e siècle. Denys d'Halicarnasse parle de la 137^e Olympiade, sous le consulat de Marcus Pomponius et de Caius Papirius. Or, d'après les fastes consulaires, dans l'ère Varronienne, leur consulat se place en 523. - D'après le premier texte d'Aulu-Gelle, c'est également l'année 523 qui est indiquée comme celle du divorce de Carvilius Ruga, mais sous le Consulat de Marcus Atilius et de Publius Valerius. Or, d'après l'ère Varronienne ce consulat se place en 527. Le second texte d'Aulu-Gelle parle de l'année 519. Valère-Maxime indique simplement l'année 500.

En négligeant donc l'erreur de Plutarque et la date peu précise de 500, il reste le choix entre trois

années: 519, 523 et 527. L'année la plus probable est l'an 523 de l'ère Varronienne, c'est-à-dire de l'ère calculée par Varron. Les différences entre ces dates proviennent des diverses sources consultées par ces auteurs, des différences entre elles et, dans ces diverses sources, de la difficulté de calculer avec précision l'ère romaine. L'ère Varronienne est généralement acceptée: il faut donc prendre l'année 523 comme étant la date la plus sûre.

Comment interpréter le témoignage des auteurs sur le divorce de Spurius Carvilius Ruga ?

Comment interpréter le témoignage de ces textes ? D'après les historiens, le divorce de Spurius Carvilius Ruga serait le premier de tous les divorces qui ont eu lieu à Rome et c'est bien en ce sens que Denys d'Halicarnasse semble comprendre l'histoire du divorce.

Entendue de cette façon absolue, la tradition rapportée est inadmissible. Elle est contredite par d'autres textes plus certains: sans parler de Plutarque, qui, dans la Vie de Romulus, II, 25, déclare que la répudiation était possible dès l'antiquité la plus reculée dans les trois cas que nous avons vus, il suffit de se référer à la loi des XII Tables qui nous donne la formule du divorce. L'existence du mariage sine manu implique également l'existence du divorce dès cette époque reculée. Enfin Valère-Maxime, II, 9, 2, parle du divorce de Lucius Annius, chassé du Sénat pour avoir répudié sa femme sans avoir consulté le conseil d'amis. Or, ceci se passait en 448 de Rome fondée.

La cause véritable de l'importance attachée au divorce de Carvilius Ruga.

Au surplus, on peut trouver dans le témoignage même des auteurs la possibilité de rectifier l'erreur qu'ils ont commise en parlant, d'une façon trop absolue de l'indissolubilité du mariage pendant les premiers siècles de Rome. La plupart déclarent, en réalité, que Carvilius Ruga fut le premier à répudier sa femme pour cause de stérilité, donc sans avoir rien à lui reprocher, sans qu'elle eût commis aucune faute morale. Au contraire, rapporte Aulu-Gelle, Ruga aimait sa femme à cause de la pureté de ses mœurs. Si donc ce divorce est resté mémorable, ce n'est pas parce qu'il était le premier de tous. Mais il s'agit du premier divorce qui a eu lieu sans que le mari pût reprocher une faute à sa femme. Carvilius Ruga respecta d'ailleurs les usages établis, puisqu'il consulta le conseil d'amis.

D'autre part, les auteurs ne paraissent pas avoir compris la suite de l'histoire. Spurius Carvilius Ruga divorça à cause de la stérilité de sa femme, disent-ils et en outre, ajoutent-ils, parce qu'il avait été forcé de jurer devant les censeurs qu'il s'était marié pour avoir des enfants et parce qu'il préféra

son serment à son amour. Le serment prêté devant le censeur au moment où il détermine la condition des gens à inscrire sur le registre du cens, est la réponse à la question: "En ton âme et conscience es-tu marié?" Ce serment constate l'état, non les motifs. On peut rétablir ainsi le sens de cette histoire: Le motif invoqué par Carvilius Ruga, la stérilité de sa femme, fut accepté sans doute par le conseil d'amis. Mais ce divorce, pour un cas nouveau, émut les censeurs, qui interrogèrent Carvilius Ruga au sujet de son divorce. Celui-ci répondit, sous serment, qu'il s'était marié pour avoir des enfants et qu'il avait renvoyé sa femme parce qu'elle était stérile; le censeur admit la légitimité de la raison invoquée par Carvilius Ruga sans en voir peut-être toute la nouveauté. Carvilius invoque ce motif car s'il n'avait pas été jusqu'ici une cause de divorce, il était au moins accepté par les mœurs comme une raison de mariage.; Tite-Live, Epitome du Livre 59: "Quintus censor, censuit ut cogerentur omnes ducere uxorem liberorum creandorum causa: Q. Metellus, censeur estima que tous devraient être forcés de prendre une épouse pour avoir des enfants. Toutefois, si Carvilius Ruga ne fut pas noté d'infamie par le censeur, l'opinion publique, plus sévère que le censeur, ne ratifia pas cette absolue officielle. En effet Denys d'Halicarnasse ajoute: "Bien que Carvilius Ruga eût divorcé par nécessité, il fut pris en aversion par le peuple pour le reste de son existence".

Mais le témoignage le plus précieux est celui de Servius Sulpicius Rufus, parce que c'est celui d'un jurisconsulte. Servius Sulpicius Rufus fut consul en 703 et 711; ce fut un contemporain et un ami de Cicéron. Avec Quintus Mucius Scaevola, il compte parmi les plus grands jurisconsultes de la République; il écrivit un traité en un seul livre sur les dots, traité que cite le Digeste, XII, 4, 8. Il écrivait à une époque où l'action rei uxoriae existait déjà et il la connaissait sûrement. Il nous donne la signification juridique de l'histoire du divorce de Carvilius Ruga et la raison pour laquelle elle a été conservée. Il est un peu ingénu dit Bonfante (*Corso di diritto romano* I p. 252) de vouloir connaître le premier divorce. Mais celui de Carvilius Ruga resta dans la mémoire des Romains parce qu'il fit scandale comme étant le premier qui fut fait pour une cause autre que la faute de la femme et surtout parce que les jurisconsultes rattachent à ce divorce, l'institution juridique qui fut la réaction de l'opinion publique contre les nouvelles mœurs et la fréquence des di-

vorces injustifiés. Avant ce divorce nous dit Aulugelle, d'après Servius Sulpicius, il n'y avait ni cautions, ni action rei uxoriae. A partir du divorce de Carvilius Ruga, les cautiones parurent nécessaires. Servius Sulpicius parle des cautions, non de l'action. On peut en conclure que le premier remède juridique en usage fut la caution non l'action qui ne fut créée qu'après. La réaction de l'opinion publique fut d'abord une précaution contractuelle prise par les parties, une caution, c'est-à-dire un contrat verbal.

§ 2 - Les cautiones rei uxoriae.

Le divorce de Spurius Carvilius Ruga, placé par les historiens en 527, a été l'occasion des stipulations faites en vue de la restitution de la dot. C'est donc par la stipulation, par la cautio et non par l'action rei uxoriae, que la restitution de la dot est entrée dans le domaine juridique.

Par qui la stipulation de restitution de la dot peut-elle être faite ?

Qui peut faire cette stipulation ? Sans aucun doute le constituant de la dot, quel qu'il soit, donc le père de famille ou un tiers. Et ils peuvent stipuler la restitution aussi bien dans le mariage cum manu que dans le mariage sine manu. Mais ce qui nous intéresse particulièrement, c'est la restitution de la dot à la femme après la dissolution du mariage. Or, très probablement, la femme ne pouvait faire valablement cette stipulation de restitution que dans un mariage sine manu, soit que cette stipulation fût faite par la femme ou par le père pour le compte de sa fille. Dans un mariage cum manu, la femme ne pouvait pas faire cette stipulation (Solazzi, Restitution de la dot, p.176), car, avec ce mariage, son patrimoine entier, y compris la stipulation faite à son profit, tombe dans le patrimoine du mari et la stipulation est par suite éteinte par confusion.

Le contenu de la stipulation de restitution de la dot.

Cette stipulation ne devait donc intervenir que dans le mariage sine manu. Quel est le contenu de cette stipulation ? C'est une question compliquée et obscurcie par le témoignage d'un auteur non juridique et de basse époque, Boèce, Commentaires des Topiques de Cicéron, Livre XVII, § 66. Avec ce texte, nous voyons pour la première fois dans ce cours, l'*aequius melius*, c'est-à-dire la formule caractéristique de l'action rei uxoriae : *Est autem iudicium rei uxoriae quotiens post divortium de dote contentio est. Dos enim licet matrimonio constante in bonis viri sit, est tamen in uxoris jure et post divortium velut res uxoria peti potest. Quae quidem dos interdum his*

conditionibus dari solebat ut si inter virum et uxorem divortium contigisset, quod aequius melius esset apud virum remaneret, reliquium dotis restitueretur uxori ; id est ut quod ex dote iudicatum fuisset melius aequius esse ut apud virum maneret, id vir sibi retineret, quod vero non esset aequius melius apud virum manere, id uxor post divortium reciperet. In quo iudicio non tantum boni natura spectari solet, verum etiam comparatio bonorum fit, ut non tam quod bonum, sed quod aequius meliusque est, id sequendum sit. Quae omnia ex precedentibus causis investigari solent. Nam si viri culpa divortium factum est, aequius melius est nihil apud virum manere ; si mulieris, aequius melius ut sextans retinere : le jugement sur le bien de la femme (le iudicium rei uxoriae) a lieu toutes les fois que, après le divorce, il y a une discussion sur la dot. La dot, en effet, quoiqu'elle soit pendant le mariage dans les biens de l'époux, est pourtant dans le droit de la femme. Et, après le divorce, elle peut être réclamée comme un bien de la femme. La coutume était quelquefois de donner cette dot sous les conditions suivantes : dans le cas où le divorce aurait lieu entre le mari et la femme, que ce qu'il y a de plus équitable et de mieux reste au mari que le surplus de la dot soit restitué à l'épouse, c'est-à-dire que ce qui, de la dot, serait jugé le plus équitable et le meilleur de le laisser au mari, que celui-ci le retienne ; mais que ce qui ne serait pas le plus équitable et le meilleur de le laisser au mari, que la femme après le divorce, le reprenne. Dans ce iudicium, on a coutume non seulement de tenir compte de ce qui est naturellement bien, mais même l'appréciation des choses bien est faite de telle sorte qu'on doit suivre non seulement ce qui est bien mais ce qu'il y a de plus équitable et de meilleur. Tout cela, d'après les raisons précédentes, doit être examiné car, si le divorce a lieu par la faute du mari, il est le plus équitable et le meilleur que rien ne lui reste. S'il a lieu par la faute de la femme, le meilleur est qu'un sixième de la dot soit retenu.

Boèce est un écrivain chrétien, d'une époque assez tardive ; il vivait de 470 à 524 ap. J.C. , il est donc très loin de notre époque. De plus, ce n'est pas un jurisconsulte. Entre autres ouvrages, il a composé un commentaire en six livres des Topiques de Cicéron et, dans ce passage, il veut expliquer les mots employés par Cicéron pour rapporter les paroles caractéristiques de la formule de l'action rei uxoriae

est quod aequius melius" : dans l'arbitrage de la chose de la femme (c'est-à-dire dans la formule de l'action rei uxoriae) dans laquelle il y a écrit : ce qu'il y a de plus équitable et de meilleur".

La fin du passage est une amplification sans intérêt sur le quid aequius melius. Elle a pourtant l'intérêt de faire ressortir la liaison qui est faite, ici comme ailleurs, par tous les auteurs entre l'aequius melius, l'arbitrage en équité, et la retentio propter mores. C'est la signification historique, l'explication originaire de l'aequius melius. Remarquez comme elle perd de sa valeur, comme elle perd son sens avec l'évaluation postérieure à un taux fixe, soit depuis la loi Papia Poppea, soit depuis les lois Juliae. Pour appliquer ce barème inutile d'invoquer l'aequius melius. Il prend alors un autre sens plus complexe, le même que l'ex fide bona de la formule de bonne foi. L'action rei uxoriae devient alors une action de bonne foi.

Pour nous en tenir à la première partie du texte, l'aequius melius résulterait d'une convention : la dot, dit Boèce, était quelquefois donnée sous les conditions suivantes. Et les autres auteurs modernes, notamment Bechman, Dotalrecht, Tome Ier page 73, rapprochent ce passage de Boèce de celui d'Aulu-Gelle X.23 et ils veulent voir dans l'action rei uxoriae le contenu des cautiones rei uxoriae primitives. Les premières stipulations auraient donc eu pour objet non pas la restitution pure et simple de la dot, mais l'id quod aequius melius erit. Il s'agit pour lui d'une véritable stipulation mais qui n'aurait qu'une importance de forme. Ce serait un moyen imposé par la jurisprudence, analogue aux cautions judiciaires, pour imposer la restitution. Mais à quel moment ? Au moment de la constitution de dot ou au moment où on va plaider ? Bechman ne le dit pas et c'est une première difficulté. Puis la caution judiciaire aurait été sous-entendue et remplacée finalement par l'action rei uxoriae. Bechman y voit donc une stipulation, mais une stipulation qui n'aurait eu qu'une importance de forme en vue de pouvoir soumettre au juge l'arbitrage et de lui permettre de le trancher.

Cette hypothèse se heurte à de très nombreuses invraisemblances. 1°- la forme même de cette stipulation est impossible à concevoir : la stipulation est faite par la femme pour lui assurer un droit ; elle est faite sous la forme d'une interrogation au mari : "Me promets-tu de me restituer ma dot dans telles conditions" ? Mais on se heurte alors à cette objection que la femme ne peut pas se faire promettre

L'action rei uxoriae re-produit-elle le contenu des cautiones rei uxoriae primitives ?

cette restitution par une stipulation exprimant que ce qui serait le meilleur et le plus équitable reste au mari, car il s'agit ici d'une stipulation en faveur du mari et non de la femme.

2°- Quant au fond, en lui-même, il est très peu vraisemblable qu'une telle stipulation ait pu être faite dès le début du VI^{ème} siècle car, à cette époque le droit était encore très primitif et il est douteux qu'on puisse déjà faire une stipulation d'un incertum. Dans la stipulation, l'étape suivante a été parcourue : il y a eu d'abord possibilité de stipuler une certa pecunia, puis une certa res ; quant à la stipulation d'un incertum, elle a été connue la dernière. Mais, même en admettant que cet incertum pût être stipulé à l'époque considérée, il est impossible qu'il s'agisse d'un incertum d'une nature aussi complexe que le nôtre. Car même lorsqu'un incertum est stipulé, nous restons dans le domaine du droit strict et, même si les pouvoirs du juge augmentent, le juge reste tout de même tenu par les règles du droit strict et c'est en tenant compte de ces règles qu'il doit évaluer ce qui est dû. Or, ici, ce serait la stipulation qui viendrait donner au juge le droit de statuer en équité : il aurait le droit de déterminer en équité ce qui lui paraîtrait le meilleur et le mieux de faire restituer. Ce pouvoir n'a pu lui être donné que par le prêteur qui pourra imaginer les formules donnant un pouvoir semblable au juge. Mais il est impossible de concevoir qu'il ait pu être créé d'emblée, dans un contrat de droit strict, dans une stipulation.

D'autre part, dans l'hypothèse de Bechman, on peut facilement concevoir cette suite : cautiones formelles d'abord, puis cautiones sous entendues, et enfin action rei uxoriae. On ne voit pas comment elle se serait réalisée, comment, d'une stipulation même sous-entendue, aurait pu naître un iudicium essentiellement de bonne foi. Sans doute, la stipulation duplae est sous-entendue dans la vente, mais l'action venditi, action de bonne foi, existait déjà. Mais on ne peut en tirer aucun argument d'analogie ; ici, la situation est tout autre : l'action de bonne foi n'est pas encore consacrée en matière de dot.

C'est donc à juste raison que la plupart des auteurs repoussent cette hypothèse de Bechman, hypothèse d'une stipulation qui aurait amené la naissance de l'action rei uxoriae.

Mais il y a une autre explication : Karlowa, *Römische Rechts Geschichte*, 11, 213, cherche à maintenir la liaison entre cautiones et action rei uxoriae,

mais il pense que les cautiones n'auraient pas ici la signification d'un contrat formel. Il estime que cette expression désignerait tout simplement des pactes adjoints à l'*instrumentum dotale*, à la constitution de dot et il s'agirait non pas d'une convention de restituer, mais d'une sorte de compromis, d'une convention que feraient les parties de s'en remettre à un arbitre chargé de déterminer le *quid aequius melius*. Cette explication est liée à l'idée de Karlowa qu'il s'agit d'un mariage *sine manu* et que, dans un semblable mariage, il ne peut pas y avoir de *judicium domesticum*, car ce mariage ne place pas la femme sous l'autorité du mari. Le pacte auquel il fait allusion aurait donc eu pour but de faire appliquer par arbitre la juridiction du tribunal domestique.

Cette explication n'est pas davantage admissible. Car, relativement au *judicium domesticum*, il n'y a pas de distinction à faire entre les deux catégories de mariage, parce que les textes n'en font pas et, même si le mari ou son père n'a pas la *manus*, ce sont tout de même eux qui prononcent le divorce ; et c'est à eux également qu'incombe l'obligation de respecter les usages concernant la dot, c'est à eux qu'il appartient d'examiner s'ils doivent garder toute la dot ou en restituer une partie, car c'est encore à eux qu'appartient la dot dans les deux sortes de mariage. Il n'y a donc aucune raison de soustraire la femme, même mariée sans *manus*, à ce *judicium domesticum*. La seule différence entre les deux mariages, c'est que ce n'est pas seulement le mari ou son père, mais que c'est aussi le père de la femme qui peut prononcer le jugement de répudiation et retirer ainsi au mari la femme, s'il a la *patria potestas* sur elle.

D'autre part, l'explication de Karlowa suppose, comme la précédente, un développement des pactes dotaux qui est impossible à admettre pour cette époque primitive, car la théorie en vertu de laquelle ces pactes sont devenus valables, date seulement des jurisconsultes classiques. Et la même observation peut être faite au sujet de la validité que pourrait avoir en soi ce compromis : comme le *receptum arbitrii*, il ne peut dater que des derniers temps du droit romain, soit comme contrat innomé, soit comme pacte légitime.

Aussi, la plupart des auteurs repoussent cette explication : Brini, 11, 106 ; Esmein, Nouvelle Revue Historique, 1917, 147 ; Solazzi, Restitution de la dot, p. 177 ; et même Grosso, le plus récent auteur qui ait écrit sur ce sujet, Revue italienne pour les sciences juridiques, 1928, p. 153, note 1 ; Girard, Manuel, p. 1011, note 4 ; Bonfante, Corso del

diritto romano, I, p. 285. L'autorité de Boèce est trop tardive pour reproduire fidèlement ce qui s'est passé au VI^{ème} siècle de Rome fondée ; il a mal compris l'auteur (probablement Paul dans ses *Institutes*) auquel il a puisé et il donne, par confusion, comme étant incluse dans la convention de restitution de la dot, la formule même de l'action rei uxoriae.

Cette stipulation du contenu de l'action rei uxoriae existe dans le droit classique. Cylharz l'a montré à l'aide du texte analogue : (p. 367) ; Digeste 37,5,41 § I et 33 4,1 pr.) Et un jurisconsulte de l'époque de Justinien donne dans un recueil de formules (Scolie, Code XII,1) la formule de cette stipulation modelée sur l'action rei uxoriae exercée par le père : "Promittisne si solutum fuerit matrimonium dotem mihi reddere ac si eam dedisses patri, rei uxoriae actionem instituenti ? Me promets-tu, si le mariage a été dissous, de me rendre la dot comme si tu la rendais au père agissant par l'action rei uxoriae" ?

Mais cette stipulation n'a pu se développer qu'après la création de l'action rei uxoriae, sur son modèle. Son but est de rendre l'action transmissible aux héritiers de la femme. L'action rei uxoriae est personnelle à la femme et intransmissible. L'action ex stipulatu en rend la transmission possible. C'est une invention de patricien. Peut-être la confusion de Boèce vient-elle de là.

Il est donc préférable de considérer les cautiones rei uxoriae, qui sont présentées par Aulu-Gelle, comme une stipulation pure et simple de restitution de la dot. Le grand avantage de cette explication. C'est que ces cautiones primitives viennent ainsi reformer la stipulation de l'époque classique. En effet, à l'époque classique, il y a deux procédés pour assurer la restitution de la dot : ou bien la stipulation formelle, ou bien l'action rei uxoriae s'il n'y a aucune convention particulière de restitution. Il est donc plus naturel de penser que la stipulation classique ne fait que continuer cette stipulation primitive plutôt que de supposer une première forme anormale de stipulation disparue par la suite et remplacée par une vraie stipulation.

S'il est exact que la stipulation de restitution de la dot a été créée avant que la stipulation d'un incertum fût possible, cela peut, dit Girard, servir à expliquer pourquoi l'usage était fréquent de stipuler la dot avec estimation. Digeste XXIII,3,10,5. En vertu de cette estimation le mari s'oblige, non pas à restituer la dot, mais à restituer une somme

d'argent qui la remplace. De cette manière, la stipulation est efficace. Puis quand la stipulation d'un *incertum* est devenue possible, la stipulation de dot a pu être faite soit d'une res certa donnée en dot, soit d'une *universitas*.

Généralisation
de la clause
de restitution
de la dot.

Les parties peuvent stipuler, pour la restitution de la dot, toutes les conditions possibles. Elles ont la faculté soit d'envisager le cas d'un divorce, soit d'étendre l'obligation de restituer à tous les autres cas de dissolution du mariage. D'ailleurs, si la restitution de la dot s'est développée avec l'extension du mariage *sine manu*, cette restitution a dû être stipulée de la façon la plus large pour assurer, sans distinguer, à la femme la restitution intégrale de sa dot.

La crise morale
subie
par les Romains
au 6ème
siècle.

On peut assez bien reconnaître dans le théâtre de Plaute les traces de la crise morale que les transformations de cette époque amenèrent dans la famille et dans les rapports des époux. Plaute est assez exactement de cette époque. D'après Cicéron, on peut conjecturer que Plaute vécut de 500 à 570 environ de Rome fondée. Son théâtre est de l'époque qui suit le divorce de Carvilius Ruga. Costa, Le droit privé dans les comédies de Plaute, 1890, a relevé p. 142, tous les textes du théâtre de Plaute qui permettent de se rendre compte des usages matrimoniaux à travers les personnages. On y retrouve une double tendance. D'une part, l'ancienne conception du mariage considéré comme une union des époux pour toute leur vie, les mœurs répugnant à des secondes noces. La femme soumise à son mari, lui remet ses biens, tout est commun entre eux.

Mais à côté de cette conception se manifestent les nouvelles tendances : la dot apparaît le plus souvent comme un moyen pour le mari d'échapper à la misère, de vivre à l'aise et au repos. La dot devient donc un moyen pour la femme riche d'échapper à l'autorité du mari ; celui-ci abandonne son autorité en recevant la dot. Par là s'expliquent les prétentions excessives des épouses richement dotées qui, à cause de leur dot, imposent leur volonté dans la famille. De là des dissensions dans les ménages et les infidélités. La femme prend l'habitude de se réserver l'administration d'une partie de ses biens et de ne pas les confier en totalité à son mari. Il en résulte une dualité de patrimoines dans la famille. Plaute ne parle jamais de *manus*. Le divorce peut être provoqué soit par le père de la femme qui a conservé la *manus*, soit par la femme elle-même qui semble avoir déjà acquis le droit de divorcer. On peut en conclure

que le mariage décrit par Plaute est le mariage libre, le mariage sine manu.

Le divorce y est fréquent, il est même considéré comme la cause la plus ordinaire de dissolution du mariage. Il a lieu même pour des prétextes légers, par exemple, le désir de la femme d'épouser un autre homme. Dans une comédie, le soldat fanfaron, une tromperie est machinée par une femme d'accord avec son mari : la femme feint d'être éperdument amoureuse du soldat. Elle doit dire qu'elle a divorcé pour pouvoir l'épouser, et comme le soldat craint d'entrer dans la maison conjugale, elle lui déclare que cette maison est un bien dotal, ce qui implique que la femme a repris ce bien dotal. Cette facilité de reprise montre non seulement l'usage des mariages libres, mais l'usage des cautions.

L'usage des cautions rei uxoriae est attesté par les historiens de la fin de la République.

La transformation ne fait que s'accroître dans les siècles suivants de la fin de la République et du début de l'Empire. On voit, à cette époque, l'usage du divorce se répandre dans toutes les classes de la société romaine. C'est ainsi que Paul-Émile, après une longue union, répudia, sans aucun motif, sa femme Papiria, au dire de Plutarque, Vie de Paul-Émile. Plutarque rapporte à ce propos une anecdote : un Romain avait divorcé sans motif d'avec sa femme. Or, comme ses amis lui demandaient pourquoi il avait divorcé d'avec une femme belle, pudique et féconde, ce Romain répondit en montrant son soulier : "N'est-il pas élégant et neuf et pourtant personne de vous ne sait où il me blesse".

Cicéron se sépara de ses deux épouses successives sans raison particulière. Les unions se dénouent aussi facilement qu'elles se forment. Et, au début de l'Empire, on peut dire (dans la *Laudatio Turiae*) : "Rara sunt tam diuturna matrimonia, finita morte, non divortio interrupta : Il est rare de voir des mariages si longs finir par la mort et non interrompus par le divorce". On cite une célèbre phrase de Sénèque, de beneficiis, III, 6 "Numquid jam ulla repudio erubescit postquam illustres quaedam ac nobiles feminae, non consulum numero sed maritorum, annos suos computant : Y a-t-il encore quelque femme qui rougit de divorcer, alors que les plus illustres et les plus nobles comptent leurs années non pas d'après le nombre des consuls, mais d'après le nombre de leurs maris ?" On peut citer l'exemple d'Ovide, de Pline le Jeune qui furent mariés trois fois, de César qui l'avait été quatre fois, sans compter le nombre considérable de ses liaisons avec des femmes

célèbres ; Sylla et Pompée avaient eu chacun cinq épouses successives. Une épitaphe de l'empire mentionne une septième épouse. Les satiriques parlent de huit, de dix mariages consécutifs. Martial VI,7 : "Depuis que la loi Julia a été remise en vigueur et que la chasteté a été invitée à entrer officiellement dans une demeure, il s'est écoulé moins de trente jours, et cependant Telesilla en est à son dixième époux ! Et nubit decimam Telesilla viro".

Un pareil changement des mœurs ne pouvait manquer de provoquer des changements dans le droit. C'est ce qui explique l'usage des cautiones, le mariage n'étant plus une communauté de biens et de vie. En présence de pareilles mœurs, une femme riche, qui a une dot considérable doit, dès le début du mariage, se préoccuper de la restitution de sa dot lorsqu'elle divorcera.

Mais alors, par ces cautiones, on va tout de suite à l'extrême opposé car les usages familiaux sont ruinés. La femme ira devant le prêteur pour exiger la restitution de sa dot par l'action ex stipulatu. Le mari n'a plus à prononcer sa sentence pour savoir s'il gardera ou non la dot de sa femme. Ainsi l'usage millénaire du judicium domesticum disparaît. C'est alors que par une réforme de la procédure, le prêteur fait entrer la restitution de la dot dans le domaine du droit civil en créant le judicium de moribus, qui est la première des actiones in bonum et aequum conceptae du droit nouveau. Cette action rétablit, dans une certaine mesure, les usages familiaux et, si la femme a commis une faute, le mari pourra retenir une partie de la dot

§ 3 - Le judicium de moribus.

Les sources
à consulter.

Il nous est rapporté d'abord par quelques textes littéraires, Valère Maxime, VIII,2,3 - Plutarque, Marius, § 28 - Plinie l'Ancien, Histoire Naturelle, XIV 13,90 - et surtout par Aulu-Gelle, Nuits Attiques, X,20,3.

Quelques détails isolés sur le judicium de moribus ont été conservés dans des textes juridiques, mais très peu nombreux : Gaius Institutes, IV,102 - Code Théodosien, Constitution III,13,1 - Digeste XXIII 4,5 pr. Enfin, Justinien en parle, pour l'abroger, dans une constitution du Code V,17,1 § 2 - Toutes ces sources ne nous donnent donc qu'une connaissance fragmentaire de ce judicium de moribus. Voir Pauly-Wissowa, Real-Encyclopedie, V° judicium de moribus, avec une bibliographie abondante des auteurs anciens ; et, plus récemment, Bonfante, Cours de droit romain, Tome 1, p. 344.

Pourquoi ne connaissons-nous plus ce *judicium de moribus* ? Parce qu'il a été abrogé par Justinien ; tous les textes des jurisconsultes classiques qui en parlaient (l'Edit du préteur en traitait après l'action *rei uxoriae*) ont disparu. Sous Justinien, ce *judicium* est depuis longtemps tombé en désuétude et son abrogation par cet empereur est une abrogation de forme ; Code V,17,11 § 2 : "*Judicio de moribus, quod antea quidem in antiquis legibus positum erat, non autem frequentabatur, penitus abolito : le judicium de moribus, qui avait été créé autrefois par les anciennes lois, et qui n'était plus en usage, est entièrement aboli*".

La connaissance d'ensemble de cette action nous manque donc. Nous en sommes réduits à quelques détails. Nous ignorons notamment sa formule. Ce sont les textes littéraires qui permettent le mieux d'entrevoir la physionomie primitive de ce *judicium*. Le plus important et le plus ancien de ces textes est le témoignage, rapporté par Aulu-Gelle, de Caton l'Ancien, dans son Traité sur les dots : Aulu-Gelle X,1,23 : "Quand le mari fait le divorce, le juge est à la place du censeur à l'égard de la femme ; il a une sorte d'imperium. Si la femme a commis quelque chose de pervers et de honteux, il la frappe d'une amende. Si elle boit du vin, si elle commet un *probrum* avec un autre homme, il la condamne".

Les trois autres textes nous rapportent des sentences de juges. Pline, Histoire Naturelle, XIV,13 "Cneius Domitius, *Judex*, pronuntiavit mulierem videri plus vini bibisse quam valetudinis causâ, viro insciente et dote mulctavit : Cneius Domitius, comme juge, jugea qu'une femme avait plus de vin qu'il n'était nécessaire comme remède pour cause de santé, à l'insu de son mari, et la frappa d'une amende sur sa dot".

Valère Maxime, VIII,2,3, rapporte des jugements célèbres dont l'un fut rendu par Marius : "Multo animosius et ut militari spiritu dignum erat, se in consimili genere *judicii* Caius Marius gessit. Nam quum Caius Titinius Minturnensis Fanniam uxorem, quam impudicam de industria duxerat, eo crimine repudiatam, dote spoliare conaretur. Sumptus inter eos *judex*. Marius, in conspectu habita quaestione, seductum Titinium monuit ut incepto desisteret ac mulieri dotem redderet. Quod, cum saepius frustra fecisset, coactus ab eo sententiam pronuntiare, mulierem impudicitiae ream sestercio nummo uno Titinium summa totius dotis damnavit, praefatus idcirco si hunc *judicandi* modum secutum, quod liqueret sibi Titinium patrimonio Fanniae insidias struentem impudicitiae conjugium expetisse : Marius, dans une oc-

casion semblable, rendit une sentence beaucoup plus énergique et digne de son esprit de soldat : Caius Titinius de Minturne répudia pour cause d'adultère sa femme Fannia, qu'il avait épousée malgré ses moeurs déréglées qu'il connaissait et il s'efforça de la dépouiller de sa dot. Marius pris comme juge entre eux, examina la question. Il prit à part Titinius pour lui conseiller de se désister de l'instance commencée et de rendre la dot à sa femme. Il réitéra plusieurs fois cette invitation, inutilement. Forcé par le mari de prononcer une sentence, il condamna Fannia pour impudicité à un sesterce et Titinius à la restitution de toute la dot, disant que le motif de cette décision était qu'il lui apparaissait que Titinius avait recherché l'alliance de Fannia, qu'il savait impudique, pour lui prendre son patrimoine".

La même histoire de Marius nous est racontée dans Plutarque, Marius, XXVIII : "Fannia, répudiée par son mari, lui réclama sa dot, qui était assez importante. Le mari lui opposait son adultère. Marius, consul pour la sixième fois, fut choisi comme juge. La cause instruite, il lui parut que Fannia n'était pas irréprochable, mais que son mari le savait quand il l'avait épousée et que, d'ailleurs, ils avaient vécu longtemps ainsi. Marius les jugeant tous deux coupables, condamna le mari à rendre la dot et la femme à payer une demi-obole pour cause d'ignominie".

Les deux premiers textes sont un témoignage du VI^{ème} siècle de Rome fondée. Caton vécut en effet de 520 à 601. Quant au juge mentionné dans le second texte il s'agit probablement de Cneus Domitius Ahenobarbus, le premier consul de cette famille. D'après Pauly-Wissowa, Real Encyclopedie V^o Domitius n^o 18 p. 1321, cette anecdote se placerait sous sa préture. Mais cette date est en réalité peu sûre. Il était prêteur et non pas juge. Or, un prêteur ne peut pas être juge.

Enfin, la troisième anecdote sur Marius nous reporte un peu plus loin, puisque Marius fut consul pour la sixième fois en 672, et Plutarque commet sans doute une erreur en disant qu'il fut choisi comme juge l'année de son consulat. Ici encore, un consul ne peut pas être choisi comme juge. Mais Marius figurait comme Sénateur sur la liste des jurés civils et il a pu être choisi comme juge à une autre époque de sa vie. Les deux premières dates permettent de conclure que le *judicium de moribus* est antérieur à l'action *re uxoriae*. C'est un premier résultat.

De tous ces témoignages, le plus précieux est celui de Caton, non seulement à cause des détails qu'il fournit sur le fonctionnement de l'action, mais aussi parce que son témoignage est considérable en raison

de la personnalité de son auteur. C'est un jurisconsulte qui rapporte des situations juridiques.

Par qui est
intenté le
judicium de
moribus ?

Il résulte de l'ensemble de ces textes que le *judicium de moribus* est intenté par le mari contre la femme. C'est une action qui est introduite par le mari ; cela est si vrai que Marius conseille au mari, à Titinius, de se désister de l'instance qu'il a entreprise, *incepto desisteret*. Et par cette action, le mari demande une condamnation pécuniaire de sa femme sur la dot. Caton ne parle pas de la dot, mais les trois derniers textes ne laissent aucun doute : c'est la totalité ou une partie de la dot que le mari réclame.

Condamnation
pécuniaire
de la femme
sur sa dot.
Dans quel cas
est-elle en-
courue ?

Caton indique les cas où cette condamnation pécuniaire était prononcée et, de ces indications, résultent deux catégories. Si *quid perverse tetrequ* *factum est a muliere* ; 1°- une catégorie impliquant des cas variés et indéterminés de fautes de la femme, fautes jugées suffisantes par le mari pour provoquer le divorce et que le juge, à son tour, estimera suffisantes pour que le divorce soit imputé aux torts de la femme. 2°- Une seconde catégorie de fautes comprend le fait de boire du vin et le fait de commettre un adultère. Cette deuxième catégorie ne comporte donc plus que deux cas déterminés.- Et cette division bipartite nous suffit pour reconnaître que le *judicium de moribus* vient directement du *judicium domesticum*, qu'il en constitue la transposition dans le domaine juridique. Et à travers le *judicium domesticum*, nous retrouvons l'ancien jugement de la gens.

D'autre part, le *judicium de moribus* a le même domaine que la *retentio propter mores* dans l'action *rei uxoriae* ; il se réfère à la même distinction des *mores leviores* et des *mores graviores*. Cette distinction permet au mari de retenir une partie plus ou moins considérable de la dot, dont la restitution lui est demandée, par l'action *rei uxoriae*.

Taux de la re-
tentio que le
Judicium de
moribus per-
met au mari de
réclamer à
la femme.

Suivant que les causes de divorce figurent dans la première ou dans la seconde catégorie des fautes de la femme, le *judicium de moribus* permet au mari de réclamer à la femme une part plus ou moins grande de la dot. Voici, d'après Caton, les usages suivis à cet égard : si la faute de la femme rentre dans la première catégorie, le juge mulctat, c'est-à-dire frappe la femme d'une amende, au maximum de la moitié de la dot, d'après l'usage ancien que nous avons relevé dans la loi *Osque de Bantia*. Dans la seconde catégorie, qui comprend l'adultère et le vin, le juge condempnat, c'est-à-dire peut enlever à la femme toute la dot ; mais il n'y a pas, à cet égard, de taux fixe légal : le juge

statue en équité et non pas en droit. Il a ici une sorte d'imperium, il peut donc apprécier arbitrairement la sanction et, dans cette appréciation, le juge, déclare Caton, est pro censore. En appliquant la jurisprudence du tribunal domestique, le juge a pris la place du censeur et il applique à la femme la pratique suivie par le censeur dans les jugements d'infamie. Il s'agit toujours des mêmes cas d'espèce et des mêmes solutions. L'arbitrage prononcé par le juge est l'*aequius melius*.

Le *judicium*
de *moribus* a
une formule
in *aequum* et
bonum concep-

Les auteurs supposent tous que les *judicia* de *moribus* avaient une formule in *aequum* et *bonum* conçue comme l'action *rei uxoriae*, formule comportant le *quod aequius melius erit* comme cette action. C'est en effet la conclusion qui s'impose. C'est même le *judicium* de *moribus* qui a fourni le modèle de l'action *rei uxoriae*, puisqu'il constitue le premier essai de construction du préteur, dans ses formules civiles, pour assurer la restitution de la dot.

C'est dans les textes littéraires que nous voyons le fonctionnement de l'*aequius melius* dans toute son étendue primitive. La règle posée par Caton, c'est l'usage du tribunal de famille, du censeur et enfin du *judicium* de *moribus*, mais c'est un usage et non pas une règle impérative. L'arbitraire du juge peut lui permettre de modérer cette condamnation. Les deux exemples de jugement nous le prouvent. D'abord celui de Cneus Domitius Ahenobarbus. Vers 562, il juge une femme à qui son mari reprochait d'avoir bu du vin, et il juge qu'en effet elle en a bu plus qu'il ne convenait pour sa santé : c'est le sens qu'il donne à l'ancienne prohibition religieuse. Dans ce dernier état de la prohibition, il l'interprète, non plus comme une règle religieuse, mais rationnellement comme une défense de l'intempérance, de l'ivrognerie. Il juge donc la femme coupable mais, en même temps, il estime trop sévère l'ancienne sanction et il se borne à condamner la femme à une amende sur sa dot ; il ne lui enlève donc plus la totalité de sa dot ; il la frappe d'une amende inférieure à la moitié de sa dot. Il se produit donc un glissement de notre ancienne défense de la catégorie des fautes les plus graves vers celle des fautes les moins graves. Et ceci, avant que le fait de boire du vin ne disparaisse même comme cause de divorce car, dans l'énumération des cas de divorce imputables à la femme, sous le règne d'Auguste et plus tard de Constantin et de Justinien, figure bien toujours l'avortement (au moins à partir de Constantin), mais la prohibition de boire du vin, même sous la forme moderne de répression de l'intempérance, a complètement disparu comme cause de divorce.

Dans le second procès jugé par Marius, on trouve une application caractéristique de l'*aequius melius* de l'*imperium* du juge. Marius est un soldat et non un jurisconsulte. Son équité est appréciée, comme l'équité d'un soldat et non comme l'équité d'un juge. Lui-même a hésité à appliquer sa sentence ; il aurait préféré que Titinius, le mari de Fannia, retire sa demande, pour n'avoir pas à juger le cas. Le *judicium de moribus* était en effet fondé, dans l'espèce, sur l'adultère de la femme. Or l'adultère de Fannia n'était pas douteux ; c'était une femme de mœurs légères. On était donc en présence d'un cas typique de *mores graves* et Titinius avait le droit, suivant l'usage, de réclamer à titre de peine, toute la dot. Seulement, Marius considère que Titinius, en épousant Fannia alors qu'il connaissait son inconduite et que, une fois marié, il l'avait longtemps tolérée et peut-être même en avait profité, avait commis, lui aussi une faute. Il apparaissait à Marius que, en réclamant la dot, Titinius en réalité ne voulait pas venger son honneur longtemps outragé, mais qu'il avait l'intention de spolier sa femme de sa dot, contrairement à l'équité. Alors, par application de son pouvoir de statuer en équité, Marius, pour la forme, condamne Fannia, mais il ne la frappe que d'une condamnation théorique à un sesterce. Par contre, il condamne son mari, Titinius, à lui restituer la totalité de la dot.

L'histoire rapporte d'ailleurs que Fannia n'en voulut aucunement à Marius pour cette condamnation qui la marquait d'infamie prétorienne (incapacité de plaider). Fannia lui fut au contraire reconnaissante de lui avoir conservé sa dot. Elle eut l'occasion plus tard de lui prouver cette reconnaissance lorsque, réfugié à Minturnes, Marius essayait de se sauver, poursuivi par Sylla. L'ordre avait été donné de faire emprisonner Marius. Or, les magistrats de Minturnes, n'ayant pas de prison à leur disposition, le confièrent à Fannia, pensant qu'elle était restée son ennemie depuis la condamnation infamante prononcée contre elle et que, par suite, elle assurerait efficacement sa garde. Mais Fannia fit au contraire tout ce qu'elle était en son pouvoir pour lui porter secours et pour le reconforter.

Cette jurisprudence de Marius s'est imposée par la suite et nous la retrouvons dans un texte du Digeste XXIV, 3, 47.

L'*aequius melius* a tendance à se stabiliser à un taux fixe. Nous trouvons cette stabilisation dans les *retentiones propter mores*, très probablement en vertu d'une loi qui est, soit la loi Papia

Poppea, soit la loi Julia de adulteriis. D'après ces lois, le taux fixe de la rétention est d'un huitième pour les mores leviores et d'un sixième pour les mores graviores. La retentio est donc très inférieure à son taux du VI^{ème} siècle. Alors, le judicium de moribus, comme la faute et la sanction, perdent de leur importance.

D'autre part, à dater de la loi Julia, la sanction du divorce est transformée en une punition publique ; des poursuites publiques sont engagées par le mari ou par les parents contre la femme adultère. Elles tendent à la condamnation de la femme à l'exil et, en outre, à la confiscation de la plus grande partie de sa dot. A partir de ce moment, le judicium de moribus n'a plus de raison d'être.

omaine d'ap-
plication de
l'action rei
uxoriae et
du judicium
de moribus.

Nous arrivons ainsi à la partie la plus importante du sujet : quelle était l'application respective de l'action rei uxoriae et du judicium de moribus ? Il faut remarquer, en effet que, lorsque la femme intente contre le mari l'action rei uxoriae en restitution de sa dot, le mari trouve dans la retentio propter mores la possibilité de déduire de la dot ce qu'il pourrait exiger directement par le judicium de moribus. En un mot, il peut obtenir du juge directement, par retentio, ce qu'il aurait pu réclamer, après la restitution de la dot, par le judicium de moribus. Le judicium de moribus n'est donc pas nécessaire quand l'action rei uxoriae est intentée : il ferait double emploi avec elle.

Il faut donc déterminer le champ d'application respectif de ces deux actions. Il y a eu de nombreuses tentatives de conciliation entre elles, mais aucune n'est satisfaisante. C'est ainsi que Keller, Institutes, p. 186, pense que le judicium de moribus n'est pas un véritable jugement ; c'est une manière de résoudre une question préjudicielle. Ce jugement préjudiciel a pour but de trancher la question de fait, la question des moeurs, et il permet ensuite, dans l'action rei uxoriae, d'opérer la retentio propter mores. C'est une opinion insoutenable. D'abord parce que cela est contraire à la nature de l'action rei uxoriae. Dans cette action, la retentio propter mores suffit, à elle seule, à permettre au juge d'apprécier le cas et d'opérer la retentio. D'autre part, il est certain que le judicium de moribus aboutit à un jugement de condamnation de la femme ; Caton et Valère Maxime nous le disent : la femme est condamnée. Ceci est d'ailleurs confirmé par Gaius, Institutes, IV, 102 : le judicium de moribus figure parmi les actions dans lesquelles le défendeur, ici la femme, quand il plaide pour lui-même, doit fournir exceptionnellement la

caution judicatum solvi : "Quod si proprio nomine aliquis judicium accipiat in personam, certis ex causis judicatum solvi satis dare solet, quas ipse praetor significat....., propter genus actionis velut judicati dependens aut cum de moribus mulieris agitur : lorsque quelqu'un accepte en son nom propre une instance d'action personnelle, il faut dans certains cas fournir la caution de payer ce qui sera jugé, le prêteur lui-même indique ces cas.... à cause de la nature de l'action, par exemple pour l'action judicati ou l'action dependens ou lorsqu'il s'agit de l'action de moribus mulieris.

Il en est ainsi parce qu'il s'agit d'une action entraînant l'infamie et dans laquelle on n'avait pas de ménagements particuliers pour la femme qui était poursuivie. C'est donc bien une condamnation qui est prononcée contre la femme et normalement après que la dot lui a été restituée. Ce n'est pas du tout une sentence simplement préjudicielle.

Quelques auteurs anciens, notamment Hase Güter recht, p. 182 ; Dernburg, La compensation, p. 146 pensaient que le judicium de moribus permettait de frapper la femme non pas sur sa dot, mais sur ses autres biens. Cette opinion n'est pas acceptable : les textes parlent formellement d'une amende sur la dot.

Doit être également rejetée l'opinion de Karlowa, Rechtsgeschichte, II, 215 et suivants : d'après lui, le judicium de moribus présenterait l'intérêt d'ajouter à l'amende sur la dot des peines infamantes. Karlowa ne peut indiquer quelles sont ces peines.

Resterait pour un assez grand nombre d'auteurs à réserver cette action pour le cas où le mari n'a pas fait valoir son droit quand il a intenté l'action rei uxoriae. En ce sens, Bechman, I, 89 et Czyhlarz, R 388. Lenel Edit perpétuel II, p. 28. Ou bien encore dans le cas où le mari n'aurait pas effectivement reçu la dot, c'est-à-dire au cas où il y aurait eu promissio et non datio dotis. Alors, le mari ne pourrait rien retenir sur la dot, n'ayant pas reçu celle-ci. C'est l'opinion de Keller, Institutes p. 187 et de Voigt, Lex Moenia de dote.

Toutes ces suppositions sont bien arbitraires et elles réduisent le champ du judicium de moribus à une hypothèse tellement anormale (tel que l'oubli de réclamer la retentio propter mores dans l'action rei uxoriae, comme si le mari ne connaissait pas cette retentio!) qu'on ne voit réellement plus pourquoi on aurait créé le judicium de moribus.

Le défaut de toutes ces tentatives d'explication est de méconnaître les données historiques et de vouloir

se placer uniquement au point de vue logique, comme si l'on était en face d'une législation cohérente et complète.

Nos textes nous ont apporté la preuve que la restitution de la dot a été assurée d'abord par voie de stipulation. Il y a donc eu une période où la restitution de la dot est civilement assurée par contrat, avant de l'être par l'action rei uxoriae, c'est-à-dire avant qu'il s'agisse d'une restitution légale. Voilà un premier point.

D'autre part, les textes relatifs au *judicium de moribus* nous permettent de penser à l'existence de ce *judicium* à une époque antérieure à celle de la création de l'action rei uxoriae. Le *judicium de moribus* est plus ancien que l'action rei uxoriae, il a été créé avant elle. Pour qu'il fonctionne, il faut que la dot ait été restituée à la femme, que la femme ait eu le droit de se faire restituer sa dot, car le *judicium de moribus* la condamne à rendre au mari une partie de cette dot. Dès lors, sans ce *judicium de moribus*, le mari aurait été obligé de restituer toute la dot. Or, avant la création de l'action rei uxoriae, le mari n'est obligé de restituer la dot que lorsqu'il en a formellement promis la restitution, quand il est soumis à la caution rei uxoriae. Et il semble que les deux sentences de Marius doivent être interprétées en ce sens. Evidemment ni Valère Maxime ni Plutarque ne sont des auteurs juridiques. La façon dont ils s'expriment ne peut pas emporter la conviction absolue du mécanisme du procès qu'ils décrivent. Ils sont cependant d'accord pour présenter l'affaire sous l'aspect de deux procès devant aboutir à deux jugements distincts: l'un de la femme contre le mari en restitution de la dot, l'autre du mari contre Fannia tendant à obtenir une amende sur la dot. Pour le premier procès, ces textes ne désignent pas l'action. Mais, s'il s'agissait de l'action rei uxoriae, il n'y aurait pas lieu à deux condamnations, car la *retentio propter mores* a permis au mari de retenir ce à quoi il avait droit. Au contraire, s'il s'agit d'une action ex stipulatu, on conçoit très bien que, à cette époque ancienne qui est encore une époque de droit strict, il faille prononcer deux sentences distinctes: l'une sur la restitution de la dot en vertu du droit strict de la stipulation, l'autre sur le *judicium de moribus*, qui condamne la femme à rendre au mari une partie de la dot qu'elle vient de recevoir. Dans ce procès, Marius ne voulant pas condamner Fannia, commence par conseiller à Titinius, son mari, de retirer sa demande; puis, devant son refus, il prononce deux jugements.

Telle est l'explication la plus vraisemblable et

"Les Cours de Droit"

Répétitions Ecrites et Orales

qui semble la meilleure: le *judicium de moribus*, antérieur à l'action *rei uxoriae*, constitue une riposte à la réclamation de la femme dans le domaine du droit civil, à la situation nouvelle créée au profit de la femme par les *cautiones rei uxoriae*, *cautiones* par lesquelles le droit civil assure complètement et dans tous les cas la restitution de la dot à la femme. Celle-ci, libérée des usages familiaux par la stipulation formelle de restitution de la dot, bénéficie de ces dispositions nouvelles du droit civil qui écartent le *judicium domesticum*.

Mais alors cette libération de la femme apparaît trop complète, elle semble contraire aux *mores*. Le censeur est impuissant ici à contraindre la femme à respecter les usages familiaux, parce que la femme n'est pas soumise à sa note d'infamie. Le préteur, tenant à faire respecter ces usages familiaux, entre en jeu et il riposte dans son édit au moyen du *judicium de moribus*, qui prescrit au juge de faire respecter les usages familiaux. Leur observation est assurée ici par une sentence du juge.

Par là, le préteur fait accomplir un pas considérable au droit civil, car il admet ainsi une action totalement différente des actions de droit strict, qui étaient les seules actions existant jusque-là. C'est l'époque où le préteur introduit dans le droit civil un groupe d'actions reposant sur l'équité, qui réalisent un premier essai du droit de bonne foi dans le droit civil.

Le *judicium de moribus* est d'ordre public.

Pour permettre à ce système nouveau de fonctionner, il faut que le *judicium de moribus* ne puisse pas être écarté par une convention contraire, car il est destiné à mettre en échec la stipulation de restitution. Telle est en effet la règle inscrite au Digeste XXIV,4,5; Paul, Livre VII ad Sabinum (il s'agit donc d'un traité sur le droit civil): "Illud convenire non potest ne de moribus agatur, vel plus vel minus exigatur, ne publica coercitio privata pactione tollatur: On ne peut convenir qu'on n'intentera pas l'action de moribus, où qu'on réclamera plus ou moins, pour que la réprimande publique ne soit pas écartée par un pacte privé". Ici encore on peut remarquer la façon de s'exprimer traditionnelle du jurisconsulte: il parle de *coercitio*, c'est le terme technique désignant le jugement du censeur.

Le dernier texte juridique qui nous ait été conservé, Code Théodosien, III,13,1, marque le caractère étroitement personnel de cette action de moribus: "De moribus actio ultra personam extendi non potest, nec in heredem dabitur nec tribuetur heredi: L'action

de moribus ne peut être étendue au-delà de la personne : elle ne peut ni être donnée contre l'héritier, ni être attribuée à l'héritier". Elle a donc un caractère étroitement personnel et extra-patrimonial, comme la *retentio pro iter mores* dans l'action *rei uxoriae*, comme l'action *rei uxoriae* elle-même. Quand l'action a été intentée contre la femme par le mari et que la femme vient à mourir, l'action ne peut plus être continuée contre l'héritier et le mari doit restituer toute la dot. A l'inverse, l'héritier du mari ne peut continuer la poursuite commencée par le mari : c'est une action intransmissible passivement et activement.

La formule
du
de
judicium
moribus.

Nous ne possédons aucune donnée sur la formule du *judicium* de moribus. Lenel pense qu'elle figurait dans l'Edit au titré de *re uxoria*. On est généralement d'accord pour supposer qu'elle est in *aequum* et *bonum concepta* et que la formule contient le *quod aequius melius erit*, qui figurait aussi dans la formule de l'action *rei uxoriae*.

Mais on ajoute d'habitude que le *judicium* de moribus est une action in *factum*. - Ce n'est pas prouvé. Cette affirmation est liée aux conjectures sur l'origine de l'action *rei uxoriae*. Une doctrine encore répandue et qui a été avancée par Esmein considère que l'action *rei uxoriae*, avant d'être une action civile et de bonne foi, a été une action prétorienne et qu'elle avait une origine pénale. Nous étudierons cette doctrine. Pour nous l'action *rei uxoriae* a toujours été civile. Il en est de même du *judicium* de moribus.

Chapitre VI

APPARITION DE L'ACTION REI UXORIAE.

QUATRE APPLICATIONS.

Le chapitre précédent nous a permis de fixer des dates assez précises et assez sûres en ce qui concerne l'époque où la restitution de la dot a été assurée par des moyens civils. C'est en 525, à propos du divorce de Carvilius Ruga, que l'usage s'est introduit des *cautiones rei uxoriae*. Cet usage a entraîné peu après la création d'une action civile, le *judicium* de moribus. Caton la connaît. Nous avons un exemple de son fonctionnement vers 562.

difficulté de
déterminer la
date d'apparition de

La détermination de la date d'apparition de l'action *rei uxoriae* serait de toute première importance. C'est une question des plus débattues dans l'histoire du droit romain, non pas comme problème isolé, mais

l'a. rei uxoriae. Relation entre cette date et l'apparition des actions de bonne foi.

Le système de Girard sur la date de la loi Aebutia et l'apparition des actions de bonne foi.

1°) Importance de la loi Aebutia introductrice de la procédure formulaire; sa date: 605-628 ab. U.C.

elle est liée à l'apparition des actions de bonne foi, des contrats non formels de fiducie, de gestion d'affaires, de société, vente, louage, etc... L'apparition de ces contrats, la date de leur existence, soulèvent toute une série de problèmes essentiels qui ont été agités et non résolus, notamment sur leurs procédés de formation, l'autorité qui les a créés, le prêteur ou la loi, action prétorienne d'abord, action in factum ou action civile. D'autre part, ont-elles apparu avant la création de la procédure formulaire ? ou n'ont-elles pu naître qu'après l'organisation de cette procédure par la loi Aebutia ? Quelle est la date de cette loi ? Tous ces problèmes ont été agités avec passion par les auteurs de la génération précédant la nôtre. Il existe sur ce sujet une littérature innombrable et difficile. Nous n'entrerons pas dans l'examen détaillé de ces controverses. Néanmoins, nous signalons que P.F. Girard, dans son Manuel et dans ses articles savants, est parmi les auteurs celui qui a pris la position la plus tranchée, la plus intransigeante. Son système sur ce point est une des bases fondamentales de son Manuel. Les conclusions qu'il adopte sont de la plus grande importance pour sa conception du développement historique du droit romain. Nous tâcherons de les exposer en quelques mots.

Premier principe: Il accorde à la loi Aebutia une importance considérable dans le développement du droit romain. C'est elle qui a établi la procédure formulaire. Il en fixe la date entre 605 et 630 ou 640 par conséquent au début du 7^e siècle de R.F., un siècle après le divorce de Carvilius Ruga, et notez-le, un siècle après le début des transformations sociales, qui furent amenées à Rome par la conquête du monde. Depuis plus d'un siècle déjà ont afflué à Rome les étrangers, les pèlerins, qui ne participent pas au jus civile. C'est pourquoi on a nécessairement créé des usages, qui ne sont pas du droit civil. Si bien qu'on a dû créer un magistrat judiciaire spécial pour eux, le prêteur pèlerin, en 512, début du VI^e siècle et non du VII^e siècle. Malgré cela, Girard admet la loi Aebutia et la procédure formulaire comme point de départ exclusif du droit issu de ce contact entre romains et étrangers, c'est-à-dire du droit de bonne foi, qui fait écarter les cadres du vieux jus civile, du droit formaliste quiritaire. C'est depuis l'établissement de la formule, par cette loi seulement, d'après lui, que ce droit nouveau s'est créé dans les formes établies par elle, sous l'influence du prêteur et des pouvoirs nouveaux, que la loi Aebutia lui confère. La théorie de Girard acceptée dans son sens lit-

4.30): "Itaque per legem Aebutiam et duas julias sublatæ sunt istæ legis actiones; effectum est ut per concepta verba et per formulas litigemus". Dans le passage précédent, Gaius parlait des actions de la loi et de la raison pour laquelle elles sont devenues odieuses aux Romains, et il conclut aussi: "Par la loi Aebutia et les deux lois Julia, ces actions de la loi ont été abrogées; il en résulte que nous plaignons par des concepta verba, c'est-à-dire par les formules". Girard s'appuie sur ce texte et le prend dans son sens littéral. Sans aborder la critique de son hypothèse, nous dirons seulement qu'il accepte ce passage de Gaius, comme si c'était un témoignage d'historien, alors qu'il ne s'agit que d'un jurisconsulte, exposant le droit de son époque, et non pas ce qui s'est passé, au point de vue historique, quelques siècles avant lui.

2°) Pouvoirs nouveaux donnés par la loi Aebutia au prêteur.

Voici maintenant le deuxième principe posé par Girard. La loi Aebutia a transformé le droit, parce qu'elle a accordé au prêteur les pouvoirs nouveaux, et qu'il s'en est servi pour l'entraîner vers des voies nouvelles. Le pouvoir de rédiger les formules, le pouvoir d'accorder ou de refuser l'action au prêteur, tels sont les deux nouveaux pouvoirs, que lui accorde la loi Aebutia, c'est-à-dire en fait la faculté de créer du droit. Avant la loi Aebutia, dans la procédure des Actions de la Loi, il n'aurait pas eu cette faculté. L'action est donnée par la loi, Le prêteur en surveille l'accomplissement régulier, le rôle principal est aux parties, le prêteur ne joue qu'un rôle effacé de surveillance, ne pouvant ni accorder ni refuser l'action. Il n'avait donc pas en main l'instrument de développement du droit. Toutes les créations du droit nouveau, non formaliste et de bonne foi, sont nécessairement postérieures à cette période. Ici encore Girard s'appuie principalement sur l'interprétation littérale d'un texte de Gaius-(Gaius - Institutes - 4. 11): "Actiones, quas in usu veteres habuerant, legis Actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditæ erant, quippe tunc edicta prætoris, quibus, complures actiones introductæ sunt, non tunc in usu habebuntur, vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatæ erant, et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur". "Les Actions, que nos anciens avaient en usage, ont été appelées Actions de la Loi, soit parce qu'elles avaient été créées par les lois, car alors les édits du prêteur, par lesquels beaucoup d'actions ont été introduites, n'étaient pas encore en usage, soit parce qu'elles étaient accommodées aux paroles mêmes de ces lois, et par suite elles étaient observées d'une façon immuable comme les lois".

Ici encore l'interprétation littérale de ce texte, au point de vue historique, nous paraît contraire à la réalité. Gaius ne connaît plus bien les raisons pour lesquelles les actions ont été appelées Actions de la loi, et il en donne deux raisons successives. Si nous voulons accepter ces données, nous sommes arrêtés par ce que nous savons de façon certaine sur l'origine du droit à Rome. Soit en effet que nous acceptions que les actions de la loi s'appellent ainsi, parce qu'elles sont fondées sur les lois, soit que nous acceptions qu'elles aient été accomodées sur les paroles mêmes des lois, nous ne pouvons accepter ces données comme données historiques. Girard lui-même, et les auteurs qui le suivent, reconnaissent qu'au début du droit romain, avant la loi des XII Tables, le droit était fondé uniquement sur la coutume. Les actions de la loi existaient et leurs paroles étaient fixées avant l'existence des lois, par conséquent par la coutume. Si nous acceptons ces paroles de Gaius, comme une opposition entre, d'une part les édits du préteur, et d'autre part le droit plus ancien considéré comme né ex lege, nous serrons de plus près la réalité, mais le problème reste entier de leur interprétation.

3° - les rapports de bonne foi sanctionnés d'abord par des actions in factum, rem placées ensuite par des actions in Jus.

Voici enfin le troisième principe, ou plus exactement la troisième conjecture, servant de base à tout le système de Girard: ces créations du droit romain, ces actions de bonne foi, ont été créées par le préteur par les moyens, qu'il avait en son pouvoir, c'est-à-dire d'abord par une action prétorienne, une action in factum. Puis quand l'institution entre dans la pratique, est consacrée par l'usage, elle est réglementée et précisée par une loi civile, et devient une institution du droit civil. Le préteur rédige alors une formule in jus de l'action civile. Par suite, dans le développement des contrats de bonne foi, l'action in factum, constatée dans quelques-uns de ces contrats, supposée par conjecture chez les autres, aurait précédé d'une façon générale l'action civile in jus. L'action in factum aurait été celle qui a créé l'institution. Sans entrer dans le détail des difficultés que fait naître cette hypothèse, nous pouvons ici encore lui opposer cette objection générale que pas un seul exemple sûr et indubitable dans un seul contrat de bonne foi, ne nous permet de désigner une loi venant consacrer l'action in factum et la transformer en action civile.

Nous résumons d'une façon schématique cette doctrine générale, mais sans la déformer. On la trouvera éparse dans tout le Manuel de Girard; c'est le point de départ et le soutien de beaucoup de ses dévelop-

pements, et parmi les plus importants. Nous ne pouvons en quelques mots l'examiner, la critiquer. Cependant on peut dire qu'elle s'est toujours heurtée à des contradicteurs déterminés. Notamment Wlassak est le plus important. Dans plusieurs articles, il répondit aux articles de Girard sur la date de la loi Aebutia. Lenel, Mitteis, et beaucoup d'autres, y ont fait un grand nombre d'objections. On peut dire que à peu près seuls Girard et ses disciples l'ont entièrement adoptée avec intransigeance et certitude. Elle a toujours soulevé tant d'objections générales, tant de difficultés de détails, qu'on peut dire qu'elle est de plus en plus abandonnée. Elle n'est pas suivie notamment dans la littérature actuelle très active du droit romain en Italie.

§ I - Date d'apparition de l'action rei

uxoriae.

En ce qui nous concerne, les résultats acquis au cours du chapitre précédent marquent dès maintenant la position, que nous prendrons vis-à-vis de ce problème. Nous ne nous laisserons nullement arrêter par les dates possibles de la loi Aebutia. Nous ne nous laisserons pas davantage impressionner par les théories d'après lesquelles le préteur, avant que la loi Aebutia lui ait donné le droit de rédiger les formules, ne pouvait ni donner ni refuser l'action en dehors des cas déjà prévus par la loi, c'est-à-dire en d'autres termes, ne pouvait pas créer du droit nouveau. Nous nous tiendrons dans ce chapitre, comme dans le précédent, sur le terrain des faits; même si ces faits doivent être en contradiction avec ces théories, nous les accepterons comme tels.

Déjà, en effet, nous avons établi que dès le VI^e siècle de R.F., nous avons des traces sûres du *judicium de moribus*. Le texte de Aulu-Gelle (X. 23), nous montre qu'il est connu de Caton l'Ancien, qui en expose le mécanisme. C'est le témoignage principal et certain, mais nous avons aussi le témoignage de Valerius Maximus, qu'un jugement a été rendu par Cneius Domitius dans la deuxième moitié du VI^e siècle sur le *judicium de moribus*. L'existence du *judicium de moribus* à ces dates est une objection contre les théories que nous venons de rappeler aussi grave que serait l'existence de l'action *rei uxoriae*. Car le *judicium de moribus* est aussi loin que possible d'être une action de droit strict. Il est de toute évidence de même nature que l'action *rei uxoriae*. Les objections contre la dernière valent contre la première. Mais

Existence
du *Judicium*
de *moribus*
au VI^e S.
ab U.C.

pour l'une comme pour l'autre, la constatation de leur existence est une preuve que le préteur crée du droit nouveau. Les textes, que nous allons citer pour l'action rei uxoriae, sont peut-être moins nets que pour le iudicium de moribus, au moins en ce qui concerne le VI^{ème} siècle. Mais le dernier, le plus décisif, dénote un tel développement de l'action rei uxoriae pour l'année 633 de R.F. qu'il a été écarté, lui aussi par les partisans des conjectures, que nous combattons.

D. 24.3.44

Ce texte prouve-t-il l'existence à l'époque de Caton de l'a. rei uxoriae déjà développée ?

I. Digeste 24.3.44 Paulus. Libro quinto Quaestio- num. "Si socer a genero haeres institutus adierit hereditatem, quandoque mortuo patre cum haerede jus filiam de dote acturam, Nerva et Cato responderunt, ut est relatum apud Sextum Pomponium Digestorum ab Aristone libro quinto. Ibidem Aristone consensit, et ego dicerem et si emancipasset pater filiam ipsum quoque conveniri posse". "Si le beau-père, institué héritier par son gendre, a accepté l'hérédité, quand le père est mort, la fille pourra intenter l'action dotale contre son héritier. C'est la réponse que firent Nerva et Caton, comme le rapporte Sextus Pomponius, au livre 5 du Digeste d'Ariston. A cet endroit Pomponius approuve l'opinion d'Ariston et j'ajoute à mon tour que si le père avait émancipé sa fille, il pourrait aussi être poursuivi". L'espèce qui est indiquée dans ce texte est la suivante: un mari en mourant institue le père de sa femme héritier. Celui-ci recueille le patrimoine de son gendre, et dans ce patrimoine la dot. La fille ne peut pas intenter contre son père l'action en restitution de dot, l'action rei uxoriae, car elle est sous sa patria potestas. Mais le père meurt à son tour. L'action rei uxoriae peut-elle être intentée par la femme contre l'héritier du père ? Paul pense que oui. Il cite les autorités sur lesquelles il s'appuie. L'opinion a été soutenue par Sextus Pomponius dans son commentaire sur les digestes d'Ariston, et il approuve Ariston. Celui-ci à son tour s'appuie sur des réponses faites par Nerva et Caton. Vous reconnaissez le procédé habituel des jurisconsultes romains, citant leurs prédécesseurs comme autorités. L'origine de cette question est une demande faite aux jurisconsultes, soit par une partie, soit par un juge, à propos d'un procès. Paul ajoute à son tour que si la fille est émancipée, elle peut intenter l'action en restitution de dot contre son père lui-même, car elle n'est plus sous sa patria potestas, qui seule empêchait l'exercice de l'action. Parmi les autorités citées, nous trouvons Nerva, jurisconsulte du I^{er} siècle de l'Empire, mort en 33 après J.C.. C'était le chef de l'é-

cole des Proculiens; nous trouvons aussi Caton. Si nous considérons cette citation comme exacte, la restitution de la dot est connue de Caton, non seulement l'action rei uxoriae, mais l'action rei uxoriae, qui a déjà subi tout un développement postérieur à sa création. Le cas originel de l'action est en effet le divorce. Elle est déjà étendue ici à la restitution de la dot, au cas de mort du mari. Caton l'ancien ou son fils Licinianus (562-601 de R.F.) ont été tous deux des jurisconsultes, ayant écrit des ouvrages de droit, et donné des réponses. Mais nos auteurs contestent la vérité de la citation de Caton. Ils font remarquer le caractère insolite de cette citation. Le jurisconsulte le plus nouveau, Nerva, est cité avant l'ancien Caton, contrairement aux procédés habituels de citation. Aussi Lenel dans sa Palingénésie, Esmein (Nouvelle Revue historique 1893, page 166, note 2) et ensuite Bonfante (Corso di diritto I. 342) conjecturent que le manuscrit portait Capito. Deux lettres sont tombées par la faute d'un copiste, et il est resté Cato. Krüger dans l'édition du digeste de Mommsen corrige davantage le texte, et change Caton en Ariston, en se basant sur le texte lui-même, sur la relation et l'approbation par Pomponius de l'opinion d'Ariston. Nous laisserons la question en suspens. Nous faisons seulement remarquer que ces difficultés sont soulevées à cause de l'idée à priori que l'action rei uxoriae est impossible au VIème siècle, par conséquent à l'époque de Caton.

2° - Nous examinerons ici le témoignage de Plutarque et de Polybe au sujet d'une restitution de dot à la veuve de Paul-Emile en 594 de R.F., à la fin du VIème siècle. Paul-Emile n'était pas riche et ses héritiers restituèrent difficilement sa dot à sa veuve. Plutarque. Vie de Paul-Emile. 4. "Ses biens étaient peu nombreux et suffirent à peine quand la dot fut rendue à sa femme après sa mort" (Polybe. 18.18.) "A la mort de Paul-Emile, qui eut lieu peu après la guerre contre les Perses, ses fils d'après la nature, Publius Scipion et Quintus Maximus voulant restituer sa dot qui était de 25 talents furent à ce point dans l'embarras qu'ils ne purent le faire sans vendre le mobilier, les esclaves et quelques-unes de ses terres". Polybe 22.8.. "Lorsqu'il mourut, on ne put payer à sa femme toute sa dot avec les meubles, et l'on dut vendre quelques-uns des fonds de terre. Diodore de Sicile 76. "Il mourut si pauvre qu'après sa mort on put difficilement rendre sa dot à son épouse". Enfin Tite-Live, Epitome. 36. "Lucius Aemilius Paulus, vainqueur des Perses mourut dans une telle indigence, lui qui avait rapporté d'Espagne et de Macédoine des richesses

immenses, qu'on retira de la vente de ses biens à peine de quoi rembourser à son épouse".

Tous ces textes nous indiquent qu'à la mort de Paul-Emile, ses fils par le sang, Publius Scipion, adopté par les Scipions et Fabius Maximus adopté par les Maximi, voulurent rendre la dot de la veuve de Paul-Emile, qui était de 25 talents. Cette restitution paraît avoir été volontaire. Ils ne sont pas pour suivis en justice, et Plutarque dit qu'ils voulaient rendre la dot. Mais cette restitution, la font-ils pour exécuter une simple obligation morale des usages familiaux ? Ceci paraît peu vraisemblable; la nécessité de vendre des biens aux enchères paraît excessive pour exécuter de simples usages familiaux. Cependant les auteurs cités, Esmein (Nouvelle Revue historique, 1893. 165) Girard (Mélanges 81. note 2) sont de cet avis. Mais Polybe est plutôt dans le sens d'une dette. Il dit: "La dot étant due..." Il est vrai que Girard dit alors qu'elle a pu être due en vertu d'un contrat, ou d'un testament. Notons que l'objection vient encore ici de l'idée a priori que l'action rei uxoriae est impossible à cette date, d'après la théorie de nos auteurs sur la loi Aebutia et sur le caractère de l'action. Pour nous qui laissons de côté cette controverse, nous constaterons simplement que la restitution de la dot est affirmée à la date de la mort de Paul-Emile et sans aucune autre indication spéciale. Il nous semble plus vraisemblable d'admettre que cette restitution est la restitution que nous connaissons, c'est-à-dire la restitution légale, en vertu de l'action rei uxoriae.

Troisièmement, nous terminons par un texte plus clair et plus décisif, qui montre l'application de la restitution de la dot par l'action rei uxoriae à la mort de Caius Gracchus en 633 de R.F. Digeste 24.3.66 Javolenus: Libro sexto, ex. posterioribus Labeonis. "In his rebus quas praeter numeratam pecuniam dote vir habet dolum malum et culpam eum praestare oportere Servius ait. Ea sententia Publii Mucii est, nam is in Licinnia Gracchi uxore quod res dotales in ea seditione qua Gracchus occisus erat perissent ait quia Gracchi culpa ea seditio facta esset Licinniae praestari oportere". "Dans ces choses que le mari a reçues en dot en dehors de l'argent, Servius dit qu'il est responsable de son dol mauvais et de sa faute. Publius est du même avis, au sujet de la dot de Licinnia épouse de Caius Gracchus. Comme les choses dotales avaient péri dans cette sédition dans laquelle Gracchus avait été tué, Publius Mucius dit qu'elles devaient être fournies à Licinnia, parce que cette sédition a-

vait eu lieu par la faute de Caius Gracchus". Les jurisconsultes ici cités sont les suivants par ordre chronologique, en commençant par le plus jeune: Javolenus entre le premier et le deuxième siècle de l'ère chrétienne, consul en 90 après J.C. qui écrivit sur les posteriores de Labéon, - Marcus Antistius Labéon, jurisconsulte du début du premier siècle, sous Auguste, mort en 22, chef de l'école des Proculiens à ses débuts. Labéon cite l'opinion de Servius Sulpicius Rufus, contemporain et ami de Cicéron, consul en 703 et mort en 711. Nous connaissons déjà Servius Sulpicius Rufus, dont nous avons cité le Traité sur les dots rapporté par Aulu-Gelle à propos du divorce de Carvilius Ruga. C'est un des veteres, c'est-à-dire un des jurisconsultes de l'époque de la République. Il cite enfin un jurisconsulte encore plus ancien de même opinion, Publius Mucius Scaevola, consul en 621, puis pontifex maximus et contemporain des Gracques, un fondateur du jus civile avec Brutus et Manilius. Chacun de ces auteurs, suivant le procédé habituel des jurisconsultes romains, est cité comme autorité par le précédent, et Javolenus a réuni dans son ouvrage toutes ces autorités.

Quelle est la difficulté sur laquelle elles ont tranché ? La dot reçue par le mari peut être, soit de l'argent, soit une res certa. Cette res a péri à la dissolution du mariage, l'obligation de restituer, l'objet ayant péri, est-elle éteinte faute d'objet ? D'après les principes habituels du droit romain, si la perte résulte d'un cas fortuit, le débiteur est libéré; si la perte résulte du dol et de la faute du mari, il en est responsable, et il doit toujours exécuter son obligation, qui se résout en dommages et intérêts. Labéon est de cet avis: dolum malum et culpam praestare oportere, dit-il. C'est la théorie classique de la responsabilité par cas-fortuit et par la faute. L'origine de ce cas a dû être une réponse du jurisconsulte Publius Mucius Scaevola, consulté à propos de la dot de Licinnia, femme de Caius Gracchus. Les res certae de la dot, les immeubles, avaient péri dans la sédition, dans laquelle Caius Gracchus avait trouvé la mort. Ses héritiers demandent au jurisconsulte s'ils ne sont pas libérés par cette perte du corps certain. Le jurisconsulte répond qu'ils doivent "praestare oportere", parce que la perte est advenue par la faute de Caius Gracchus, celui-ci étant responsable de la sédition, par conséquent de la perte survenue à la suite de cette sédition. C'est donc l'application, tel que le cas est formulé de la théorie de la faute. Voilà le cas. Comment peut-on l'interpréter ?

Il est incontestable d'abord qu'il s'agit ici de l'interprétation d'une obligation juridique, suivant des règles de droit et par un jurisconsulte. On ne peut plus soutenir, comme pour la dot de Paul-Emile, qu'on ne sait s'il s'agit d'exécution d'un devoir moral ou d'une obligation juridique. Mais cette obligation résulte-t-elle d'une stipulation de restitution faite au début du mariage, ou de l'obligation légale née avec l'action rei uxoriae ? Girard à plusieurs reprises soutient que cette obligation résulte de la stipulation et d'une action ex stipulatu. Il le dit notamment dans son Manuel, Livre III.6. Chapitre 2, et dans ses Mélanges de Droit Romain. I.8I note 2.9I note I.II7 note 8. Pourquoi répète-t-il à plusieurs reprises cette affirmation ? Ce n'est pas que pour lui l'action rei uxoriae ne soit pas possible en 633, à la date de la mort de Caius Gracchus, elle est à la rigueur possible, car la loi Aebutia est déjà portée, si elle a été édictée entre 602 et 630, mais étant donné l'évolution qu'il attribue à cette action, qui aurait été créée comme action pénale et action prétorienne pour le cas de divorce injustifié seulement, et aurait été étendue ensuite à tout cas de divorce, puis au cas de mort du mari, et qu'elle est devenue ensuite une action civile une fois consacrée, il est invraisemblable qu'une évolution aussi importante ait pu se produire si vite et en si peu d'années. Car il s'agit ici d'une action donnée à la femme au cas de mort de son mari, Caius Gracchus, et non pas au cas de divorce, et il s'agit d'une action civile comme l'indiquent les mots caractéristiques "Praestare oportere", termes classiques désignant l'action civile, qui n'ont jamais été appliqués à une dette résultant de l'action in factum du prêteur. Le terme de cette évolution en 633 serait possible mais invraisemblable, parce que trop tôt. On voit le raisonnement à priori de Girard.

Cette conclusion est impossible à maintenir, si l'on étudie le texte, pour deux raisons décisives : Premièrement, il est impossible d'appliquer à l'action ex stipulatu, action de droit strict, la théorie de la responsabilité du dol et de la faute à une date aussi reculée. En 633, nous sommes 50 ans avant la création de l'action de dolo, qui a permis de contaminer en quelque sorte les règles de responsabilité et de l'action de droit strict par les règles de la bonne foi. La théorie du dol et de la faute est née dans le domaine des actions de bonne foi; elle s'est développée dans ce domaine et ce n'est que par l'intermédiaire de l'action prétorienne et pénale de dolo qu'elle est passée dans le droit strict. Nous n'in-

sistons pas davantage sur ce point, qui est pourtant important, mais trop long à développer ici, et d'ailleurs pas nécessaire, puisque la deuxième raison est suffisamment décisive. Deuxièmement. Quand un texte amphibologique n'est pas suffisamment clair et controversé, le procédé nécessaire d'explication est de chercher si on ne peut l'expliquer par le contexte. Si nous continuons à lire le passage de Javolenus sur les posteriores de Labéon, dont j'ai cité le début, nous ne trouvons nulle part qu'il est question de l'action ex stipulatu. Par contre l'exposé des règles, qui continuent à être examinées, montre que celles-là ne peuvent - d'une façon indubitable - qu'être rapportées à l'action rei uxoriae. J'en donnerai deux exemples. Digeste 24.3.76 § 2. "Filiis familias divortio facto dotem patri reddi jusserat. Deinde parte dotis persoluta pater decederat reliquam partem... mulieri solvi debere Labeo et Trebatius putant idque verum est". Ce texte rappelle une règle caractéristique de l'action rei uxoriae. Elle appartient en commun au père et à la femme, même à la femme alieni juris in potestate: c'est une règle anormale résultant de l'opposition entre l'équité d'après laquelle la dot est à la femme, et le droit strict d'après lequel le père a seule capacité pour exercer l'action. La femme étant alieni juris en est incapable. Donc lui seul en fait peut recueillir la dot tant qu'il vit. Mais il faut pour qu'il agisse, qu'il ait le consentement de la femme, jussu mulieris. C'est ce qui a été fait ici. Le père après avoir exercé l'action a déjà touché une partie de la dot. Mais il meurt avant l'achèvement du paiement. A qui la dot doit-elle être continuée à être payée ? Le jurisconsulte déclare que c'est à la femme et non pas aux héritiers du mari. Cette règle continue à développer le caractère anormal de l'action rei uxoriae, qui la différencie de l'action ex stipulatu. En effet, dans l'action ex stipulatu, la dot serait purement et simplement réclamée par qui a stipulé. La femme alieni juris étant incapable de stipuler, elle serait recueillie par le père ou par ses héritiers.

Enfin, à la fin du même texte Javolenus donne une solution de Labéon: "Ad mulierem pertinere ait Labeo quia nec melius aequius esset quod exigere vir ab uxore non potuisset ob his ex detrimento viri mulierem locupletari". Labéon invoque la formule même de l'action rei uxoriae. Quelqu'un s'est obligé à fournir une dot à la femme. Il est mort sans l'avoir payée, mais il a fait la femme héritière. Labéon pense que pour la partie, dont elle a été instituée héritière, la dot est aux risques de la femme. Labéon dit donc ici que la dot est aux risques de la femme, car il ne

serait pas *aequius melius* que la femme s'enrichisse au détriment du mari, de ce fait que le mari ne pouvait pas réclamer à son épouse. Il s'agit en effet d'une promesse de dot faite par un tiers. Le tiers avant de mourir, et sans l'avoir payée, a institué la femme héritière.

La lecture de tout le texte donne donc la preuve certaine qu'il s'agit de l'action *rei uxoriae*, qu'elle existe par conséquent au début du VII^{ème} siècle, et ce qui est une constatation importante, dans sa forme civile avec le *praestare oportere*, qui est signe de l'action civile.

La consultation de Quintus Mucius Scaevola semble indiquer que Licinnia a reçu sa dot, puisque le jurisconsulte déclare qu'elle était due. Le fait est contredit par Plutarque dans sa Vie de Caius Gracchus. Plutarque dit que les ennemis de Caius Gracchus, non contents de sa mort, privèrent sa veuve Licinnia de sa dot. Nous signalons seulement cette contradiction de fait, qui n'infirme en rien le témoignage de notre texte, car comme l'a fait remarquer Esmein, si ses ennemis ont privé Licinnia de la dot, cela suppose que la dot était due, que le droit de la femme à avoir sa dot était donc reconnu à cette époque. D'autre part, notre texte est authentiqué par la série des autorités, qui, à propos de cette consultation se sont citées les unes les autres. Il est difficile de trouver une transmission plus régulière et plus certaine, et par conséquent ayant plus d'autorité.

Nous concluons donc de l'examen de ces textes que nous sommes en présence d'un ensemble de témoignages suffisamment précis et certains. Si nous écartons en effet Caton l'Ancien et le témoignage assez peu sûr d'après lequel il aurait connu l'action *rei uxoriae*, nous trouvons pourtant qu'elle fonctionne en 594 à la mort de Paul-Émile, qu'elle fonctionne certainement en 633 à la mort de Caius Gracchus, et à ces deux époques elle a déjà acquis un grand développement, par conséquent que depuis déjà assez longtemps elle existe dans le droit, car après avoir été créée pour le divorce, elle a été déjà étendue au cas de dissolution du mariage par la mort du mari.

§ II - Différents cas de restitution.

Quels sont les événements qui donnent naissance à l'obligation de restituer ? Le premier, c'est d'abord le divorce.

1) Le divorce. L'action *rei uxoriae* a été créée à l'occasion du divorce. Ce sont les divorces fré-

quents qui l'ont rendue nécessaire. C'est là son domaine originaire. Ceci résulte d'abord de la tradition, que nous avons rapportée depuis le commencement de notre étude. Dans tous les précédents que nous avons trouvés à l'obligation de restituer dans les usages familiaux, nous voyons que cette obligation se développe et joue au cas du divorce. Le plus ancien en effet de nos textes, celui de Plutarque déclare que c'est au cas de divorce injustifié que la femme répudiée à tort reçoit la moitié de la fortune du mari. Et tous les autres textes que nous avons cités se réfèrent uniquement à cette hypothèse du divorce. La première fois qu'on a songé à assurer à la femme le recouvrement de sa dot par une action civile, c'est lorsque Carvilius Ruga divorça d'avec sa femme.

Cette tradition, l'état des sources nous en donne une confirmation assez sûre. A l'époque classique, la femme a droit à la restitution de sa dot en d'autres cas qu'au cas de divorce. Mais il subsiste une trace assez nette que c'est toujours le cas de divorce qui est le plus important, qui est toujours pris comme type, par hypothèse, c'est le cas originaire qui est resté le cas principal. Ulpien dans ses *Regulae*, Fragment 6 de dotibus, résume sommairement les notions connues sur la dot, et parle de l'action rei uxoriae. Or, il n'en parle qu'au cas de divorce. Il ne dit pas un mot de cette action au cas de mort du mari, et pourtant elle existait de son temps depuis longtemps. Fragment 6 § 6. Il introduit ainsi l'action rei uxoriae "Divorcio facto, si quidem sui juris sit mulier ipsa habet rei uxoriae actionem, id est repetitionem dotis. Quod si in potestate patris sit, pater, adjuncta persona filiae, habet actionem rei uxoriae; nec interest adventicia sit dos". "Le divorce ayant eu lieu, si la femme est sui juris c'est elle-même qui a l'action rei uxoriae, c'est-à-dire la réclamation de la dot. Si elle est en puissance du père, c'est le père, la personne de la fille lui étant adjointe, qui a l'action rei uxoriae, sans qu'il importe que la dot soit adventice". Le digeste se présente de la même façon dans le titre spécial consacré à la restitution de la dot, livre 24, titre 3, "soluta matrimonio dos quemadmodum petatur". Les textes réunis sous ce titre, malgré son caractère très général, n'envisagent exclusivement que le cas de divorce. C'est la seule hypothèse expressément prévue par eux bien que, comme nous le verrons, il y ait d'autres cas, qui apparaissent dans ce titre. C'est donc que l'hypothèse du divorce est la plus importante, la plus ancienne, qu'elle est prise comme type.

Par contre, aucune trace que l'action rei uxoriae

ait été originairement créée pour le cas du divorce injustifié de la part du mari. C'est l'hypothèse d'Esmein, nécessaire à sa conjecture sur l'origine pénale de l'action rei uxoriae. Pour lui, l'action rei uxoriae a débuté comme action pénale et prétorienne, pour la répression d'un délit, le délit commis par le mari de divorcer sans raison. Il ajoute, il est vrai tout de suite, que le caractère a changé, puisqu'elle a été étendue à d'autres cas. C'est une pure conjecture d'Esmein, sans aucun appui dans les textes. Elle est au contraire contredite, notamment par le texte de Caeton dans Aulu Gelle.

Peines du divorce dans la législation impériale.

La législation impériale sur le divorce à partir d'Auguste va changer, non pas les règles de l'action rei uxoriae, mais certains de ses cas d'application. Nous avons vu l'état des mariages et des divorces, à partir du VI^{ème} siècle, dans les derniers siècles de la République et au début de l'Empire. Les divorces sont faciles et par suite fréquents. La fréquence du divorce est une des plaies les plus éclatantes de la société romaine. Le divorce a lieu sans aucune formalité, non seulement par la volonté des deux parties, mais par la volonté d'un seul. Cette facilité n'a jamais été supprimée du droit romain, même dans sa dernière période, en la période chrétienne, quoique cette législation soit en somme inconciliable avec les idées chrétiennes. Le christianisme en effet proclame l'indissolubilité du mariage, par suite l'illégitimité, l'impossibilité du divorce. Malgré cela, l'Eglise n'a jamais pu faire modifier la législation civile, et restreindre la liberté du divorce, sauf peut-être pendant quelques années. Justinien en effet dans la Nouvelle 117, chapitre 10, défend le divorce par consentement mutuel, en 542, mais son successeur Justin le rétablit en la Nouvelle 145 en 566.

Mais si le divorce reste libre, justifié ou non, c'est-à-dire si les époux qui divorcent sans raison restent réellement divorcés, les empereurs depuis Auguste, et surtout les empereurs chrétiens, cherchent à restreindre la fréquence du divorce, en le frappant de peines pécuniaires, lorsqu'il est injustifié. Ces peines retentissent directement sur l'action rei uxoriae, car pour la femme en faute, la peine consiste à ne pas lui restituer sa dot. Elle lui enlève donc

l'action rei uxoriae.

1° - Législation d'Auguste contre l'adultère.

Auguste ne touche pas à la liberté du divorce. Peut-être est-ce lui qui exige que l'on emploie une forme, l'envoi d'un écrit, le libellum repudii. Mais il s'attache à réprimer l'adultère. La lex Julia de adulteris en 737 de R.F., qui est aussi la loi Julia de fundo dotali, s'occupe de l'adultère de la femme seule. Nous avons vu que dans l'ancien droit le mari avait le droit de tuer sa femme surprise par lui en adultère. C'est ce que nous dit Caton dans le texte que nous avons rapporté, d'après Aulu Gelle. D'autre part, nous avons vu que la faute de la femme avait une conséquence dans la restitution de la dot : elle diminuait l'obligation du mari par la retentio propter mores. Le montant de cette retentio est laissé à l'équité du juge ; il dépend de l'aequius melius, et nous avons même vu que cette appréciation était le champ originaire de l'équité du juge dans l'action rei uxoriae et la signification primitive de l'aequius melius. Mais à l'époque classique, le taux de cette retentio devient fixe. Ulpien Regulae. 6.12. "Morum nomine graviorum quidem sexta retinetur, leviorum octava". En cas de mores graviores, le sixième est retenu, en cas de leviores, le huitième". Ce taux de 1/6 de la dot pour les mores graviores, c'est-à-dire pour l'adultère, est un peu surprenant : 1/6, c'est peu, et l'on peut comparer la légèreté de cette peine à la gravité de la punition par la mort. Ce taux fixe est l'aboutissement d'une jurisprudence de plus en plus favorable à la restitution, par conséquent favorable à la femme. Les auteurs d'habitude déclarent que ce taux a été fixé par la loi, soit la loi Pappia Poppea, soit la loi Julia. A la vérité, rien ne peut permettre d'affirmer que ce taux a été consacré par une loi. Il est peu probable qu'il l'ait été par la loi Julia, car cette loi me paraît au contraire comme étant en réaction contre une trop grande facilité de la jurisprudence à propos de l'action rei uxoriae et du taux des retentiones. Auguste en effet supprime le droit de tuer du mari. En principe, ce n'est plus lui qui est juge de sa femme. Et il remplace ce droit de tuer par une action criminelle, une action publique où la preuve peut être apportée par la torture de l'esclave. La sanction de la condamnation pour adultère, résultant de cette action publique, est la relégation. La femme est enfermée dans une île, et il lui est défendu de contracter de nouvelles noces. Mais il y a d'autres

sanctions: ce sont les peines pécuniaires. La femme est frappée d'une amende de la moitié de sa dot, et d'un tiers du reste de sa fortune. A l'époque de Justinien, la femme coupable est enfermée dans un couvent, et la dot tout entière est remise au mari. Le reste de sa fortune est perdu, les $\frac{2}{3}$ allant aux descendants et $\frac{1}{3}$ allant aux ascendants, et enfin si elle n'a pas de parents sa fortune va au couvent, où elle est enfermée. Le mari ne peut pardonner, s'il y a eu divorce. Il peut la reprendre au bout de deux ans, s'il n'y a pas eu de divorce.

A qui appartient l'action criminelle ? Elle appartient d'abord au mari et au père, qui sont les principaux intéressés, et si après le divorce, ils sont restés 70 jours inactifs, l'action publique peut être exercée par toute personne, et nous voyons ici une trace dernière mais persistante de ce que l'on considère qu'il ne s'agit pas ici d'une affaire individuelle entre mari et femme, mais d'une affaire qui intéresse l'ensemble de la communauté, c'est-à-dire comme nous le savons la gens au début. Par la persistance de l'usage cette affaire est considérée encore à l'époque d'Auguste comme intéressant l'ensemble de la cité. Pour inciter l'accusateur public à exercer cette action, comme dans tous les cas d'action publique, la confiscation est au profit de l'accusateur. Cette action permettait à de graves abus de se faire jour. Celui qui ne prouve pas l'adultère s'expose au *iudicium calumniae*, intenté par la femme. Constantin limite aux parents proches le droit d'intenter cette action publique. Code, 9.9. 29. "*Quod verus dolor ad accusationem impellit*", parce qu'une vraie douleur les pousse à l'accusation". Cette action est réservée au mari, au père, au frère et au grand-père. Il résulte des textes que l'action criminelle pouvait se cumuler avec l'action *rei uxoriae*. La femme perdait donc en somme les $\frac{2}{3}$ de sa dot et le $\frac{1}{3}$ du reste de sa fortune.

Ce premier essai de répression n'enlève pas à la femme son droit à la restitution de sa dot quand elle est en faute. Il diminue seulement ce qu'elle obtient. Au contraire, la législation des empereurs chrétiens va mettre en péril ce droit de restitution. Les empereurs chrétiens, sans abolir le divorce, cherchent à le limiter par des peines encore plus sévères, qui frapperont - et c'est là une grande nouveauté - aussi bien le mari que la femme coupable. La femme sera frappée sur sa dot, le mari sur la contre-dot, qui est la donation *propter nuptias*. La donation *propter nuptias*, c'est une coutume orientale adoptée par

le droit romain post-classique, qui consiste en une promesse de donation faite par le mari à sa femme, au moment du mariage, donation de quelques-uns de ses propres biens, et la femme les touchera à la fin du mariage en même temps que lui sera restituée sa dot.

2°- Législation des empereurs chrétiens: Le premier essai de législation complète sur les divorces est de Théodose et de Valentinien, les fils de Constantin. Nous la trouvons dans le Code 5.17.8. C'est une constitution de l'an 449. La constitution distingue trois cas de divorce :

- a) le divorce justifié par la faute de la femme,
- b) le divorce justifié par la faute du mari,
- c) le divorce non justifié.

A ces trois cas il faut encore ajouter le divorce par consentement mutuel.

- a) Divorce justifié par la faute de la femme.

La constitution énumère les cas où le mari peut légitimement divorcer. Ce sont l'adultère, l'empoisonnement, l'homicide, le plagiat, c'est-à-dire le fait de s'attribuer l'esclave d'autrui, la violation de tombeau, le vol d'objets sacrés, la complicité du vol, l'assistance à des banquets avec des hommes à l'insu du mari, le fait pour la femme de découcher sans juste cause de la maison de son mari et à l'insu de celui-ci, l'assistance aux jeux du cirque, du théâtre et des arènes, attentat à la vie du mari par le poison ou par le glaive, la conspiration contre l'empire, crime de faux, ou coups contre le mari. En dehors de l'adultère et des coups, et aussi peut-être de l'assistance à des banquets et du fait de découcher sans juste cause, tous les autres cas qui sont cités ici sont des cas du droit nouveau où la constitution impériale se réfère à une législation pénale et criminelle datant de l'Empire et appliquée par lui au divorce. Il ne reste rien ici, sauf l'adultère, des anciens cas que les mores de la famille primitive retenait comme étant des cas justifiés de répudiation de la femme. Dans tous ces cas, le mari peut prononcer le divorce et la femme perd son droit à la fois à la donation propter nuptias et à la dot. Toute la dot lui est enlevée. Par conséquent l'action rei uxoriae même avec ses retentiones, ne joue plus en aucune manière.

- b)- Divorce justifié par la faute du mari.

Si le divorce est au contraire justifié par la faute du mari, pour des crimes énumérés comme ceux de la femme, où ne figure pas l'adultère, la femme pourra divorcer, elle aura droit à la restitution de la dot et à la donation propter nuptias.

c) Divorce injustifié.

Si le divorce est demandé sans raison, la femme en voyant le libellum repudii, en dehors des cas prévus par la constitution, celle-ci perd toute la dot et toute la donation propter nuptias.

Justinien complète ces dispositions dans la Novelle 22 et la Novelle 117. Il remanie les différentes causes de divorce. Aux causes qui sont énumérées par Théodose, Justinien ajoute trois cas qu'il a tirés des anciennes lois, dit-il: "Si une femme est tellement dépravée qu'elle cherche à se faire avorter et afflige son époux en le privant de l'espoir d'avoir des enfants": tel est le premier cas. Deuxième cas: Si elle prend des bains avec des hommes. Enfin, troisième cas: Si elle fait un projet de mariage qui suffit à lui seul comme injure grave permettant le divorce. Vous pouvez remarquer qu'à la fin du droit romain, époque dernière de Justinien, nous voyons réapparaître dans d'autres conditions la cause de divorce qui était déjà connue par le droit primitif, l'avortement. Seulement ici elle est envisagée comme telle, c'est-à-dire seulement pour l'avortement et comme tort que la femme fait à son mari en le privant d'un enfant auquel il a droit. Il ne s'agit plus d'une faute religieuse et de l'ingestion d'un breuvage magique, qui la rend impure et qui rompt son devoir de fidélité vis-à-vis du mari. Le résultat de cette législation est que l'action en restitution de dot dans le dernier état du droit de Justinien ne s'ouvre pas dans tous les cas de divorce. Elle s'ouvre seulement dans le cas où le divorce est injustifié du côté de la femme. Dans cet état, la retentio propter mores est inutile, puisque par hypothèse l'action ne fonctionne que quand on a rien à reprocher à la femme. Aussi Justinien dit: Code 5. 1. 35. "Taceat in ea actione retentionum verboritas, quid enim opus est inducere ob mores retentiones alio auxilio ex constitutionibus introducto". Que la verboritas des retentiones se taise dans cette action, quel besoin y a-t-il en effet d'introduire des retentiones à cause des moeurs, puisqu'un autre secours a été donné de par les constitutions". Vous remarquerez que c'est dans ce dernier état du droit romain qu'est vraie la situation conjecturée pour le début par Esmein, à savoir que l'action rei uxoriae ne fonctionne qu'au cas de divorce injustifié.

- II- Dissolution du mariage par la mort du mari.
L'action rei uxoriae a pour domaine originnaire

été créée. Elle a été introduite ensuite au cas de dissolution du mariage par la mort du mari. Cette extension a été assez rapide, puisque les premiers exemples de fonctionnement, que nous connaissons, sont pour ce cas. A la mort de Paul-Emile en 594 et de Caius Gracchus en 633, l'action rei uxoriae fut aussi une consécration par le droit civil d'usages familiaux.

Dans le mariage primitif en effet, mariage cum manu, la femme n'est pas dépouillée de toute fortune à la mort du mari. Elle en est héritière : c'est une haeres sua, au même titre que les autres enfants. Elle est loco filiae, elle a tous les droits de l'enfant et touche dans sa succession une part d'enfant. Il ne s'agit pas spécialement pour la femme de retrouver sa dot, car celle-ci est confondue avec le reste de la fortune du mari, mais en prenant sa part de l'héritage, elle y trouve une compensation. Cette situation privilégiée disparaît avec le mariage sine manu. La femme dans le mariage libre, garde les biens qu'elle n'a pas constitués en dot et au point de vue civil elle perd définitivement tout droit à reprendre sa dot. Etrangère à la famille de son mari en effet, elle n'a aucune part à sa succession, et la dot comme le reste du patrimoine va aux héritiers, échappant définitivement à la femme. Le remède à ce danger, la femme le trouve dans un usage familial, dans l'usage du mari de faire un testament, et dans ce testament de léguer à la femme sa dot.

A- Legatum dotis.

On sait que l'obligation morale la plus stricte qui s'impose au père de famille romain est de faire son testament; même s'il a des héritiers naturels ab intestat, il se considérera comme déshonoré s'il meurt intestat. La succession testamentaire est à Rome la première. L'autre ne s'ouvre qu'à défaut de testament. Son nom indique son caractère subordonné; succession ab intestat. Le mari fait donc son testament, non pas pour deshériter ses héritiers naturels. Au contraire le plus souvent il le fait pour instituer héritiers ceux mêmes à qui la loi donne ce titre, et dans son testament le mari institue le plus souvent sa femme héritière. C'est la règle pour la femme cum manu, car en effet étant haeres sua elle doit être, ou instituée, ou exhéredée. Le testament est nul si le mari la passe sous silence. La femme sine manu voit en sa faveur le même usage persister, et les nombreux textes du Digeste, qui traitent de l'institution de la femme

parlent de la femme sine manu. C'est le cas le plus fréquent à cette époque. Elle n'a pas besoin, il est vrai, d'être exhéredée, car elle n'est pas héritière.

A côté de cette institution d'héritière, concurremment avec elle, le mari fait à sa veuve les legs qui lui étaient imposés par l'usage. Il y a dans le testament une série de clauses importantes à l'égard de la femme parmi lesquelles le legs de la dot, *praelegatum dotis* ou *relegatum dotis*. Tout un titre du Digeste est consacré à cette coutume et montre son importance, Digeste, 33. 4 de dote *praelagata*.

D'où viennent ces noms *praelegatum* ou *relegatum dotis* ? Le premier vient de ce que, même lorsque le mari institue sa femme héritière, lorsqu'il lui lègue sa dot, ce legs est un legs préciputaire. En dehors de sa part d'héritière, et avant de partager avec les autres héritiers, la femme prélève sa dot à titre de préciput, d'où le nom. Le nom de *relegatum* vient de ce que dans ce legs il y a une idée de restitution de biens revenant aux véritables ayants-droit. Digeste. 31. 77. § 12. "Dos *relegata reddi potius videtur quam dari*", l'usage de léguer la dot persiste même après la reconnaissance de l'action *rei uxoriae*, c'est-à-dire de l'obligation légale de restituer, et Paul en effet, qui est un jurisconsulte du III^{ème} siècle dit : Digeste, 33.4.13. "*Paterfamilias dotem ut solet legavit*". Le père de famille légua la dot, comme cela est l'habitude. Le legs de la dot a lieu sous deux formes, soit sous la forme d'un *legatum dotis*, ou sous la forme d'un *legatum pro dote*. Dans le premier cas, le mari lègue la dot elle-même, c'est-à-dire l'entité juridique, dont les règles ont été constituées par les jurisconsultes classiques. C'est la dot elle-même "*Dos generaliter legata est*", Digeste 33.4.6. § 1 et 14. Le montant du legs dans ce cas est très exactement déterminé par le montant de l'action *rei uxoriae*, c'est la même chose qui est due. Le cas est le même que dans le cas de stipulation du montant de l'action *rei uxoriae*, que nous avons déjà étudiée. L'intérêt est notamment d'étendre aux héritiers le bénéfice de l'action. Digeste 33.4.1. "*Ulpianus libro nono decimo ad Sabinum. Cum dos relegatur verum est id dotis legato inesse quod actione de dote inerat.*"

Dans le deuxième cas il s'agit du *legatum pro dote*. Le mari lègue à sa femme un ou plusieurs objets déterminés ou un ensemble de biens pour lui tenir lieu de dot. Cette distinction amène une conséquence pratique importante. L'objet du premier legs est l'objet de l'action *rei uxoriae*, l'objet du second est

différent, il suit les règles des legs et non pas celles de l'action. Ce legs remplace la dot même si les objets légués ne font pas partie de la dot et en sont l'équivalent plus ou moins exact. Le *legatum pro dote* nous paraît être le type le plus ancien du legs. Le second en effet n'est concevable que lorsque l'obligation de restituer a fait acquérir à la dot une individualité distincte dans la fortune du mari.

Ainsi ici encore les mœurs avant la loi font au mari un devoir de songer à l'avenir de sa femme et de la comprendre dans son testament, soit comme héritière, soit comme légataire de sa dot. C'est une simple obligation morale, car il peut l'exhérer. A plus forte raison, peut-il omettre de lui léguer sa dot. A partir du VI^{ème} siècle avec le fléchissement de la moralité et nous l'avons remarqué, avec l'extension du mariage *sine manu* et par lui se produit la destruction de la solidarité familiale et de l'unité de vie des époux. Ce danger devient pour la femme de plus en plus grand. C'est alors que l'autorité vient à son secours pour l'empêcher d'être dépouillée, elle crée l'obligation légale par l'extension de l'action *rei uxoriae*.

Action rei uxoriae de alterutro.

Obligation
de restituer
la dot à la
mort du mari.

Cette introduction de l'obligation légale de restituer la dot à la mort du mari a pu se faire de la manière la plus simple par l'extension de l'action *rei uxoriae*, créée pour le cas de divorce. Il suffit en effet pour le préteur de déclarer dans son édit qu'il accordera l'action au cas de mort du mari. Cette extension, nous l'avons vu, a été faite assez tôt, quand l'action *rei uxoriae* était encore dans sa période primitive. Cette extension est déjà prouvée pour nous en 594, à la mort de Paul-Emile, elle l'est sûrement en 633, à la mort de Caius Gracchus. Si par ailleurs la façon dont les textes nous présentent traditionnellement le cas de divorce comme le plus important, comme le cas type de naissance de l'action *rei uxoriae*, ne nous était pas connue, nous pourrions être entraînés à penser que le cas de mort du mari est le cas originel, car c'est sur lui que nous avons les témoignages les plus anciens. Même pour les auteurs qui écartent ces témoignages, cette extension est antérieure largement à la loi Julia. Nous savons en effet par un témoignage du Digeste accepté de tous que l'extension est opérée à l'époque de Cicéron. Elle est connue en effet par Servius Sulpicius Rufus, consul en 703 et mort en 711. Dig. 23.3

79. Labéon. "Avus neptis nomine filio natae genere dotem dedit et moritur, negat Servius dotem ad patrem reverti, et ego cum Servio sentio, quia non potest videri ad eo profecta, quia nihil in his suis habuisset". L'aïeul donne une dot pour sa petite fille, fille de son fils. Il meurt ensuite. Servius soutient que la dot ne retourne pas au père, et je suis de son avis parce qu'on ne peut considérer qu'elle vient de lui, car il ne l'a jamais eue dans ses biens. Il s'agit ici d'un cas discuté de restitution de la dot profectice. A la mort de l'épouse, la dot donnée par le père lui revient. C'est une extension nouvelle de l'action rei uxoriae, mais cette extension suppose nécessairement que la première est déjà réalisée, celle qui donne à la femme à la mort de son mari l'action rei uxoriae.

Cette obligation ne joue que si le mari n'a pas légué la dot à la femme.

Cette obligation de restitution et sa sanction par l'action rei uxoriae se présente comme une obligation subsidiaire, qui ne joue que si le legs a été omis, si le mari n'a pas rempli son obligation morale en léguant la dot à la femme. L'action rei uxoriae ne se cumule pas en effet avec le legs. La femme ne peut réclamer les deux, mais elle a une alternative, ou bien le legs, ou bien l'action rei uxoriae. Cette alternative est l'objet d'un édit du préteur, l'édit de alterutro.

L'édit de alterutro.

Sur cet édit nous avons très peu de renseignements. Il a été en effet supprimé par Justinien, non recueilli dans le Digeste par conséquent. Il nous est connu d'abord par une allusion dans une constitution du code Théodosien V.4.7. "Mulier in edicto quod de alterutro est" et par la constitution de Justinien, qui le supprime : Code, V. 13. constitution I. § 3. "Sciendum est edictum praetoris quod de alterutro introductum est in ex stipulatu actione cessare, ut uxori ea marito relicta accipiat et dotem consequatur, nisi specialiter pro dote ei maritus ea dereliquit, cum manifestissimum est testatorem qui non hoc addidit voluisse eam utrumque consequi". "On saura que l'édit du préteur, qui a été introduit de alterutro, doit prendre fin dans l'action ex stipulatu, de sorte que l'épouse recevra ce qui a été laissé par le mari et réclamera sa dot, à moins que le mari ne lui ait fait spécialement un legs à la place de sa dot. Il est en effet très manifeste que le testateur, qui n'a pas exprimé spécialement cette volonté, a voulu qu'elle réclame les deux". Justinien dans cette constitution supprime l'action rei uxoriae, ou plus exactement la fusionne avec l'action ex stipulatu dans une

action unique réunissant l'avantage des deux. Il abroge en même temps l'édit de alterutro.

Alternative
connée à la
femme d'accep-
ter le testa-
ment ou de
renoncer à
son action.

Nous voyons par les textes que nous venons de citer qu'un prêteur de nom et de date inconnus, mais certainement d'une époque très ancienne, a créé une alternative. Lorsque l'action rei uxoriae rend légale la restitution de la dot à la mort du mari, cette restitution peut être assurée par deux moyens, d'une part par l'action civile en restitution, action rei uxoriae, d'autre part par la volonté du mari, qui a mentionné sa femme dans son testament. Ces deux moyens ont été créés historiquement dans le même but, et un seul but, assurer à la femme sa dot. Le prêteur considère donc qu'ils ne peuvent être exercés concurremment. Même si le mari en faisant un legs n'a pas spécifié qu'il le faisait pro dote, la femme aura une alternative, ou bien elle accepte le testament, elle renonce alors à son action, ou bien elle intente l'action rei uxoriae, elle est considérée comme ayant refusé le testament. Judicium mariti non agnovit. En renonçant au testament, elle perd tous les avantages qui lui étaient faits: l'institution d'héritier, les legs d'usage, les objets personnels qui lui sont laissés et la donatio mortis causae qui était faite d'habitude par le mari.

A l'époque de Justinien, la restitution de la dot était établie depuis longtemps dans l'usage. L'unité historique du but de ces deux moyens est perdue de vue. Justinien renverse la présomption, il suppose que, quand un mari fait un legs à sa femme, il a voulu ajouter quelque chose à la restitution de sa dot si sa volonté n'est pas expressément exprimée, que le legs est fait pro dote, par conséquent que l'ancienne alternative doit jouer. S'il n'a rien dit, la femme exercera concurremment ses deux droits, son droit au legs par le testament, son droit à la restitution de la dot par l'action rei uxoriae. Nous avons ainsi un exemple topique des changements que peuvent produire dans une législation les changements de point de vue.

III- Dissolution du mariage par la

mort de la femme.

Dans ce cas, à l'époque classique, le mari garde purement et simplement la dot. Celle-ci est acquise définitivement par lui. Les juristes classiques parlent de *lucrum dotis*. C'est un langage un peu inexact de jurisconsultes habitués à la restitution, et ayant

En cas de mort de la femme seule la dot constituée par le père lui revient.

perdu de vue l'histoire de cette restitution. Le mari ne gagne pas la dot. Aucun avantage nouveau ne lui est fait. Il n'y a pas de donation. Il garde simplement ce qui lui appartient.

Une seule exception importante est faite en faveur de la dot profectice, la dot a patre profecta, qui vient du père, qui a été constituée par conséquent à sa fille par le père de famille. Toute autre dot, quelle que soit la personne du constituant, porte le nom de dot adventice. La dot profectice retourne à celui, père ou grand-père, survivant qui la réclame. C'est donc une question de fait. Il s'agit de savoir si l'ascendant donateur survit à sa fille, ou s'il est mort auparavant. Ulpien, *Regulae*, 6,4. "Mortua in matrimonio muliere dos a patre profecta ad patrem revertitur. Quod si pater non sit, apud maritum remanet. Adventicia autem dos semper apud maritum remanet, praeter quam si is qui dedit ut sibi rederetur stipulatus fuerit, quae dos specialiter recepticia dicitur". "La femme morte dans le mariage, la dot qui provient du père retourne au père. Si le père n'existe plus, elle reste au mari. Mais la dot adventice reste toujours en possession du mari, sauf si celui qui a donné a stipulé qu'elle lui soit rendue. Cette dot est appelée spécialement réceptice. Digeste 24.3.6. Pomponius libro quatuor decimo ad Sabinum. "Jure succursum est patri ut filia amissa solatii loco cederet, si redderet ei dos quam ipso profecta, ne et filiae amissae et pecuniae damnum sentiret". "Il a été donné un secours par le droit au père pour que, ayant perdu sa fille, il ait un équivalent en guise de consolation, si la dot lui est rendue, qu'il a lui-même donnée, pour qu'il ne sente pas le dommage à la fois de sa fille perdue et de son argent". Vous remarquerez la singularité de cette raison, qui est ici donnée. Elle est de même nature que celle qui est donnée par les juristes classiques lorsque, disant que la dot doit être rendue à la femme, ils ajoutent que c'est pour qu'elle puisse trouver un mari. Vous remarquerez aussi qu'il est dit *jure succursum est*, et non pas *praetore*. C'est donc par le droit *ex jure* que cette restitution de la dot a été créée, et sans insister davantage, nous relèverons ce trait parmi les autres, montrant que toutes les fois qu'il est question de l'action *rei uxoriae* dans le Digeste on parle de droit civil et non pas de droit prétorien.

La règle que nous venons de poser est strictement limitée. Nous en avons un exemple dans un texte déjà

genere dotem dedit et moritur; negat Servius dotem ad patrem reverti". Le grand'père donne une dot à la fille de son fils et meurt. Servius nie que cette dot revienne au père. C'est donc uniquement celui qui donne la dot, et pas un autre, fût-ce son fils, le père de la fille, qui a droit au retour de la dot profectice.

IV- Réformes de Justinien (Code V.13

Loi I. de 530 après J.C.).

Fusion de l'action ex stipulatu et de l'action rei uxoriae: obligation de restituer dans tous les cas de restitution.

Les réformes de Justinien ont abouti à la fusion des deux actions en restitution de dot: action rei uxoriae et action ex stipulatu. Elles ont été réunies en une seule, qui porte le nom d'action ex stipulatu, qu'il y ait ou non stipulation expresse de restitution, et cette action conserve tous les caractères utiles de l'une et de l'autre action, par conséquent l'action ex stipulatu permettant à la dissolution du mariage de réclamer la dot en toute hypothèse; soit à la femme, soit à ses héritiers. Justinien étend expressément cette règle de l'action ex stipulatu à sa nouvelle action. § 4 "Maneat ex stipulatu actionis jus ad successoros et sine mora transmissionis incorporatum". "Que le droit de l'action ex stipulatu reste sans changement aux successeurs sans mise en demeure de transmission". A partir de Justinien par conséquent l'obligation légale de restituer la dot existe dans tous les cas de dissolution du mariage. Dans le cas de divorce en principe cependant depuis la législation impériale, un divorce par la faute de la femme lui fait perdre le bénéfice de sa dot. La restitution existe encore au cas de mort du mari et au cas de mort de la femme. Elle est restituable en toute hypothèse à la femme ou à son héritier. L'ancienne condition de la dot dotis causa perpetua est, est de toute façon modifiée, et la dot est un bien qui n'est donné au mari que pour un temps limité, pour la durée du mariage. C'est de la réforme de Justinien que date la conception moderne de la dot, mais auparavant, avant cet empereur on ne peut savoir dès le début du mariage si la dot sera en fait restituée ou non. Cette incertitude reste jusqu'à la fin, non seulement pour le cas du divorce, mais pour le cas de dissolution pour les autres causes. La restitution dépend du hasard de la mort, soit du mari, soit de la femme, soit de son père, et du hasard de la survivance de la femme jusqu'à ce moment là on peut dire qu'il n'y a pas droit à la restitution. Il n'y a pas de créance, il y a une espérance de restitution.

Chapitre VIII

CARACTERISTIQUE DE L'ACTION REI UXORIAE.

L'aequius melius - Rapports de cette action avec les actions in bonum et aequum conceptae et avec les actions de bonne foi.

Avec ce chapitre, nous franchissons une nouvelle étape dans cette recherche sur les origines de la restitution de la dot. Désormais les usages familiaux, dont nous avons suivi dans les chapitres précédents le développement, depuis l'époque des gentes jusqu'au VI^e siècle U.C., ont été consacrés par le droit. Ils sont très étroitement liés au divorce. Ils ont été créés pour lui et développés avec l'augmentation des cas de divorce. Ces usages débutent, comme nous l'avons vu, par des prescriptions du droit religieux, du fas, qui crée un nombre déterminé et limité de tabous, dont la transgression oblige à la dissolution du mariage, mais en dehors desquels le lien matrimonial est tenu pour indissoluble par la communauté. La décadence de la gens libère le mari de cette contrainte. Devenu le juge, il ajoute au tabou ancien un nombre indéterminé de cas où il apprécie avec le conseil des parents et des amis les fautes de la femme justifiant la répudiation. En répudiant la femme, il lui rend la part de sa dot, ce qu'il estime le plus équitable de lui rendre. Il se forme une sorte de jurisprudence, d'usage dont le censeur de par son pouvoir de surveiller les mœurs familiales contrôle l'application. Son contrôle s'exerce ad aequum et non pas ex lege. On dira plus tard ad aequum et bonum, pour l'équitable et pour le bien. Il est très probable que c'est cette intervention du censeur qui a établi dans ces usages une continuité, des règles permanentes, qui lui donne déjà un caractère de jurisprudence.

Au VI^e siècle, et sans doute sous l'influence du mariage libre, dont l'usage se généralise, les mœurs se transforment; non seulement les divorces se font plus fréquents, les femmes acquièrent le droit dans le mariage libre de prendre l'initiative de la répudiation, mais surtout Caryilius Roga ouvre l'ère des divorces sans juste cause, sans qu'une fause puisse être reprochée à la femme par son mari. En face de ce relâchement des mœurs, de cet affaiblissement du lien matrimonial, on sent la nécessité de protéger le

sort de la dot dans ces cas nouveaux de divorce. En effet, jusqu'ici le mari ne rendait qu'une partie de la dot. Il est douteux qu'il se résigne lui-même à rendre toute la dot, et c'est alors que la restitution de la dot apparaît dans le droit. C'est la volonté de la femme et de sa famille qui recherche la protection du droit civil, sous la forme d'une stipulation formelle de restitution.

Le prêteur consacre les usages familiaux par l'action rei uxoriae.

Mais de par cette stipulation, les usages familiaux sont en péril. Cette stipulation menace en effet de les faire disparaître. Armés de son contrat, la femme ou le père de la femme peuvent n'en pas tenir compte, et sans doute, cela a paru injuste. Pour sauver les usages familiaux, pour que cette application continue, mais sur un plan nouveau, le prêteur les introduit à son tour dans le droit civil, sous la forme du *judicium de moribus*. Quelque temps après, cette fois en faveur de la femme, pour que la restitution lui soit assurée, même sans convention expresse, il consacre civilement par l'action *rei uxoriae* les usages familiaux et les intègre du *judicium de moribus* et de la stipulation dans une action plus large, puisqu'elle assure à la femme éventuellement la restitution de toute sa dot.

Nous avons vu qu'à la fin du VI^{ème} siècle, non seulement la restitution existe, mais que depuis sa création l'action a étendu son champ d'application, puisqu'elle fonctionne pour le cas de mort du mari, et même en cas de mort de la femme pour la dot *profectice*. Mais étant désormais soumis au magistère du prêteur, ces anciens usages familiaux devenus du droit civil entraînent la jurisprudence civile dans des voies nouvelles. Leurs règles sont extrêmement différentes du vieux droit *quiritaire*, dont le règne était encore à peu près exclusif dans le *jus civile* du VI^{ème} siècle. Le *jus civile* du VI^{ème} siècle, c'est à peu près exclusivement encore le vieux droit formaliste, le vieux droit strict. L'action *rei uxoriae* est une des plus anciennes, sinon la plus ancienne de ces actions du droit nouveau qui vont faire éclater les cadres trop étroits du formalisme et lancer la jurisprudence dans des voies nouvelles susceptibles d'un progrès indéfini. C'est une des plus anciennes, mais ce n'est pas la seule. Elle fait partie d'un ensemble. Avec ces actions des notions moins précises que le formalisme président au développement du droit; l'équité, l'*aequum et bonum*, la *bona fides*, le *dolus malus*, ou plus exactement sa répression, sont des notions nouvelles qui servent de fondement à ces actions nouvelles. Mais sous des noms divers se retrouve au fond la même notion, qui en développant les pouvoirs du juge fonde

sous le nom de droit de bonne foi, d'après le nom des actions *ex fide bona*, qui parmi toutes ces actions nouvelles ont été les plus nombreuses et les plus importantes. Par conséquent, ce sont elles qui ont eu l'honneur de personnifier ce droit nouveau.

diverses ori-
gines des
différentes
actions de
bonne foi.

Cette notion générale d'équité, opposée au droit strict porte des noms variés, surtout à mon avis parce qu'elle n'a pas une origine unique. De ces actions les unes comme l'action *rei uxoriae* consacrent des usages familiaux, les autres comme la fiducie peuvent avoir la même origine, d'autres au contraire comme la vente, le louage ou le mandat ont pu provenir d'usages commerciaux des Romains avec les étrangers, d'autres enfin peuvent avoir une autre origine. Cette différence d'origine se marque surtout par la diversité des mots, par lesquels, dans les formules de ces actions, le préteur exprime ce caractère essentiel du droit nouveau d'équité. Dans l'action *rei uxoriae* par exemple, si les mots *aequius melius* expriment cette notion, c'est parce que le préteur emprunte ici au censeur son langage en même temps que les usages qu'il impose, mais le fondement est le même, et c'est autour des actions de bonne foi que se fait son plein développement.

Les chapitres qui vont suivre auront donc un caractère plus technique que les précédents. Il s'agira d'étudier la forme qui a été donnée par le droit aux usages familiaux quand ils se traduisent en une action, ce que nous pouvons connaître de la formule de l'action *rei uxoriae*, de son caractère, de son fondement juridique. Pour cela, comme elle n'est pas seule, et qu'à côté d'elle il y a dans le droit romain d'autres actions à qui on peut la comparer, parce qu'elles ont même nature, avec qui on a même voulu la confondre et l'expliquer par elles, notamment les actions *in aequum et bonum conceptae* et plus tard les actions de bonne foi; en les étudiant ensemble, en les comparant avec elle, nous pourrions mieux déterminer la place singulière de l'action *rei uxoriae* dans le droit romain et les traits caractéristiques de sa constitution.

§ I - Caractéristiques de l'action *rei uxoriae*

L'aequius melius.

Place de la
formule dans
l'édit.

Pendant toute la période classique, toute la durée de la procédure formulaire, l'action *rei uxoriae*, comme toutes les autres actions, avait sa formule proposée par le préteur dans son édit. Nous savons à quel endroit de l'édit trouvait place cette formule. Lenel dans son édit perpétuel, titre 20 § 113, la place au

titre soluto matrimonio dos quemadmodum ? Après elle venait l'édit de alter utro, puis l'action de rebus amotis et enfin le iudicium de moribus. Cet ordre est d'ailleurs arbitraire. Nous ne connaissons pas l'ordre réel, et peut-être ces titres ne sont-ils pas complets. L'ensemble de ces actions pour la restitution de dot se place dans l'édit après les judicia de bonne foi avec lesquels elles s'apparentent étroitement, comme nous allons le voir.

Elle a disparu de nos textes.

Ce modèle de formule, nous ne le connaissons plus. Il a disparu de nos textes juridiques, et cela pour deux raisons : Une raison générale d'abord : l'immense majorité des formules qui figurent dans l'édit du prêteur a disparu. Nous n'en conservons qu'un tout petit nombre, celles qui figuraient dans le manuel de Gaius, dans ses Institutes, à titre d'exemple. Dans le Digeste de Justinien les formules sont systématiquement écartées des extraits des commentaires de l'édit, qui ont été recueillis. La procédure formulaire est abolie, remplacée par une autre, et les formules n'ont plus d'intérêt.

La deuxième raison de sa disparition est que l'action rei uxoriae a été spécialement abrogée par Justinien au Code V.13.1. et remplacée par une action nouvelle qui s'appelle l'action ex stipulatu. Ce n'est donc plus que par conjecture que l'on peut reconstituer la formule et son contenu. Plusieurs essais de reconstitution ont été faits, car l'action a été très étudiée et ses formules sont très variées, comme conclusion. Les principaux auteurs qui s'en sont occupés sont Dernburg, Geschichte und Théorie der Compensation 1868; Rudorff, Edit perpétuel, § 120, page 124; Cylharz, Dotalrecht, page 364, Bechmann Dotalrecht, t. 2, page 324; Lenel Edit perpétuel, t. 2, page 51; et Grosso, Iudicium rei uxoriae, 1928, Rivista italiana per le scienze Giuridici 3.

La formule contenait les mots : quod aequius melius erit.

Si nous ne connaissons plus l'ensemble de la formule, nous savons d'une façon sûre qu'elle comportait les mots : quod aequius melius erit. Une série de textes nous apporte ce témoignage hors du Digeste et dans le Digeste. Les textes les plus nets et les plus décisifs sont ceux de Cicéron. Ce sont des textes bien connus, souvent cités et essentiels pour l'ensemble des actions de bonne foi. A mon avis, ils ont été trop souvent cités pour qu'on leur fasse dire ce que l'on voulait et pas assez étudiés en eux-mêmes pour essayer d'en découvrir sans parti-pris tout le sens. Nous reviendrons au chapitre suivant sur l'ensemble de ces textes. Pour le moment, nous ne verrons que ce qui concerne les mots essentiels de la formule de l'action. Ci-

céron. Topiques 17. § 66. "In primisque in arbitrio rei uxoriae in quo est: Aequius melius". Avant toute chose dans l'arbitrium rei uxoriae où se trouve: Aequius melius". Cicéron. de officiis, 3.156I. "Reliquorum autem judiciorum haec verba maxime excellunt, in arbitrio rei uxoriae melius aequius." Des autres judicia ces paroles sont les plus excellentes, dans l'arbitrium rei uxoriae, les mots melius aequius". Que cette formule caractéristique se soit maintenue sous les jurisprudences classiques, c'est ce que nous apprennent deux textes du Digeste, un texte de Proculus au début du I^{er} siècle et de Javolenus à la fin. Digeste. 46,3 de Solutionibus, § 22. Proculus libro quinto epistolarum: "nec melius nec aequius esse existimarem eum fundum Seiae reddi". Proculus au livre cinq de ses Epîtres: "Je ne penserais pas qu'il soit le meilleur et le plus équitable que ce fonds soit rendu à Seia". Digeste 24. 3.66. Javolenus libro sexto ex posterioribus Labeonis. § 5. "Ad mulierem pertinere ait Labeo, quia nec melius et aequius esset quod exigere vir ab uxore non potuisset". Labéon dit que le risque est pour la femme, parce qu'il ne serait pas le meilleur et le plus équitable de lui rendre ce que le mari n'aurait pas pu exiger de son épouse". Enfin, dans les abréviations de Valérius Probus, (que l'on peut trouver dans les textes de droit romain de P.F. Girard) nous lisons: "M.A.E., melius aequius erit". Vous savez que Valérius Probus nous a donné une liste des abréviations qui se rencontrent dans les formules et leur explication. Il énonce ici incontestablement l'abréviation particulière de la formule de l'action rei uxoriae et son explication. Il résulte donc de ces témoignages que la formule de l'action rei uxoriae contenait ces mots: quod aequius melius erit. Ils y forment la partie la plus importante de la formule, celle qui lui donne son fondement et qui lui sert de caractéristique. L'importance de ces mots pour l'action rei uxoriae est égale à l'importance pour les actions de bonne foi des mots de la formule: "quidquid dare facere oportet ex fide bona".

La signification de ces mots, tout au moins leur signification originelle, nous pouvons la déterminer de façon précise, et pour cela nous ferons appel au témoignage de Boèce, que nous avons rejeté pour le sens spécial qu'il lui donne comme étant l'expression d'une stipulation, mais nous pouvons y trouver l'explication traditionnelle des mots de la formule. Boèce sur Cicéron, Topiques, § 66. "Quae quidem dos interdum his conditionibus dari solebat, ut si inter virum uxoremque divortium contigisset aequius melius esset apud virum maneret, reliquum dotis restitueretur uxori, id est quod ex dote iudicatum fuisset melius aequius esse ut apud virum

Ces mots sont l'expression des retentions.

maneret, id vir sibi retineret ; quod vero non esse aequius melius apud virum manere, id uxor post divortium reciperet". "La dot était d'habitude donnée sous ces conditions que si, entre le mari et la femme, un divorce survenait, ce qui était le meilleur et le plus équitable reste au mari et que le reste de la dot soit restitué à la femme, c'est-à-dire que ce qui était jugé à propos de la dot le meilleur et le plus équitable que cela reste au mari, le mari le retenait pour lui, mais que ce qui n'était pas le meilleur et le plus équitable que le mari le conserve, cela l'épouse après le divorce le recevait". Ainsi l'*aequius melius* originairement est purement et simplement l'expression dans la formule des retentions, et spécialement de la *retentio propter mores*. On peut dire aussi qu'elle exprimait les autres retentions, tout au moins dans la limite où celles-ci avaient déjà été définies par le droit familial et le droit du censeur. Il les contenait en tout cas en puissance. Ainsi, l'*aequius melius* a été l'expression juridique de ces usages familiaux, tels que nous avons essayé de les définir dans les chapitres précédents. Mais ces retentions *propter mores* ne sont pas restées en fait dans l'*aequius melius*. Elles en sont sorties en quelque sorte à partir du moment où elles ont été ramenées à un taux fixe et uniforme de $\frac{1}{6}$ et de $\frac{1}{8}$, de sorte que ayant donné la formule, à l'époque classique, elles ne la justifient plus.

développement
de la formule
par les juristes.

Mais cette formule par son imprécision même, par son caractère général était susceptible d'un développement indéterminé. Le développement du droit suivant la complexité des affaires et la science des jurisconsultes présidant à ce développement trouvent dans l'*aequius melius* un fondement suffisant pour donner des solutions d'espèce au problème de la pratique et de la science juridique. Ces solutions forment une doctrine, c'est l'essentiel même de l'institution dotale, spécialement dans cette partie qui a trait à la restitution de la dot, qui est ainsi précisée et systématisée pendant tout le droit classique. Cette doctrine a de multiples points de contact avec celle qui dans une autre partie du droit se développe dans les actions de bonne foi autour des mots de leur formule *ex fide bona*. Le fondement étant le même, les solutions se rencontrent, et d'ailleurs elles ne peuvent manquer de s'influencer réciproquement. Peut-être l'*aequius melius* permet-il encore plus de liberté, mais dans le même sens. Il se forme une doctrine commune par la similitude des règles, les actions se rapprochent et à une époque où les mots de la formule pren-

nent moins d'importance que les règles de fond, on en arrive à considérer l'action rei uxoriae comme une action de bonne foi, c'est ce qui arrive à l'époque de Gaius.

§ II - Action rei uxoriae et les actions

in bonum et aequum conceptae.

Théorie de
Girard sur
le dévelop-
pement des
actions de
bonne foi.

Ces actions du droit novateur et non formaliste se sont développées sous l'influence du prêteur, magis trat judiciaire, le principal organe du développement du droit privé. Son rôle a déjà commencé, nous l'avons vu, par l'action rei uxoriae au VI^{ème} siècle, mais il s'est augmenté, d'après tous les auteurs, à partir du VII^{ème} siècle. Ce rôle n'a pas été créé à mon avis, mais consacré par la loi Aebutia, qui en légiférant sur la procédure a consacré les innovations faites par le prêteur et a systématisé la procédure formulaire. C'est dans cette procédure que s'est opéré son plein développement. C'est un fait historique que personne ne conteste, mais la constatation de ces faits, le souci de les expliquer et de les interpréter ont amené les romanistes les plus illustres de la génération précédant la nôtre à émettre des conjectures générales, dont je vous ai déjà entretenus. Parmi ces romanistes le plus net et le plus intransigeant dans ses conjectures est P.F. Girard, à la fois dans son manuel et dans ses articles savants. P.F. Girard pose en principe: 1° - qu'il n'y a pas d'action de bonne foi avant la loi Aebutia et pour lui avant le début du VII^{ème} siècle, 602 à 630 ou 640. 2° - que ces actions de bonne foi dans leur forme civile in jus et définitive, dans la forme: quidquid dare faure oportet ex fide bona, auraient été précédées d'une action in factum, d'une action prétorienne. Cette action prétorienne aurait été la forme primitive dans laquelle les différentes actions de bonne foi auraient été créées et seraient nées. Cette conjecture en ce qui concerne l'action rei uxoriae a été soutenue pour la première fois par Esmein dans l'article souvent cité de la Nouvelle Revue historique, 1893, page 14, "La nature originelle de l'action rei uxoriae". Cette conjecture a été adoptée pleinement par Girard et par beaucoup d'autres auteurs, et encore aujourd'hui elle est habituellement soutenue dans la plupart des manuels modernes. L'action rei uxoriae aurait été originellement pénale et délictuelle. Le délit réprimé ici aurait été pour le mari d'avoir fait un divorce injustifié. Cette action aurait été créée d'abord par le prêteur sous la forme d'une action in factum. Nous examinerons cette hypo-

thèse et les raisons principales qui l'ont fait soutenir par Esmein. Nous verrons ensuite les raisons que nous avons de la repousser et d'y substituer une autre.

A. L'action in factum.

Les textes classiques parlent, non pas d'action in factum, mais plus exactement, de formules conçues in factum, et qui s'opposent aux formules conçues in jus. Le texte essentiel en la matière se trouve dans Gaius, Institutes, IV, 45,7. "Eas quidem formulas in quibus de jure quaeritur in jus conceptas vocamus quales sunt quibus intendimus nostrum esse aliquid ex jure quiritium, aut nobis dare oportere, aut profure damnum decidi oportere. Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta esset initio formulae. Nominato eo quod factum est, adjiciuntur ea verba quae judicii damnandi, absolvendive potestas datur". "Les formules dans lesquelles s'agit une question de droit sont dites conçues in jus, ce sont celles dans l'intention desquelles nous prétendons qu'une chose est notre propriété de par le droit des Quirites, ou doit nous être livrée ou qu'il faut décider du dommage pour le voleur. Nous appelons les autres actions les actions conçues en fait, c'est-à-dire celles où il n'y a pas d'intention comparable, mais après avoir exposé les faits au début de la formule on ajoute les mots qui donnent au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre".

La caractéristique de la formule rédigée in factum, c'est l'absence des mots ex jure quiritium pour les droits réels ou oportere pour les obligations. Ce mot de oportere indique le droit civil, indique que l'action où il se trouve est fondée ex jure civile. Jamais par conséquent dans une action in factum nous ne trouverons le mot oportere.

Suivant l'opinion unanimement admise et qu'il n'y a pas de raison de contester, le préteur rédige une action in factum, lorsqu'il veut sanctionner une situation nouvelle, c'est-à-dire créer un droit nouveau, un droit qui jusqu'ici est dépourvu de protection civile, parce qu'il n'a pas été prévu, ni sanctionné par le droit civil. Le préteur n'a pas l'autorité législative. Il ne peut pas créer directement du droit civil et depuis la procédure formulaire, depuis la loi Aebutia, il est chargé de rédiger les formules de donner des formules à tous les droits: pour les droits consacrée par la loi civile et par la coutume, il donne des formules d'action civile, pour les droit nouveaux qu'il veut créer, il donne des formules pré-torienne, parmi lesquelles l'action in factum est un

La caractéristique de la formule in factum.

L'action in factum n'a pu se développer que dans la procédure formulaire.

des trois grands procédés avec les actions fictives et les actions à transposition de personne. N'ayant pas l'autorité législative, il évite de parler de droit, par conséquent n'écrit pas les mots consacrés, mais rédige sa formule en fait, eo nominato quod factum est, et il ajoute les paroles qui donnent au juge le pouvoir de condamner. Cette technique suppose l'existence de la procédure formulaire et l'utilisation de ses règles. Il faut donc admettre suivant l'opinion commune que l'action in factum n'a pu se développer que dans la procédure formulaire, après qu'elle a été organisée et consacrée, par conséquent après la loi Aebutia, tandis que l'action civile née de la loi ou de la coutume avant d'exister sous la forme Aebutienne a pu exister sous une autre forme. Elle a pu être notamment une action de la loi.

Au contraire, ce serait une expression susceptible de confusion que de parler, comme font quelques auteurs, d'action in factum avant la procédure formulaire, et encore moins suivant la tentative de Lenel peut-on parler d'action de la loi conçue in factum, comme il le fait dans la Savigny Stiftung, pages 30, 129 et suivantes.

Les caractères spéciaux de l'action rei uxoriae s'expliquent par ses origines familiales.

Ceci étant posé, examinons les raisons sur lesquelles Esmein établit sa conjecture sur l'origine prétorienne de l'action rei uxoriae. Nous n'insisterons pas sur toutes les raisons tirées des caractères de fond de l'action rei uxoriae, qui sont anormaux dans le droit civil. Nous avons vu par exemple que cette action est intransmissible activement. A la mort de la femme, l'action rei uxoriae ne passe pas à ses héritiers. De même, elle doit être exercée en commun par le père et la fille, adjuncta persona filiae, c'est-à-dire que pour que le père puisse l'exercer, il faut que sa fille y consente, ou tout au moins ne s'y oppose pas. Nous avons vu aussi que quand la fille est libérée par la mort de son père de la puissance paternelle, c'est à elle seule que l'action revient et non pas aux héritiers du père, même si celui-ci a commencé à l'exercer, toutes ces règles sont contraires aux règles du droit civil pur. A notre point de vue, le fondement d'équité de l'action, son but, le caractère d'usages familiaux, que le préteur admet tel qu'ils sont formulés, suffit pour expliquer dans l'action rei uxoriae ces caractères anormaux, qui se sont maintenus du droit de famille dans le droit civil. Il est inutile de faire intervenir cette notion étrangère, cette notion d'action délictuelle.

Mais Esmein invoque aussi une autre raison simple et décisive, dit Girard, parce qu'elle a une apparence de rigueur et de technicité. L'aequius melius

en effet donne à l'action rei uxoriae le caractère d'une action in bonum et aequum concepta. Gaius, Digeste 4.5.8. Libro quarto Edictum provinciale. "Eas actiones quae naturalem praestationem intelleguntur habere palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest. Itaque de dote actio quia in bonum et aequum concepta est nihil minus durat, etiam post capitis deminutionem". "Il est évident que ces actions qui sont reconnues comporter une prestation naturelle ne périssent pas par la capitis deminutio, parce que le caractère civil ne peut leur enlever leur caractère de droits naturels. C'est pourquoi l'action de dot ne persiste pas moins, même après la capitis deminutio, parce qu'elle est conçue in bonum et aequum".

Ce caractère d'action in bonum et aequum concepta rapprocherait l'action rei uxoriae de tout un groupe d'actions, qui sont les actions in bonum et aequum conceptae. Il s'agit donc de déterminer ici s'il y a un groupe d'actions in bonum et aequum conceptae, si l'action rei uxoriae fait partie de ce groupe et si par conséquent elle a les mêmes caractères, qui sont d'être des actions d'origine pénale, prétorienne, in factum.

B. Les actions in bonum et aequum conceptae.

Ces actions ont été encore relativement peu étudiées. Cujas le premier a attiré l'attention sur elles. Observationes, 22.14; Commentaire à la loi 9 de capitis deminutione. Savigny, System, 2 § 71. 79. Gide, Caractères de la dot en droit romain, page 518.

Esmein dans son article dans la Nouvelle Revue historique utilise ces travaux qui ont été continués par Lenel dans son Edit perpétuel, et enfin une monographie de ces actions a été faite par Thomas, "Observations sur les actions in bonum et aequum conceptae. Nouvelle Revue historique, 1901, page 541-584. Cette étude pourrait être reprise.

Liste des actions in bonum et aequum conceptae.

Quelle est la liste de ces actions. Il y en a quatre d'abord qui sont reconnues depuis longtemps. 1° - l'action rei uxoriae, dont nous contestons la place parmi ces actions. 2° - l'action d'injuré qui est une action très générale. 3° - l'action sepulcri violati. 4° - l'action de effusis et dejectis, au sujet des blessures faites à un homme libre par un objet jeté ou un liquide versé. Esmein ajoute 5° - le iudicium de moribus. Lenel ajoute encore: 6° - l'action de feris, au sujet des blessures causées à un homme libre par une bête féroce gardée dans le voisinage d'une voie publique. 7° - l'action contre le juge qui item suam fecit. 8° - l'action funeraria. Girard en-

fin dit que cette liste n'est pas close et ajoute hypothétiquement l'action de gestion d'affaires.

Ces actions font une liste très disparate quant à leur objet, et elles n'ont guère de caractère commun. La plus importante est l'action d'injure par sa portée générale. L'injure est en effet un délit du très ancien droit romain réprimé par les XII Tables. C'est un tort causé à la personne physique autre que la mort, et un tort matériel. La répression se fait sous trois chefs: 1° - *membrum ruptum*; dans ce cas la répression consiste en l'ancienne vengeance qui peut être transformée en composition volontaire. 2° - *os fractum*; dans ce cas moins grave, il est dû 300 as pour un homme libre, et 150 as pour un esclave. Enfin 3° - dans les cas de violences légères, de soufflets, il est dû 25 as. Nous sommes en face d'un système brutal de tarification, qui se révèle très vite insuffisant. Dans les cas beaucoup plus nombreux où il est porté atteinte physique ou morale, à la personnalité, le préteur prend en main la répression de ce délit, lorsque des incidents bien connus de l'histoire romaine montrent le caractère insuffisant de la loi des XII Tables. Dans son édit, il inscrit des cas multiples, prévus en fait, dont le développement arrive par l'étude des jurisconsultes à la notion moderne et abstraite d'injure, pour tort causé à la personnalité d'autrui. Le préteur établit surtout une répression différente; à l'ancien taux fixe, illusoire, il substitue une action estimatoire d'injure à la personne. Il est impossible d'apprécier l'injure suivant les règles ordinaires des dommages et intérêts, car elle représente une valeur essentiellement subjective. Aussi d'après le préteur la victime doit nommer l'injure, dire dans quel cas on se trouve, dans quel cas prévu par l'édit, et puis la victime doit fixer elle-même la somme qu'elle réclame. Cette fixation est une taxation. C'est un maximum. Le juge peut la réduire et non pas l'augmenter et condamner à ce qu'il juge juste et équitable, *aequum et bonum*. Digeste 47,10,11,1. Ulpien. *Injuriarum actio aequo et bono est*. Digeste 44.10.7. Ulpien. "*Praetor edixit qui agit injuriarum certum dicat quid injuriae factum sit et actionem ponat. Certum eum dicere, Labeo ait, quid dicat nomen injuriae*". "Le préteur dit dans son édit que celui qui agit par l'action d'injures devra indiquer d'une manière certaine quelle sorte d'injure a été faite et devra en fixer la taxation. Labéon dit que la victime a dit le certum lorsqu'elle a dit le nom de l'injure". Gaius 3.224. "*Permittitur nobis a praetore ipsi injuriarum estimare et judex vel tanti condemnat quanti nos estimaverimus vel minoris prout ei visum*

L'action d'injure dans les XII Tables.

L'action pré-torienne aestimatoire in factum et délictuelle.

fuerit". "Il nous a été permis à nous-mêmes par le préteur d'estimer l'action d'injure, et le juge condamné à la somme à laquelle nous avons estimé ou à moins suivant ce qui lui semble bon". Digeste 47.10.16, 47.10.18. Le bonum et aequum est noté dans ces deux textes.

Nous pouvons conclure des textes que nous venons de citer que l'action estimatoire a été établie par le préteur dans un de ses édits, que c'est une action in factum, prétorienne et délictuelle, que le juge a des pouvoirs étendus, non point pour déterminer les éléments du délit, ni même l'obligation qui en résulte, le chiffre de l'amende fixé par la victime, mais pour pouvoir modérer ex aequo et ex bono le chiffre de la condamnation. L'aequum et bonum porte ici sur la condamnation.

Edits réprimant une atteinte au droit d'autrui.

A côté de cet édit de portée générale, réprimant le délit d'injure, nous trouvons trois autres édits, d'un caractère beaucoup plus restreint, qui répriment aussi une atteinte apportée au droit d'autrui, qui ne peuvent pas entrer dans la notion d'injure proprement dite, mais qui sont voisins.

La violation de sépulture.

2° - Un de ces édits réprime la violation de sépulture, qui est un délit, délit cité, Digeste 47.12.3. Un sépulcre a été violé dolo malo, le préteur donne deux actions: l'une est un iudicium in factum, qui est donné à celui à qui il revient, c'est-à-dire à l'héritier du mort ou à celui qui est dans l'obligation de surveiller le tombeau. C'est une action in bonum et aequum concepta. Digeste 47.18.10. "quae in bonum et aequum concepta est". Elle est in bonum et aequum concepta, parce qu'elle permettra à l'héritier d'obtenir une condamnation au quanti aut eam rem aequum videbitur. Digeste 47.12.13. S'il n'y a personne à qui revienne la surveillance de ce tombeau, le préteur donne une action populaire à 100.000 sesterces. Il s'agit ici d'une amende au taux fixe. La raison pour laquelle l'action in factum est in aequum et bonum concepta est moins bien définie.

L'action de effusis et ejectis.

3° - La seconde atteinte au droit d'autrui prévue par un autre édit est l'action de effusis et ejectis. Digeste 9.3. Elle met en cause la responsabilité du propriétaire d'une maison de laquelle quelque chose est tombé, et a causé un dommage. C'est une hypothèse très pratique à Rome, qui était bâtie de très hautes maisons et où la voirie était loin d'avoir subi le développement de nos cités modernes. Il ne s'agit pas ici d'un délit commis même sans intention de nuire par un auteur, car on ne peut dire que le propriétaire de la maison est atteint comme l'auteur du délit, mais comme propriétaire de la maison. Le préteur

prévoit un ensemble d'actions: trois actions distinctes: la chute a causé un dommage pécuniaire à un objet de propriété, l'action est donnée au double du dommage; le coup a fait périr un homme libre, l'action est alors à un taux fixe de 50.000 sesterces. Si l'homme libre n'est pas mort, mais que la chute lui a causé un mal. Digeste 9.3.1. "Si vivit nocitumque ei esse dicitur, quantum ob eam rem aequum judici videbitur eum cum quo agitur condemnare tanti iudicium dabo". "S'il vit et qu'il dit qu'il a subi un dommage, je donnerai un iudicium permettant au juge de condamner celui contre qui on agit à ce qui lui paraîtra équitable pour cette chose".

L'action en cas de dommage causé par les bêtes féroces.

4° - Cette répression a été utilisée aussi par les édits des édiles pour un cas spécial de dommage causé par une variété d'injures. Les édiles sont chargés de la police et de la surveillance des bêtes féroces qui sont gardées dans le voisinage de la voie publique et qui, s'étant échappées, ont causé des dommages. Dans ce cas, les édiles créent les trois mêmes actions prévues par le préteur: dans le cas de dommage matériel, une action permet de réclamer le double de ce dommage; dans le cas de la mort d'un homme libre, il est permis de réclamer 200.000 sesterces; et enfin si un autre mal lui a été fait, il peut réclamer ce qu'il paraît juste au juge. Dig. 2I.I.4I.42: "Si nocitum homini libero esse dicitur, quanti bonum et aequum iudex videbitur condemnatur". "S'il a été nui à un homme libre, le juge examinera et condamnera à ce qu'il juge bon et équitable".

L'action contre le juge qui fait le procès sien.

5° - Avec l'action contre le juge qui fait le litige sien, nous avons affaire à un tout autre délit ou quasi-délit. Le juge qui n'a pas rempli son office de juge ou qui l'a mal rempli est responsable. Nous n'avons plus l'édit établissant sa responsabilité. Les deux textes qui nous l'indiquent sont: 1° - Digeste 5.I.I5 § I. Ulpian. "Iudex tunc litem suam facere intelligitur cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo malo videtur hoc facere sive evidens arguatur ejus vel gratia vel inimitia vel etiam sordis ut veram aestimationem litis praestare cogatur". "Le juge qui est reconnu faire le litige sien, quand il a prononcé sa sentence par dol mauvais, en fraude de la loi, il agit par dol si on peut le convaincre de faveur évidente, d'inimitié ou même de corruption, de sorte qu'il sera forcé de fournir la vraie estimation du litige". Il semble difficile de penser que dans ce cas visé le juge ne commet pas un délit. Il est difficile de penser que la condamnation n'était pas, comme le dit le texte, à la vera aestimatio, c'est-à-dire à la totalité du dommage causé,

à la totalité de la valeur du litige. La formule ordinaire des actions in factum est ainsi la formule qui semble le mieux convenir avec la condamnation quanti ea res erit. Un deuxième texte nous montre que le cas de prévarication n'était pas le seul visé dans l'édit du préteur sur le juge qui litem suam fecit. Digeste 50.13.6. Gaius le reproduit dans ses Institutes. 4.5. "Si iudex litem suam fecerit non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccare aliquid intelligitur, licet per imprudentiam ideo videtur quasi ex maleficio teneri in facto actione et in quantum de ea re aequum religione judicandi visum fuerit poenam sustinebit". "Si le juge a fait le litige sien il semble ne pas être obligé par délit, mais parce qu'il n'est pas obligé par contrat et comme assurément on reconnaît qu'il a péché en quelque manière, par exemple par imprudence, il paraît être tenu comme par un délit, et il supportera une peine évaluée à ce qui paraîtra juste à la religion du juge". Ce texte dit que le juge qui fait le litige sien n'a pas commis un délit, mais un quasi délit, et malgré ce début général, il ne vise qu'un cas particulier différent de celui du premier texte; différent de la prévarication proprement dite, il vise l'imprudence, l'ignorance ou l'inadvertance. Le juge qui a manqué à son devoir d'une manière générale, par exemple, en ne venant pas au jour fixé, sera condamné à ce qui paraîtra équitable au juge. Lenel dans son Edit I, page 180, suivi par Girard, livre III, IV, titre 1, chapitre 3, section 5, ne veulent voir qu'une seule action dans ces deux textes malgré les termes différents. Ils suspectent le premier texte et on ne voit pas clairement leurs raisons. L'édit prétorien en effet pouvait prévoir plusieurs chefs et plusieurs actions, comme dans les autres cas, notamment dans le cas de l'action de effusis ou de l'action de feris, avec une condamnation différente. Pour la prévarication, il s'agissait d'une action in factum ordinaire à la vera aestimatio quanti ea res erit. Pour les cas moins graves, pour une imprudence, la condamnation était modérée par l'aequius melius. Cette équité dans toutes les actions paraît en effet jouer pour la modération d'un maximum et non pas pour l'augmentation.

L'action fun-
eraria.

6° - Action funeraria. Celui qui fait les frais des funérailles du défunt a une action prétorienne contre celui qui aurait dû normalement se charger de l'enterrement, c'est-à-dire en principe contre l'héritier. Digeste II, 7, 12 § 2 "Praetor ait quod funeris causa sumptus factus erit ejus recipiendi nomine in eum ad quem ea res pertinet iudicium dabo". "Le pré-

teur dit, parce que pour cause d'ensevelissement, des frais ont été faits, pour leur remboursement, je donne une action contre celui que la chose concerne". Cet édit a été fait "ex juxta causa ne insepulta corpora jacerint neve quis de alieno funeritur", pour que des corps ne restent pas sans sépulture et pour que quelqu'un ne soit pas enterré avec l'argent d'autrui. Ces dépenses doivent être faites d'après la richesse et la dignité du défunt. Il faut les avoir faites avec l'intention d'être remboursé. Le juge a donc beaucoup d'éléments à apprécier. Digeste 11,17,14 § 6. "Haec actio quae funeraria dicitur ex aequo et bono oritur". "Cette action qui est appelée funeraria naît ex aequo et bono". Il n'y a pas de texte qui nous dise comment la formule était rédigée, si l'aequum et bonum se trouvait dans la condamnation. Il s'agit d'une action prétorienne et in factum et nous remarquerons ceci qui est très important: cette action n'est pas d'origine délictuelle ou quasi délictuelle. Il est impossible de lui trouver un caractère pénal. C'est plutôt une gestion d'affaire d'une espèce particulière.

Resteraient enfin le *judicium de moribus* et l'action de gestion d'affaires, dont le caractère in bonum et aequum conceptae est trop conjectural pour entrer en ligne de compte. Pour nous notamment, le *judicium de moribus* ne fait pas plus partie de cette catégorie que l'action *rei uxoriae*. Elle a la même formule que celle-ci, elle a l'aequius melius. Elle est civile, si l'action *rei uxoriae* est civile, comme elle serait prétorienne, si l'action *rei uxoriae* était prétorienne.

C) Caractère des actions in aequum et bonum conceptae et l'action rei uxoriae.

La revue rapide de ces actions nous permet de nous rendre compte de ce qu'elles sont. Voyons maintenant si le fait d'être qualifiée comme elles d'action in bonum et aequum concepta suffit pour faire dire de façon certaine et décisive que l'action *rei uxoriae* fait partie de la même catégorie, et par suite, si la preuve est apportée, qu'elle doit être qualifiée comme elles d'actions in factum, prétorienne et pénale ?

1° - Les actions in bonum et aequum conceptae ne forment pas un groupe d'actions. C'est une première confusion qui entraîne toutes les autres. On a considéré en effet comme acquis sans plus, qu'il y avait un groupe d'actions unies par un caractère commun, qualifiées actions in bonum et aequum conceptae, qu'il ne s'agissait donc seulement que de déterminer leurs traits communs à l'exemple d'un autre groupe beaucoup plus important, le groupe des actions de bonne foi. Celui-ci en effet existe réellement. Les *judicia bona*

Elle n'a aucun caractère délictuel.

Les juristes romains n'ont pas fait des actions in bonum et aequum conceptae, un groupe distinct.

fidei forment dans l'économie générale du droit romain un vrai groupe à caractères communs. Il se présente comme tel dans la littérature juridique. Les actions de bonne foi y sont énumérées. Nous possédons plusieurs listes données par les jurisconsultes, par Cicéron, plus exactement, par Quintus Mucius Scaevola, par Gaius et par Justinien. Ces actions ont été étudiées, interprétées ensemble. Une des parties la plus importante du droit romain a été leur interprétation, qui a donné naissance à tout un ensemble de règles communes tirées de leur caractère commun ex fide bona. Par exemple les règles d'interprétation des contrats non formels, de leurs éléments, éléments essentiels, naturels et accidentels, des clauses de style, et des pactes adjoints, encore les règles d'exécution et de l'étendue des obligations, les règles d'évaluation des dommages et intérêts, pour le préjudice causé par l'inexécution. Nous y trouvons notamment ces règles fondamentales des actions de bonne foi: la possibilité de la compensation et l'inhérence de l'exceptio doli dans l'intentio de bonne foi. C'est par une fausse perspective qu'on a cru trouver quelque chose de semblable dans les actions in bonum et aequum conceptae. En fait, elles ne forment pas de groupe dans l'édit du prêteur comme les actions de bonne foi; elles n'ont pas été réunies dans une étude d'ensemble, même par allusion, par aucun jurisconsulte. Savigny est le premier à avoir songé à les rassembler.

Elles n'ont pas une source commune.

Leur nature est très différente selon les actions.

2° - Mais si en fait le droit classique n'en a pas fait un groupe proprement dit, pouvons-nous, nous modernes, les réunir logiquement, par suite de leur caractère substantiel et non plus historique? Pouvons-nous reconnaître en elles une source, une nature commune et par conséquent des règles communes d'interprétation? Ici encore notre réponse sera négative. Quant aux sources, pour la plupart, elles naissent de délit; l'injure, l'action sepulcri violati, ou de quasi-délit, l'action de effusis, de feris, qui littem suam fecit, mais l'actio funeraria ne naît ni de délit, ni de quasi-délit. Il n'y aurait donc pas de raison pour que l'action rei uxoriae soit davantage pénale. Et quant à leur nature, elle est très différente, suivant l'action. Il n'y a pas de fondement commun entre elles, et surtout il n'y a aucun rapport avec l'action rei uxoriae. Ces actions en effet dans l'ensemble ne peuvent développer aucun système commun de règles d'interprétation. Les unes ont pour fondement un fait, dont l'appréciation pécuniaire est impossible à faire suivant les règles d'évaluation des dommages, parce qu'il comporte une atteinte à la personne. Elles auraient pu faire l'objet d'une amende

Le montant de la condamnation est fixé par l'équité du juge.

à taux fixe. C'est d'ailleurs ce qui est dans certains cas. Mais comme elles peuvent être l'objet d'une appréciation très variable, en dehors de toutes règles mathématiques et pécuniaires, le prêteur laisse le juge apprécier ex aequo et bono, c'est-à-dire modérer d'après, son sentiment, la condamnation. Et, comme on l'a fait remarquer, cette appréciation peut varier suivant chaque juge, elle est essentiellement subjective, tandis qu'au contraire l'appréciation de la fides bona suit des règles pécuniaires susceptibles d'un beaucoup plus grand développement doctrinal et beaucoup plus objectif. Elles peuvent arriver à former une jurisprudence plus fixe. L'action in bonum et aequum concepta modère ce qu'il peut y avoir d'excessif dans la taxation par la partie elle-même, in iure. L'action sepulchri violati réprime aussi une atteinte à la personnalité, non pas du vivant, mais du mort, beaucoup plus grave que le dommage pécuniaire qui pourrait résulter du bris d'un tombeau. Au contraire, dans les deux autres actions in bonum et aequum conceptae, il y a un élément pécuniaire d'appréciation du dommage. Le préjudice causé par le juge en n'en jugeant pas ou en jugeant mal peut s'apprécier suivant des règles pécuniaires, de même les dépenses faites pour les funérailles d'autrui. Ici encore les règles d'appréciation n'ont aucun rapport avec les actions de bonne foi et l'action rei uxoriae elle-même. Il n'y a pas de règle commune entre ces deux actions, entre la faute du juge et les frais de funérailles. Mais ici encore le prêteur a voulu modérer la condamnation pour des raisons morales. L'importance de l'imprudence du juge, la situation de fortune, la situation sociale du défunt, est livrée à l'appréciation, à l'équité du juge de l'action. Ainsi ces actions ne forment, ni un groupe officiel, ni un groupe par leur nature commune.

Il n'y a pas dans la formule une rédaction caractéristique.

3° - Y a-t-il au moins une ressemblance extérieure, une ressemblance technique, une rédaction de formule semblable ? Y a-t-il enfin une expression commune pour désigner ici les pouvoirs du juge ? On les appelle toutes actions in bonum et aequum conceptae. Mais cette ressemblance de terminologie suffit-elle ? Nous remarquerons que ce ne sont pas les seules à être ainsi désignées. Elles partagent cette appellation avec les actions de bonne foi elles-mêmes. Institutes 4.6.30 "In bona fide eodem iudicis libera potestas permitti videtur iudici ex aequo et bono estimandi quantum actori restitui debeat". Cette appellation n'empêche pas la formule des actions de bonne foi, sa réglementation et son histoire d'être indépendantes. En admettant même que ces actions d'injure, de effusis et de feris etc.,...aient la même formule,

ce ne serait pas une preuve convaincante de leur identité d'origine et de caractère. Par exemple, la formule des actions *in factum*, après avoir nommé ce qui a été fait, *nominato eo quod factum est*, donne au juge pouvoir de condamner sous cette forme *quantum ea res erit*. C'est la forme normale de la condamnation dans les actions *in factum*. On n'en a jamais conclu que toutes les formules, qui comportent cette forme de condamnation, soient toutes prétoriennes et de même nature, car ce serait contraire au témoignage des textes. La formule de condamnation, *quantum ea res est*, se trouve dans la *condictio certae rei*, qui est une action *in jus*. La formule *quantum ea res erit* se trouve dans la condamnation de l'action *ad exhibendum*, des actions arbitraires, qui sont civiles et *in jus*.

différences
avec l'action
rei uxoriae.

les for-
mules *in fac-*
tum prétorien-
ne l'*aequum*
bonum fi-
gure dans
la *condemnatio*.

La conclusion ne s'imposerait donc pas ici, même si la formule de l'action *rei uxoriae* et des autres actions *in bonum et aequum conceptae* était la même, mais ces actions ont-elles la même formule ? Non. Pour ces questions de formule, les différences de rédaction ont une très grande importance. Chaque mot est pesé longuement et à sa raison, son origine particulière. Quelles sont les formules qui résultent des textes ? Dans les formules *in factum* prétoriennes, d'abord, et avant tout, l'*aequum* et *bonum* figure dans la *condemnatio*. C'est la condamnation qui donne au juge, non pas le pouvoir d'apprécier *quod debitum* est *ex aequo et bono*, mais le pouvoir de modérer la condamnation. A ce point de vue, il y a une rédaction commune qui paraît résulter des textes pour ces actions *in bonum et aequum conceptae*, rédaction différente de celle de l'action *rei uxoriae*. Elle se rapproche de l'action *in factum* prétorienne ordinaire et du *quantum ea res erit*. Pour l'action d'injure nous n'avons pas d'édit, mais il est dit seulement que c'est une action *in bonum et aequum concepta* ou *ex aequo et bono*. Mais pour l'action *sepulcri violati*, l'édit du préteur dit: *quantum ob eam rem aequum videbitur condemnatur* (Digeste 47.12.3). Pour l'action de effusis: *quantum ob eam rem aequum judici videbitur eum condemnari tanti iudicium dabo* (Digeste 9.3.1). Pour l'action de feris: *quantum bonum et aequum judici videbitur condemnatur* (Digeste 21.1.41). Enfin pour l'action du juge qui *litem suam fecit*: *in quantum de ea re aequum religione judicanti visum fuerit, poenam sustinebit* (Digeste 50.1.3.6.). Ces paroles qui, sauf pour le dernier texte, sont les paroles mêmes du préteur suffisent pour prouver, même après les formules perdues, comment elles étaient rédigées, et nous voyons qu'elles se rapprochent de la rédaction de l'action *in factum* ordinaire, mais qu'elles diffèrent de la for-

mule de l'action rei uxoriae. En effet, celle-ci comportait d'autres termes: quod aequius melius erit. Rien que cette différence de rédaction suffirait à prouver la diversité d'origine, à nous montrer que la source n'est pas la même. Mais nous avons davantage. L'aequum et bonum dans les actions que nous venons d'étudier se trouve - cela est certain - dans la condemnatio. Or, il y a des raisons sérieuses de penser que l'Aequius melius de l'action rei uxoriae se trouve, non pas dans la condemnatio, mais dans la partie de la formule qui donne au juge le pouvoir d'apprécier ce qui est dû, dans cette partie qui s'appelle l'intentio, et elle se rapprocherait sous ce rapport bien davantage des actions de bonne foi, avec lesquelles elle finit par se confondre, dont l'intentio est: quidquid dare facere oportet ex fide bona.

Nous donnons tout de suite une première preuve par un texte, que nous connaissons déjà, de Paul sur Sabinus. Digeste 24.3.15 Principium. "Rei judicatae tempus spectatur quatenus maritus facere potest, haerediti mariti licet in solidum condemnatur compensationes (retentiones) tamenque eam pecuniariam causam respiciunt, proderunt ut hoc minus sit obligatus veluti ob res donatas et amotas et impensas. Morum vero coercionem non habet". Pour apprécier ce que le mari peut payer, on se place au moment du jugement. Quoique l'héritier du mari soit condamné pour le tout, cependant les retentiones, qui ont une cause pécuniaire, lui profitent, de sorte qu'elles diminuent son obligation, comme par exemple les retentiones pour les choses données et enlevées, et pour les dépenses. Mais il n'a pas la répression des mœurs". Nous avons remplacé dans la traduction compensationes par retentiones, parce que le premier mot est une interpolation bien connue de Justinien. Le mari dans l'action rei uxoriae ne peut pas être condamné in solidum, mais seulement dans la limite de ses facultés in id quod facere potest. C'est une faveur qui est faite à son état par suite de l'équité. Sa solvabilité s'apprécie au moment où le jugement sur l'action doit être rendu. Mais si l'action est intentée contre l'héritier du mari, celui-ci ne jouit pas de la même faveur, et il sera condamné in solidum. Cependant, il a le droit, dit le texte, d'invoquer les retentiones. Pas toutes cependant. Les retentiones propter mores lui sont interdites, car il n'a pas la coercitio morum. Mais il a celles qui ont une cause pécuniaire, et qui sont au fond de vraies compensations avec ce que la femme doit au mari, par suite des donations qui lui ont été faites et qui sont défendues, par suite des choses qu'elle a enlevées d'une manière illicite et par suite des

Dans l'action rei uxoriae l'aequius melius se trouve dans l'intentio.

Le mari jouit dans la restitution de la dot du bénéfice de compétence. Solution contraire pour l'héritier.

Il peut invoquer les retentiones. Elles déterminent l'étendue de l'obligation. C'est donc que l'*aequius melius* figurait dans l'*intentio*.

dépenses qui ont été faites par le mari à l'occasion de la dot. Le jurisconsulte nous dit que ces retentiones diminuent l'obligation de l'héritier. En en tenant compte, en les soustrayant de la dot, d'après Paul, le juge ne modère donc pas la condamnation, mais détermine l'étendue de l'obligation. Il diminue cette obligation. Or, les retentiones, c'est le champ par excellence de l'*Aequius melius*. La formule a été créée pour que ces retentiones puissent être exercées. C'est la première de toutes les applications de l'*Aequius melius*. Pour que Paul emploie donc ce langage, il fallait que l'*Aequius melius* figure dans l'*intentio*, et non pas dans la *condemnatio*.

A cette raison, nous pourrions ajouter deux autres textes qui ont déjà été cités dans ce sens.

Digeste 46.3.82. "*Nec melius nec aequius esse existimarem eum fundum Seiae reddi*". Digeste 24.3.66 § 7. "*Quia nec melius aequius esset quod exigere vir ab uxore non potuisset*".

Le langage des deux jurisconsultes, Proculus et Javolenus, est le même que celui de Paul. Ce qui permet de déterminer l'*aequius melius*, c'est le *quid debitum*, ce qui est in obligatione. Et ce langage est bien différent du langage des mêmes jurisconsultes pour l'action d'injure par exemple. Digeste 47.10.18. et 44.7.34. "*Bonum et aequum non esse condemnari*".

§ 3 - Formule de l'action rei uxoriae.

Lenel place l'*Aequius melius* dans la *condemnatio*.

Il nous est dès maintenant possible d'apprécier les essais de reconstitution de la formule de l'édit qui ont été faits au cours du XIX^{ème} siècle. Cette reconstitution reste toujours arbitraire, car nous manquons des éléments nécessaires pour la faire. La plupart des auteurs placent les paroles essentielles de l'action dans l'*intentio*. Un seul, Lenel, dans son Edit perpétuel (2. p. 20), entraîné par l'exemple des actions in bonum et aequum conceptae, place l'*Aequius melius* dans la *condemnatio*, et cependant il ne fait pas de cette action une action prétorienne in factum, mais il en fait une action in jus. L'intention qu'il donne est une *intentio certa*: "*Si paret Numerium Negidium Aulæ Ageriæ dotem partemve ejus reddere oportere*". Puis suit la *condemnatio*: "*Quod ejus melius aequius erit ejus judex, Numerium Negidium Aulæ Ageriæ condemna, si non paret absolve*". Dans cette reconstitution il n'y a pas de démonstration.

Cette formule a le mérite de la simplicité. Nous ne l'admettrons pas pourtant à cause de ce que nous venons de dire, à savoir que l'*Aequius melius* se trouvait dans l'*intentio* et non pas dans la *condemna-*

tion. Cette reconstitution a été attaquée par Karlowa R. Recht G. 2. p. 221, Arangio Ruiz, Formule con demonstracione p. 110. Grosso. Judicium rei uxoriae, p. 13.

Les auteurs qui mettent l'aequius melius dans l'intentio ont essayé plusieurs reconstitutions de cette intentio. Dernburg Compensatio p. 102, note I.: Quantum Numerium Negidium Aulæ Ageriæ dare facere aequius melius esse paret". Rudorff, Edit perpétuel § 120: "Quod melius aequius erit Numerium Negidium Aulæ Ageriæ dare repromittere". Boehman, Dotalrecht, 2. 321: "Quidquid ex dote Numerium Negidium uxori reddere aequius melius esse parebit". Cylharz, Dotal Recht, 365: "Quidquid Numerium Negidium, dotis nomine, uxori reddere aequius melius esse parebit".

Aucune de ces formules ne respecte suffisamment, sauf peut-être celle de Rudorff, la seule certitude que nous ayons, les seuls mots que nous connaissons de façon sûre, quod aequius melius erit.

La formule la plus simple et relativement la plus satisfaisante a été donnée par Karlowa. R.R. 2. 221 note 2. suivi par Arangio Ruiz et Grosso. Ces auteurs donnent à l'action rei uxoriae une démonstratio et une intentio incertae comme dans les actions de bonne foi. La demonstratio est ainsi conçue: "Quod Aula Ageria Numerio Negidio marito dotem dedit", et l'intentio: "Quod ejus melius aequius erit Aulæ Ageriæ reddi". Suit la condemnatio: "Ejus judex Numerium Negidium Aulæ Ageriæ condemna si non paret, absolve". Cette reconstitution a le mérite de la simplicité, mais elle n'est pas sans objection. Une première objection grammaticale vient tout de suite à l'esprit. La présence au début de l'intentio et de la demonstratio de deux quod n'est pas très correcte et ne vient certainement pas du prêteur. Ensuite au point de vue du fond, cette reconstitution est trop influencée par la formule des actions de bonne foi. La forme en effet de l'action rei uxoriae devait être plus archaïque, car c'est une action plus ancienne que la formule ex fide bona, qui provient d'une autre source. En outre, il est probable que la formule, au moins dans sa forme primitive, visait plutôt la dissolution du mariage que le fait que la dot a été donnée. Nous savons en effet que pour l'exercer dans certains cas d'urgence durant le mariage, sans que le mariage ait été dissout, il fallait une fiction de divorce. Digeste 5.12.30 in fine. Et enfin peut-être la formule devait-elle contenir un redde oportere.

Au fond aucune restitution n'est pleinement satisfaisante, et toutes celles qui pourraient être tentées restent entachées d'arbitraire, faute d'une do-

D'autres auteurs placent ces mots dans l'intentio. Essai de reconstitution de la formule.

Appréciation critique.

cumentation suffisante.

§ IV - L'action rei uxoriae et les actions

de bonne foi.

Dès son origine la formule de l'action rei uxoriae tend à se rapprocher des actions de bonne foi, avec lesquelles elle ne comporte pas de différence essentielle

Beaucoup plus intéressante et beaucoup plus fructueuse sera la comparaison de l'action rei uxoriae et des actions de bonne foi. La formule de l'action rei uxoriae est différente, nous venons de le voir, dans sa partie essentielle de l'action de bonne foi, qui comportait un *quidquid dare facere oportet ex fide bona*, là où l'action rei uxoriae avait un *quod aequius melius erit*. Nous n'avons aucune trace que la formule de l'action rei uxoriae ait été modifiée pour que l'*aequius melius* soit remplacé, dans le cours du droit classique, par l'*ex fide bona*. Cependant, dès le début de sa création, cette action tend à se rapprocher des actions de bonne foi. Les jurisconsultes reconnaissent la parenté de ces actions et leur nature substantiellement la même. Elles ont en effet le même fondement d'équité et la différence dans la formule provient sans doute des hasards de leur création. L'action rei uxoriae vient d'une autre partie du droit romain, et sans doute elle est plus ancienne et plus archaïque. Elle représente en quelque sorte un premier essai dans le pur droit civil du droit de bonne foi. Nous pouvons reconnaître quelques-unes des étapes de cette fusion dans les trois listes, que nous possédons des actions de bonne foi. La première, qui est de l'époque de Cicéron, ne comporte pas l'action rei uxoriae. Mais le rapprochement est déjà opéré. La deuxième est de Gaius. La fusion paraît être faite dans cette liste, et l'action rei uxoriae faire partie des actions de bonne foi. Enfin dans la troisième la liste de Justinien, depuis longtemps la réunion est opérée. Ces trois listes marquent l'extension de plus en plus grande de cette catégorie d'actions, la multiplication de celles qui y figurent.

La liste de Q. Mucius Scaevola rapportée par Cicéron.

1°) Liste de Quintus Mucius Scaevola. Elle se trouve dans Cicéron. De officiis. 3.17.70. "Quintus quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis in quibus adderetur ex fide bona. Fidei bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis rebus, emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur: Quintus Scaevola, le grand pontife, disait que la plus grande efficacité se trouvait dans ces arbitria où il était ajouté la clause *ex fide bona*. Il pensait

que ce nom de bonne foi avait l'acception la plus étendue et se trouve dans les actions de tutelle, de société, de fiducie, de mandat de vente, de louage, qui embrassent les actes principaux de la vie". Il n'est pas douteux que, dans ce texte, Cicéron, ou plus exactement le jurisconsulte son contemporain, Quintus Mucius Scaevola, se base sur les paroles mêmes de la formule pour énumérer les actions dont il s'agit. Il énumère celles dont la formule contenait les mots *ex fide bona*, ou tout au moins celles dont la formule contenait le mot de *fides*. Il me paraît toujours plus vraisemblable d'admettre que si la liste n'est pas complète de façon absolue, comme étant rigoureusement limitative, elle est dans l'esprit du jurisconsulte une énumération complète. Par suite, les actions qui ne figurent pas ici, sauf preuve absolument contraire, c'est parce qu'elles n'existent pas encore, ou si elles existent, parce qu'elles ne sont pas encore considérées comme actions de bonne foi. C'est le cas de l'action *rei uxoriae*. Elle existe, mais ce n'est pas encore une action de bonne foi. Cela est d'autant plus certain que à plusieurs reprises Cicéron la compare avec les actions de bonne foi et fait ressortir les similitudes en même temps que les différences.

Quelles sont les actions de bonne foi connues par Quintus Mucius Scaevola ?

Vente, société, louage, mandat.

1°) Tous les contrats consensuels sont déjà créés. C'est la catégorie même dans laquelle ces actions ont eu le premier champ de leur activité. La vente, le louage, la société et le mandat.

Fiducie.

2°) Dans les contrats réels, la fiducie seule est connue. Ni le *commodat*, ni le *dépôt*, ni le *gage*, ne sont énumérés comme action de bonne foi.

L'action de tutelle.

3°) Parmi les actions nées *ex variis causarum figuris*, l'action de tutelle existe seule. Nous n'avons pas encore la gestion d'affaires, bien que Cicéron la connaisse.

La liste de Gaius s'augmente du *dépôt*, de la gestion d'affaires, de l'action *rei uxoriae*.

Avec Gaius, la liste s'augmente. *Institutes* 4.62. *Sunt autem bonae fidei haec ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fidei iuratae, pro socio, tutelae, rei uxoriae*". La liste s'augmente d'un contrat réel, le *dépôt*, d'une action née *ex variis causarum figuris*, la gestion d'affaires, et enfin de l'action *rei uxoriae*. Mais pour celle-ci il y a une discussion. Le manuscrit de Verone qui contient les *Institutes* de Gaius, est particulièrement peu clair, particulièrement illisible à cet endroit, et en plus, nous y trouvons une erreur du copiste. Le copiste en effet répète deux fois la dernière ligne de l'énumération, et dans les deux lignes la fin est extrêmement difficile à lire. La ligne 5 du manuscrit

comporte les mots suivants: "Mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae. Puis R ou P. U. A. E. M. La ligne 6 comporte les mots suivants: dati depositi, fiduciae, pro socio, tutelae. P ou R. et U.A.E. Après les hésitations de la première heure, Studemund, qui a fait la lecture servant de base à nos éditions modernes, conclut qu'il y avait écrit R. U. A. E., où il relève l'abréviation de rei uxoriae. En général, cette lecture a été acceptée après lui. Cependant en 1920 Biondo-Biondi, *Judicia bonae fidei* conteste cette lecture pour des raisons de fond. Il considère en effet que l'action rei uxoriae n'est pas une vraie action de bonne foi pour les raisons que nous venons de donner, dont la principale est la diversité de formule. Son système a fait naître de grands débats entre les romanistes. On trouvera la littérature de ce débat dans le *bulletino dell'Istituto di diritto romano* 1928 p. 140. Depuis cette Etude, trois nouvelles lectures ont été faites, dont la dernière a été faite à Rome à la Bibliothèque Vaticane où le manuscrit a été apporté sur l'ordre du Ministère de l'Instruction publique. Par cette lecture en quelque sorte officielle, on affirme la certitude des lettres R.U.A.E., abréviation de l'action rei uxoriae.

L'assimilation faite par Gaius s'explique par des raisons de fond.

Considérons donc la question comme tranchée, et admettons que Gaius a ajouté l'action rei uxoriae à la liste des actions de bonne foi. C'est l'oeuvre de Gaius, ou bien plutôt celle des jurisconsultes avant lui. Mais nous n'avons aucune trace que l'on ait modifié la formule de l'action rei uxoriae, que l'on ait créé une formule nouvelle pour elle, formule ex fide bona. Par conséquent, nous devons admettre que si l'assimilation a été faite, elle a été faite, non pour des raisons de forme, mais pour des raisons de fond. L'évolution de l'action rei uxoriae l'a rapprochée de plus en plus, elle et ses règles, des actions de bonne foi. Les jurisconsultes en effet ont appliqué de plus en plus les règles de la bonne foi à l'action rei uxoriae, et ils se sont placés à un point de vue un peu différent de celui de Cicéron, qui connaît les actions à leur début, avant qu'une interprétation plusieurs fois séculaire ait fixé les règles de fond et qui s'attache donc avant tout aux formules qui viennent d'être créées. A l'époque de Gaius au contraire, qui est en somme assez tardive dans le droit romain, puisque nous sommes sous les Antonins, à la fin du 2ème siècle, depuis longtemps déjà l'Edit perpétuel a été codifié par Salvius Julien, sous Adrien au début du même siècle. Les jurisconsultes considèrent alors davantage les institutions pour leurs règles de fond, et c'est ainsi que s'est faite l'assimilation.

La liste de Justinien.

Liste de Justinien. L'assimilation est complète et l'énumération des actions de bonne foi est augmentée. Institutes. 4.6.28. "Actionum autem quaedam sunt bonae fidei, quaedam stricti juris. Bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et haereditatis petitio. Quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonae fidei judicia commune randa sit sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonae fidei disposuit. 29. Fuerat ante et rei uxoriae actio ex bonae fidei judiciis; sed cum pleniorum esse ex stipulatu actionem invenientes omnes, quod res uxoria ante habebat, cum multis divisionibus in ex stipulatu actionem, quae de dotibus exigendis proponitur, transtulimus, merito rei uxoriae actione sublata, ex stipulatu, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei iudicii, tantum in exactione dotis meruit, ut bonae fidei sunt: Parmi les actions, les unes sont de bonne foi, les autres sont de droit strict. Les actions de bonne foi sont les suivantes: l'action de la vente, du louage, de la gestion d'affaires, du mandat, du dépôt, de la société, de la tutelle, du commodat, du gage, du partage de famille, du partage d'indivision, l'action praescriptis verbis, qui est donnée pour l'aestimatum, et qui a lieu pour l'échange, et la pétition d'hérédité, quoiqu'il fût jusqu'ici incertain si cette dernière devait être comptée ou non parmi les actions de bonne foi, notre constitution (Code 3.31.12.3.) a décidé qu'elle serait parmi les actions de bonne foi. 29. L'action rei uxoriae était comptée autrefois parmi les actions de bonne foi, et comme nous avons trouvé que l'action ex stipulatu était plus complète, nous avons transféré tout le droit qui était dans l'action rei uxoriae dans l'action ex stipulatu prescrite pour réclamer la dot. C'est à bon droit que l'action rei uxoriae, ayant été abolie, l'action ex stipulatu, qui avait été introduite avant elle, a mérité la nature d'action de bonne foi seulement en ce qui concerne la réclamation de la dot, comme si elle avait été de bonne foi.

Suppression de la fiducie.

Addition du commodat, du gage, des actions praescriptis verbis.

Dans cette liste, toute la première partie jusqu'à la tutelle ne fait que répéter la liste de Gaius et vient de lui. L'action de fiducie a été supprimée, parce que le contrat lui-même est supprimé par Justinien. Mais Justinien fait plusieurs additions. Les deux autres contrats réels, le commodat et le gage sont ajoutés au dépôt mentionné déjà par Gaius.

Les actions
en partage,
la pétition
d'hérédité.

L'absence de ces deux contrats dans les deux premières listes a donné lieu à des controverses que nous ne pouvons examiner ici. Justinien ajoute une série de contrats, que le droit classique ne considérerait pas comme étant de bonne foi, à cause de la diversité des formules, mais qui suivent des règles qui fondamentalement sont les règles de la bonne foi. Justinien n'est plus tenu par la diversité des formules qui n'existent plus à son époque. Aussi il unifie, égalise toutes les institutions et augmente le groupe des actions de bonne foi, qu'il oppose au début du texte, aux actions de droit strict. L'addition la plus importante est celle des actions *praescriptis verbis*, qui naissent des contrats innomés; puis les actions particulières et très anciennes de partage de famille, de partage d'indivision. Enfin, il ajoute spécialement la pétition d'hérédité. Toutes ces actions sont réunies, les unes aux autres, exclusivement pour des raisons de fond et non plus pour la formule de leur action.

Chapitre IX

LES ACTIONS DE BONNE FOI ET L'ACTION REI

UXORIAE A L'EPOQUE DE CICERON.

Diversité
d'origine des
actions de
bonne foi et
de l'action
rei uxoriae.

Les actions de bonne foi à l'époque de Gaius, avant même la fin de la période classique comportaient l'action rei uxoriae, malgré la différence de rédaction de sa formule, et bien qu'elle ne contienne pas la clause *ex fide bona*. Cette assimilation complète, les jurisconsultes classiques l'ont donc consacrée, parce que l'*aequius melius* est un fondement essentiellement de même nature que la *bona fides*, susceptible de produire les mêmes conséquences, de faire donner aux espèces les mêmes solutions; mais la différence de rédaction des formules est un indice de toute première importance pour leur histoire, et cet indice est d'autant plus important que nous sommes plus près des origines, de l'époque où l'action a été créée. La diversité des formules marque en effet la diversité des origines, et si l'action rei uxoriae est venue se jeter à l'époque classique dans le grand fleuve des actions de bonne foi, elle provient d'une autre source que ces actions, elle vient d'une autre partie du droit romain, où elle a été créée de façon indépendante, et elle a conservé toujours jusqu'à Justinien une certaine diversité d'avec les autres.

Leur fusion
ultérieure.

Nous citerons par exemple les retentiones, qui sont une institution originale et particulière à l'action rei uxoriae, qui n'ont pas d'équivalent dans les autres actions de bonne foi. Pour apprécier cette diversité d'origine et la fusion postérieure, les textes de Cicéron, que nous allons maintenant étudier, sont de toute première importance. L'évolution du droit classique n'est pas encore commencée. Elles sont toutes encore très près de leur origine. D'autre part, ces textes sont en dehors du Digeste, et par conséquent ils n'ont pas subi les interpolations et les coupures opérées par Justinien, qui n'ont pas encore créé cette fausse uniformité, sous laquelle il nous faut péniblement retrouver dans le Digeste, les traces du droit antérieur.

Elle est déjà
réalisée
à l'époque
de Cicéron.

Dans les textes de Cicéron, le rapprochement est déjà opéré. Cicéron fait ressortir la parenté des fondements de ces actions, c'est-à-dire la bona fides, l'aequum et bonum, la répression du dolus malus. Ce fondement, quel que soit son nom, a pour effet dans toutes ces actions d'augmenter les pouvoirs du juge dans l'appréciation de ce qui est dû, de lui donner un rôle beaucoup plus actif que dans les actions de droit strict. Mais en même temps que Cicéron les rapproche, il est encore trop près des origines pour les identifier. Les formules sont différentes, non seulement pour l'action rei uxoriae, mais pour quelques autres actions du même genre, qui n'ont pas été encore fondues avec les actions de bonne foi, par exemple l'action de fiducie ou l'action de gestion d'affaires. En sorte que le principal intérêt de ces textes va être de permettre d'insister sur les différences d'origine de ces actions, sur leur diversité primitive et d'apporter ainsi une contribution très importante à l'histoire des origines des actions de bonne foi.

I. Textes de Cicéron à étudier.

Deux textes tirés du de officiis et un des Topiques.

De officiis
III, 15, 61.

1°) De officiis. III. 15. 61.

Iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutela XII Tabules et circumscriptio adolescentium lege Plaetoria, et sine lege iudicis in quibus additur ex fide bona. Reliquorum autem iudiciorum haec verba maxime excellunt; in arbitrio rei uxoriae, melius aequius, in fiducia, ut inter bonos bene agier. Quid ergo, aut in eo quod melius aequius potest ulla pars inesse fraudis? aut quum dicitur, inter bonos bene agier, quidquam agi dolose aut malitiose potest:

Ce *dolus malus* était réprimé même par les lois par exemple, la tutelle dans la loi des XII Tables, la tromperie des jeunes gens dans la loi *Plaetoria*; il est aussi réprimé sans loi dans les formules où il est ajouté *ex fide bona*. Dans les autres formules les mots suivants sont par dessus tout excellents, dans l'*arbitrium rei uxoriae*, *melius aequius* dans la fiducie, *ut inter bonos bene agier* (comme on doit agir entre gens de bien). Quoi donc ! Dans ces mots, *quod aequius melius*, peut-il entrer la moindre part de fraude ou lorsqu'on dit, comme on doit agir entre honnêtes gens, peut-on agir en quoi que ce soit dolosivement ou malicieusement ?

2°) De officiis, III. 17 § 69.70.71.

De officiis
III, 17,69.

Nam quanti verba illa uti ne propter te fidem ve tuam captus fraudatus siem. Quam illa aurea ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione. Sed qui sint boni et quid sit bene agi, magna quaestio est. Quintus quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis in quibus adderetur ex fide bona: fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis conductis locatis quibus vitae societas contineretur; in his magni esse iudiciis statuere praesertim quum in plerisque essent iudicia contraria quid quemque cuique praestare oporteret.

De quel prix sont ces paroles afin que par toi ou par ta foi je ne sois pas trompé ou je ne sois pas frustré. Quelles paroles d'or: comme on doit agir entre gens de bien et sans fraude. Mais qu'entend-on par honnêtes gens, qu'est-ce que bien agir, c'est la grande question. Quintus Mucius Scaevola, le grand pontife, disait que la plus grande efficacité était dans ces arbitria où il est ajouté *ex fide bona*, d'après la bonne foi. Et il estimait que ce nom de bonne foi avait l'acception la plus large et qu'il se trouvait dans les tutelles, les sociétés, les fiducies, les mandats, les ventes, les louages, c'est-à-dire dans les actes principaux de la vie sociale.

Dans ces actions, l'habileté du juge consiste à déterminer - ce qui doit être fourni, qui doit le fournir et à qui - d'autant plus que dans la plupart de ces iudicia, il y a des actions contraires.

3° - Topiques. 17. 65. et 66.

Topiques XVII
65 et 66.

Privata enim iudicia maximarum quidem rerum in jurisconsultorum mihi videntur esse prudentia. Nam et adsunt multum et adhibentur in consilio et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant. In omnibus igitur eis iudiciis in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam inter bonos

bene agier, in primis in arbitrio rei uxoriae, in quo est aequius melius, parati eis esse debent. Illi enim dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio quid eum qui negotia aliena curasse ei cujus ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset eumve cui mandatum esset alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori quid uxorem viro tradiderunt".

"En effet, les sentences des juges privés dont dépendent les intérêts les plus considérables me paraissent reposer sur la sagacité des jurisconsultes. Car on les voit fréquemment en justice, on leur demande de conseil et ils dirigent les procédures pour le compte des avocats diligents qui ont recours à leur expérience.

C'est ainsi que pour toutes les actions dans la formule desquelles figure la clause d'après la bonne foi, ou celle-ci encore, ainsi qu'on doit agir entre honnêtes gens, avant tout dans l'action rei uxoriae où l'on trouve ces mots, ce qui est le plus équitable et le meilleur, les jurisconsultes doivent être bien préparés. Ce sont eux qui nous ont défini le dol mauvais, ce sont eux qui nous ont défini la bonne foi, ce sont eux qui nous ont défini ce qui est équitable et bon, ce sont eux qui nous ont dit ce que l'associé doit fournir à l'associé, ce que le gérant d'affaires doit fournir à celui dont les affaires sont gérées, ce que le mandant et le mandataire se doivent fournir réciproquement l'un à l'autre.



§ II - Examen des actions rei uxoriae, de

procure et de gestion d'affaires, comparées aux actions ex fide bona.

1° - La première constatation que nous ferons sera que dans ces trois passages Cicéron cite les paroles mêmes de la formule. Il s'appuie sur ces paroles, sur les paroles essentielles de chaque formule pour déterminer le rôle d'interprétation des jurisconsultes, le rôle de décision du juge dans chacune de ces actions. Ceci paraît évident à la lecture. Il est cependant nécessaire de le rappeler, car on n'en a pas toujours tenu compte. En second lieu, de la formule ex fide bona, de l'énumération qu'il fait des actions de la loi, Cicéron rapproche trois autres types de formules pour marquer leur parenté, pour marquer qu'elles donnent au juge la même étendue de pouvoir, le même rôle essentiel.

La première: ne propter te fidemve tuam captus

Cicéron rapproche de la formule ex fide bona

trois autres types de for-

fraudatus siem. Il s'agit ici - cela résulte avec évidence de tous les textes - d'une formule d'action, mais il ne s'agit pas d'une action de la procédure formulaire, c'est-à-dire d'une formule écrite, qui donne l'ordre du prêteur s'adressant au juge, et où les plaideurs sont désignés à la troisième personne par leur nom. Dans cette formule, le demandeur s'adresse directement au défendeur. C'est donc une formule orale, une procédure orale, une action où les parties prononcent elles-mêmes les paroles, c'est-à-dire quelle qu'en soit l'interprétation, une procédure conçue suivant les formes de l'action de la loi, c'est-à-dire une action de la loi.

La seconde: *ut inter bonos bene agier oportet*, peut bien figurer dans la procédure formulaire.

La troisième enfin: *quod aequius melius erit*.

Grâce à ces paroles d'or, comme dit Cicéron, tout dol, toute fraude, sont écartés, comme par la clause *ex fide bona*. Le juge a le pouvoir de décider ce qui doit être fourni: *praestare oportet*.

2°) Quelles sont maintenant les actions qui contiennent ces paroles:

I. L'*aequius melius* dans l'action *rei uxoriae*.

Cette attribution ne comporte aucune incertitude, aucune obscurité. Les trois textes sont concordants; dans les trois l'*aequius melius est* est rattaché, et exclusivement, à l'*arbitrium rei uxoriae*.

II. La *fiducie*.

Les deux autres formules, *ne propter te*, etc.,... et *ut inter bonos*, etc.,... sont rattachées de façon sûre à la *fiducie*. La seconde l'est de façon formelle, non pas par tous les textes; le premier et le troisième citent la formule sans dire à quel *negotium juris*, elle se rattache; mais le second, de *Officiis*, 3. 15. 61, dit expressément "*in fiducia ut inter bonos bene agier*". Cette attribution serait confirmée, s'il en était besoin, par un autre texte de Cicéron. *Epistulae ad familiares*. 7. 12. "*Ubi porro erit formula fiduciae ut inter bonos bene agier oportet*". Le rattachement de la première formule à la *fiducie* se fait d'une façon moins formelle. Néanmoins ce rattachement est accepté par tous les auteurs, bien qu'ils ne soient pas d'accord sur l'interprétation qu'il faut en donner. D'abord, Cicéron la cite immédiatement à côté de la formule de *fiducie*. En outre le Digeste conserve une trace de ces paroles caractéristiques. Dans le Digeste, en effet, il n'y a plus rien de la

L'*aequius melius est* rattaché à l'action *rei uxoriae*.

Les mots *inter bonos* se rattachent à la *fiducie*.

formule de fiducie, plus rien non plus de l'action de la loi. Mais Ulpien dans un texte, très interpolé par Justinien, nous donne une addition à la formule classique, qui est faite, quand la mancipation fiduciaire, que l'on veut faire exécuter, a été faite avec un esclave. Dans ce cas, suivant la règle, l'action est donnée contre le maître de l'esclave, de peculio ou in rem verso, c'est-à-dire que pour le montant du pécule ou pour le montant de l'enrichissement, dans les actions ordinaires. Lorsqu'il s'agit de l'action fiduciae, le maître n'était-il tenu que dans la limite du pécule ou au contraire in solidum, pour le tout? Il est tenu pour le tout, dit Ulpien à cause de l'addition qui est faite à la formule. Digeste 15.1.36. Ulpien 2. Disputationum. Namque si servo res pignori (fiducia. Ulp.) data sit, non solum de peculio et in rem verso competit actio (Formula. Ulpien) verum hanc quoque habet adjectionem, et si quid dolo malo domini captus fraudatus actor est. Videtur autem dolo facere dominus, qui cum habet restituendi facultatem, non vult restituere. Si une chose a été donnée à un esclave pour cause de fiducie, l'action compète contre le maître et pas seulement de peculio et in rem verso, car la formule a aussi cette addition, et si le demandeur a été trompé ou frustré en quelque chose, par le dol mauvais du maître. On peut admettre que c'est par dol mauvais que le maître agit quand, ayant la faculté de restituer, il ne le veut pas". Justinien a interpolé ce texte. Il a mis pignori à la place de fiduciae, et a supprimé l'indication de la formule elle-même remplacée par le mot action. Ces paroles dolo malo domini captus fraudatus sont un souvenir très net de l'ancienne action de la loi, et sont une addition de la formule. C'est une trace de filiation qui nous donne la preuve que cette ancienne action de la loi se rattachait à la fiducie. On interprète en général les textes d'Ulpien comme indiquant que cette addition était faite dans un cas particulier de l'action de fiducie. C'est une addition spéciale à la formule, quand elle est donnée contre le maître pour un acte de l'esclave. Mais il n'y a pas de raison d'admettre que l'action de la loi elle-même, dont ces paroles conservent la trace, ait une portée aussi restreinte. Il n'y a pas de raison qu'il ne s'agisse pas ici d'une action de la loi sanctionnant la fiducie en général. La fiducie est donc sanctionnée par des formules, que Cicéron rapproche de celles de la dot et des contrats de bonne foi.

La fiducie est sanctionnée par des formules que Cicéron rapproche de celles de la dot et des contrats de

bonne foi.

Source : BIU Cujas

Qu'est-ce que la fiducie ? C'est un des plus anciens contrats réels, qui est aboli à l'époque de Justinien et systématiquement effacé du Digeste. C'est

Les textes relatifs à la fiducie ont été par Justinien rattachés au dépôt.

une des plus belles découvertes de Lenel dans son essai de reconstitution de l'Edit perpétuel, que d'avoir retrouvé dans le Digeste toute une série de textes provenant de la fiducie. Ces textes ont été fortement interpolés par Justinien pour être appliqués au dépôt. Il nous est impossible d'étudier en détail la fiducie. Les auteurs ne sont pas d'accord d'ailleurs sur sa portée, sur son interprétation. Il reste de nombreuses difficultés à résoudre. Nous nous attacherons ici surtout à faire ressortir les traits qui marquent son ancienneté dans le droit romain et son caractère exclusivement civil, par opposition aux contrats du jus gentium. La res dans le contrat réel de fiducie comporte l'aliénation d'un bien dont le débiteur fiduciaire devient propriétaire. L'aliénation se fait par mancipation ou par in jure cessio seulement. La fiducie ne peut se faire par traditio. On ne peut donc employer que les procédés d'aliénation les plus anciens, et exclusivement romains. La traditio, procédé du jus gentium, n'est pas applicable. Ce transfert est accompagné d'une promesse faite sans formes, essentiellement la promesse de restituer, soit à l'aliénateur lui-même, soit à une autre personne, le bien aliéné.

Applications de la fiducie.

Le transfert de droit avec promesse de restituer a des applications les plus variées et les plus importantes. Il ne joue pas seulement dans le droit des obligations; bien qu'on ait tendance à considérer ce contrat comme tous les autres contrats réels, ce n'est même pas dans ce domaine que ses applications sont les plus importantes. Dans le domaine des obligations, il a trois buts à remplir: c'est d'abord la fiducia cum creditore, qui permet de donner un gage à un créancier; puis la fiducia cum amico, qui permet de réaliser, soit un dépôt, soit un commodat. Dans ces trois fonctions, il est remplacé par les trois contrats plus modernes de gage, de dépôt et de commodat, qui sont plus commodes et moins dangereux, car le même but est réalisé sans déplacement de propriété. Mais le même contrat a des applications beaucoup plus étendues, et beaucoup plus primitives, - et ce qui est une constatation très importante - des applications dans le domaine du droit de famille. La mancipation fiduciaire sert d'abord à faire son testament. Le familiae emptor reçoit le patrimoine et s'oblige à le rendre aux héritiers désignés par le père de famille. Par une mancipation fiduciaire on peut en outre émanciper ses enfants. On peut encore adopter un alieni juris. Les femmes peuvent par la coemptio fiduciaire interrompre leurs sacra pour en écarter les charges. Elles peuvent changer de tuteur, faire un testament en éludant la règle, qui n'accorde pas la testamenti factio aux femmes res-

antiquité
de la fiducie.

tées dans leur famille d'origine. Dans tous ces cas, le contrat de fiducie joue et d'une façon qui ne se concilie pas avec les règles habituelles des obligations dans le droit classique, ou du moins qui ne s'y concilie qu'avec difficulté. Pourtant ce ne sont pas des variétés anormales de fiducie. C'est bien plutôt son terrain originaire primitif, le terrain dont la fiducie cum creditore et la fiducie cum amico ne sont que des applications particulières. C'est la preuve non douteuse de sa très haute antiquité, venant rejoindre la preuve de la même antiquité fournie par l'emploi exclusif de la mancipation ou de l'in iure cessio.

Comment concilier ce caractère d'antiquité avec le caractère d'action de bonne foi.

La difficulté est ici de concilier ce caractère évident d'antiquité avec le caractère d'action de bonne foi reconnu à l'action fiduciae, car ce caractère d'antiquité se heurte au dogme professé par les romanistes de l'école de Girard, d'après lequel il n'y a pas d'action de bonne foi avant la loi Aebutia, et la loi Aebutia n'a pu exister avant le VII^{ème} siècle. Comme la mancipation fiduciaire existe très certainement avant le VII^{ème} siècle, avant qu'elle ne soit sanctionnée par l'action de bonne foi, quelle aurait été sa sanction ?

L'usureceptio fiduciae, première sanction de la fiducie.

Une première sanction aussi très ancienne, c'est l'usureceptio fiduciae, variété un peu anormale de l'usucapio persistante à l'époque classique. L'usureceptio fiduciae permet d'usucaper de nouveau le titre de propriétaire en un an. Elle est accordée à l'aliénateur fiduciaire revenu en possession de son bien. L'usucapio fonctionne à son profit sans juste titre ni bonne foi. Ici encore nous avons une preuve nouvelle de l'ancienneté de l'institution, car l'usureceptio, c'est purement et simplement l'ancienne usucapio, telle qu'elle fonctionnait avant les réformes du droit classique, telle qu'elle fonctionnait en droit primitif, sans juste titre ni bonne foi. Le droit ancien persiste même à l'époque classique dans cette variété anormale d'usucapio, qui ne pouvait pas se voir appliquer les règles de l'usucapio classique. C'est un exemple du maintien de l'institution primitive, dont l'usucapio pro haerede est un deuxième exemple.

Avant l'action la fiducie n'avait pas de sanction juridique: la sanction était du

Mais l'usureceptio fiduciae est une protection bien insuffisante, car elle nécessite le retour du bien aliéné entre les mains de l'aliénateur. Elle ne lui permet pas de le réclamer. Une première opinion a conjecturé qu'avant l'action, la fiducie n'avait pas de valeur juridique. On s'en remettait à la fides de l'acquéreur pour exécuter ce qu'il avait promis, et c'est ce qui aurait fait donner le nom au contrat.

domaine de
la fides.

Cette supposition, qui n'est peut-être pas fausse, ne fait cependant pas ressortir le plus grand intérêt de cette conjecture. La question est de savoir si en dehors de toutes actions civiles, qui n'existaient pas encore, la violation de la fides restait complètement impunie dans un autre domaine, autrement dit, si en dehors de l'autorité judiciaire, une autre autorité, quelle qu'elle soit, n'imposait pas le respect de cette fides, et quand cette autorité fit défaut ou fut considérée comme insuffisante, l'autorité judiciaire, le prêteur, en releva le magistrature abandonné. Cette question, peut-être au début de l'année n'auriez-vous pas même compris qu'elle pût être posée ? Peut-être maintenant, après le cours de cette année destiné à répondre à la même question en ce qui concerne la res uxoria, comprenez-vous mieux les termes dans lesquels elle peut être aussi posée pour la fiducia. Mais jusqu'à présent elle n'a été ni posée, ni à plus forte raison résolue.

La lex mancipa-
tionis aurait
rendu obliga-
toire la fi-
ducie.

Une autre opinion longtemps dominante pensait que la fiducia était rendue obligatoire par la lex mancipationis. La mancipation était accompagnée de paroles solennelles, qui empruntaient leur force obligatoire à la mancipation elle-même. D'après la règle des XII Tables "Cum nexum mancipiumve faciet uti lingua nuncupassit, ita jus esto". La formule ne propter te fidemve tuam, etc... serait la clausula doli de ces mancipations fiduciaires, par laquelle les parties s'interdisent toute tromperie dans le contrat. Rudorff. Z.f.G.R.W. 1883, suivi par Hückke, Dernburg, Degenholl soutiennent cette opinion. Vous trouverez la bibliographie dans Lenel, Edit perpétuel. 2. p. 8. Cette opinion est justement abandonnée par tout le monde.

Ou bien ce
serait une
stipulation
formelle.

On pense encore que la convention de fiducia aurait été rendue obligatoire par une stipulation formelle. Mommsen (Oeuvres complètes, I. p. 143 note I) et Girard (8ème édition p. 556. note 2) ont soutenu cette opinion. Les paroles citées par Cicéron seraient alors les paroles de la stipulation. Cette opinion est justement combattue par Pernice, Labéron 3.122. note 2. Kerlowa, R.R.G.2. 566, et Lenel, Edit Perpétuel, 2.8. Ces auteurs reconnaissent à bon droit qu'il s'agit bien ici d'une formule d'action et non pas d'une formule de stipulation. C'est bien ce qui résulte de toute évidence de l'examen sans idée préconçue des textes de Cicéron, et à la différence des autres formules celle-ci est mise dans la bouche du plaideur, et on en conclura donc nécessairement qu'elle figurait dans une action de la loi.

semble se trouvaient ces paroles ? On a essayé en vain de donner quelques précisions. Elles ne figurent pas dans un sacramentum, ni dans une legis actio per condictionem. Figuraient-elles dans une iudicis postulatio ? L'état de nos connaissances, l'absence de textes sur ce point a rendu jusqu'ici toute conjecture arbitraire et sans fondement.

La première sanction de la fiducie a été une formule d'action de la loi.

Reste la constatation des plus importantes, bien qu'elle ne puisse être entourée d'aucune précision, qu'il s'agit d'une formule orale, donc d'une formule d'action de la loi. Cette constatation recule singulièrement le moment où la fides a eu une sanction juridique. De par sa forme même cette sanction est très antérieure à la procédure formulaire et à la loi Aebutia. De cette action de la loi est sortie la formule écrite "ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione". C'est une forme archaïque, plus ancienne en tout cas, et indépendante de l'action ex fide bona. C'est cette forme que connaît Cicéron, et qui se rapproche, comme l'*aequius melius* de la formule ex fide bona.

Faut-il aller plus loin ? Faut-il encore penser, comme la plupart des auteurs modernes, que la fiducie a connu une troisième rédaction de formule, une rédaction remplaçant les mots les plus archaïques par les mots classiques de la fides bona ? Ce qui pourrait le faire croire, c'est d'abord que Cicéron dans notre deuxième texte la fait figurer dans l'énumération des actions de bonne foi, et qu'ensuite, Gaius lui aussi à plus forte raison la met dans cette énumération.

Il y a eu une seconde formule ex fide bona.

On en conclut d'habitude qu'à l'époque même de Cicéron la fiducie comportait déjà ces deux formules : la première archaïque, et comme nous le verrons pour certains auteurs *in factum* ; la seconde *in jus et ex fide bona*. A la réflexion, l'argument tiré de la liste de Cicéron n'est pas aussi certain qu'il le paraît. Avant de faire son énumération, Cicéron a cité les deux formules, "ut inter bonos, etc,..." et la formule "ex fide bona". L'énumération qui suit peut donc comporter les actions ayant ces deux formules, et non pas seulement les actions ex fide bona proprement dites. Tandis que ne figure pas l'action rei uxoriae, car il ne cite pas l'*aequius melius*. D'autre part, c'est l'*aequius melius*, et non pas la fides, qui sert de fondement littéral à l'action rei uxoriae.

D'autres problèmes pourraient être abordés, tels que l'existence d'une action de fiducie directe et contraire, mais le temps me manque pour cet examen. L'action de la loi sûrement, la formule "ut inter bonos" très probablement, ne comportaient que l'action directe de l'aliénateur fiduciaire contre l'acquéreur

fiduciaire. Biondo-Biondi, *Judicia bonae fidei*; p.161, soutient que l'action *fiduciae contraria* ne résulterait que d'une interpolation de Justinien. Elle n'aurait par conséquent jamais existé.

4° - Negotiorum gestio.

L'origine de la gestion d'affaires est un des points les plus controversés parmi toutes ces questions si controversées. La littérature sur ce point est extrêmement abondante. La plupart des romanistes modernes ont participé à la discussion. Quelle est la difficulté du problème ?

Quelle était la nature première de la *negotiorum gestio*.

a) Cicéron parle de la gestion d'affaires, mais il ne la range pas dans sa liste d'actions *ex fide bona*. Elle le devient à l'époque classique et figure dans la liste de Gaius. Quelle était donc sa nature première ?

b) Le préteur a donné un édit sur la gestion d'affaires. Digeste. 3.5.10 § 3. La présence de cet édit est un soutien considérable, une des preuves pour les partisans de l'opinion combattue ici que la création d'une action de bonne foi a été faite d'abord par une action *in factum*, suivie plus tard d'une action *in jus*. Seulement la formule de l'édit, les commentaires qui l'accompagnent font penser que l'édit du préteur ne crée que l'action contraire du gérant contre le géré en remboursement de frais, et non pas l'action directe du géré contre le gérant en reddition de compte. De nombreux auteurs se maintiennent obstinément à ce point de vue.

Cicéron montre que la formule de l'action de gestion d'affaires contenait les mots "ut inter bonos" comme la formule de fiducia.

Quelle est la lumière que peut nous fournir Cicéron sur ce point ? Cicéron, nous l'avons dit, connaît la gestion d'affaires. Il la nomme, et en plusieurs endroits de ses œuvres, il donne des exemples de gestion d'affaires, mais il ne la cite pas parmi les actions *in quibus additum est ex fide bona*. Dans le dernier de nos textes, il la rapproche de cette action de bonne foi. Topiques, 17.66. Dans ce texte, il donne d'abord trois formules: "*ex fide bona*", "*ut inter bonos*" et "*quod aequius melius*". De ces trois formules il cite ensuite les trois fondements, la "*bona fides*", le "*dolus malus*", et l'"*aequum et bonum*", la *bona fides* servant évidemment de fondement à l'action *ex fide bona*, l'*aequum et bonum* à l'action *quod melius aequius*, et le *dolus malus* par conséquent à l'action *ut inter bonos*. Puis, il ajoute: Je cite le texte: "*Illi quid socium socio quid eum qui negotia aliena curasset ei cujus ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset eumve cui mandatum esset alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori quid uxorem viro tradiderunt*". Si nous accordons quelque autorité à ce texte, si nous ne supposons pas, comme on l'a

fait, que Cicéron l'a rédigé avec une négligence incroyable, nous en tirons la conséquence suivante: puisque l'action de socio, l'action mandati, sont des exemples de ces formules in quibus additum est ex fide bona, puisque l'action rei uxoriae est l'exemple de l'aequius melius, restent la gestion d'affaires et la formule ut inter bonos. Nous concluons que la formule de l'action de gestion d'affaires contenait comme la formule de fiducie, les mots "ut inter bonos bene agier oportet". Cette formule n'est probablement pas la même que celle de fiducie. Elle est différente en quelques points, notamment, elle ne contenait pas la mention de la fides, que devait contenir l'action fiduciae, puisque ce n'est pas la fides, c'est le dolus malus, que Cicéron indique comme fondement. Mais elle contenait les mêmes mots, "ut inter bonos bene agier". C'est là que l'on doit trouver l'origine de cette action de gestion d'affaire, dont on cherchait jusqu'ici vainement l'origine et le caractère.

L'action de gestion d'affaires est une action civile. Il s'agit seulement de l'action directe du géré contre le procurator.

Cette idée nouvelle, qui n'a pas été aperçue jusqu'ici, permet de dire que l'action de gestion d'affaires est une action civile, comme toutes celles que cite Cicéron dans ces passages, et qu'il réunit sous le terme technique "praestare oporteret". La gestion d'affaires est une institution ancienne, et l'action de gestion d'affaires civile indiquée ici est seulement l'action directe, l'action donnée au géré pour réclamer au procurator les comptes de sa gestion, car on doit remarquer la façon différente, dont Cicéron qualifie les rapports obligatoires entre géré et procurator d'une part, et entre mandataire et mandant d'autre part. Pour le mandat les actions réciproques sont nettement indiquées, "quid eum qui mandasset eumve cui mandatum esset alterum alteri praestare oporteret". Au contraire, pour le gérant d'affaires, l'obligation unilatérale est seule indiquée ici, "quid eum qui negotia aliena curasset ei cujus ea negotia fuissent". Cette opposition est certainement voulue. Il est en tout cas plus scientifique d'interpréter ces paroles de Cicéron, comme exprimant la volonté de leur auteur, et sans invoquer une négligence hypothétique. C'est ainsi qu'ont conclu tous les auteurs, même ceux qui ne veulent pas attacher une importance particulière à cette rédaction. Nous concluons donc que tandis que Cicéron a voulu caractériser les obligations réciproques des associés, du mandataire et du mandant, du mari et de la femme, il a marqué le caractère unilatéral de la gestion d'affaires.

Caractère unilatéral de la gestion d'affaire.

Si l'on admet ainsi que la gestion d'affaires dans sa formule directe était sanctionnée par notre formule archaïque, par conséquent par une action in

L'action contraire est une action in factum créée par le prêteur. Elle est donnée au procurator pour réclamer le remboursement des frais qu'il a fait.

Justus, pas encore de bonne foi, on comprendra mieux les textes du Digeste parlant de l'action in factum. Cette action in factum créée par le prêteur, c'est l'action contraire qui a été créée pour un cas spécial de représentation judiciaire par un procurator, et qu'il donne au procurator pour réclamer le remboursement des frais qui sont faits par lui. Dans l'état actuel, les textes du Digeste sont extrêmement interpolés par Justinien dans un but d'édification. Digeste 3.5.1. Ulpien Livre 10 du commentaire sur l'Edit : "Ait praetor si quis negotia alterius sive quis negotia quae cujusque cum is moritur fuerit gesserit, eo nomine judicium dabo" Celui qui a géré les affaires d'autrui ou qui étaient à autrui, lorsqu'il est mort, en ce cas je donnerai un judicium. Vous remarquerez la façon embarrassée et peu correcte, dont la fin de la phrase se rattache au début; celui qui a géré les affaires, en ce cas.... Eo nomine, c'est une interpolation de Justinien reconnue par tous les auteurs. La rédaction la plus naturelle semble bien être l'indication de l'action contraire. A celui qui a géré les affaires d'autrui je donnerai une action.

Dans l'Edit Perpétuel, ce petit édit se trouve, non pas dans les actions de bonne foi, mais au titre "de cognitoribus et procuratoribus et de defensoribus". Comment Ulpien le justifie-t-il ? Digeste 3.5.1. Ulpien au même titre 10 de l'Edit: "Cet Edit est nécessaire et il est fait pour l'utilité des absents, de peur que n'étant pas défendus ils subissent un dommage à cause de la mise en possession d'autrui de leurs biens, ou de la vente de ces biens, ou d'une action pour une peine encourue, ou enfin qu'ils perdent à tort leurs biens". Ceci n'est pas la justification d'une action directe. Il s'agit en effet de donner un avantage à quelqu'un pour l'initier à gérer l'affaire d'autrui. Comment serait-il encouragé à gérer l'affaire d'autrui par l'organisation de sa propre responsabilité? Mais si on donne au gérant une action pour réclamer les dépenses qu'il a faites, c'est-à-dire l'action contraire, il rendra plus volontiers ce service à l'absent de le défendre. Gaius nous donne une justification du même Edit, pour l'Edit provincial dont le sens est encore plus net. Je supprime les passages reconnus interpolés de ce commentaire de Gaius. Digeste 3.5.2. "Si quelqu'un a géré les biens d'un absent même à son insu, si cependant il a dépensé utilement quelque chose pour l'affaire d'autrui, ou si lui-même s'est engagé pour l'affaire, il a une action à ce titre... et certainement de même qu'il est équitable que lui-même rende compte de ses actions et soit con-

Explication
par cet idée
de la place
et de l'ob-
jet des
commentaires.

damné à ce titre pour tout ce qu'il n'a pas géré comme il convenait, ou qu'il a retenu sur sa gestion, de même à l'inverse, il est juste, s'il a géré utilement, qu'il lui soit fourni tout ce que à ce titre il a ou il aura en moins". Si l'on admet, comme nous le pensons, que l'action directe existe déjà à titre d'action ancienne, le commentaire de l'Edit de l'action in factum contraire par Gaius s'éclaire admirablement. La première partie dit: ce qui a été créé, c'est l'action in factum du gérant contre le géré en remboursement. La deuxième partie justifie la création en invoquant l'existence antérieure de l'action directe; et le jurisconsulte dit que du moment que celle-ci existe, il est équitable que l'autre soit créée. Justinien par ses interpolations a unifié l'institution, a voulu transformer toutes les actions de gestion d'affaires en actions de bonne foi. Cette fusion offre de nombreuses difficultés pour les interprètes.

§ III.- Les formules citées par Cicéron sont des formules d'actions civiles.

Les formules citées par Cicéron sont des formules in jus.

La lecture sans parti pris des textes de Cicéron me paraît apporter la preuve, la conviction que les formules citées par lui sont des formules in jus conceptae. Non seulement pour la formule "quibus additur ex fide bona, le caractère in jus ne fait dans ce cas de doute pour personne, mais même, les formules plus archaïques qui lui sont comparées, ne propter te fidemve tuam, etc... ut inter bonos, et quod aequius melius. C'est sur ces trois formules que porte la discussion, car une opinion encore dominante, mais de plus en plus combattue, voit des formules prétoriennes in factum conceptae dans ces formules.

Le rapprochement des formules.

Une première preuve de leur caractère civil est fournie par la comparaison même qu'institue Cicéron. Le rapprochement serait impossible, si ces actions étaient d'un caractère différent les unes des autres, les unes in factum, les autres in jus. Car à l'époque de Cicéron la procédure formulaire n'a pas encore une très longue existence; les traits de chacune des formules ont tous leur relief primitif. Il serait bien invraisemblable de soutenir, comme l'ont fait certains auteurs, que Cicéron n'a pas une idée nette de la différenciation, car bien qu'il ne soit pas un jurisconsulte, c'était un avocat illustre, et il est impossible de penser qu'il ne soit pas très au courant d'une

notion aussi fondamentale et d'ailleurs aussi élémentaire.

La terminologie est une preuve en ce sens.

Le langage qu'il emploie apporte une seconde preuve précise. A la vérité, la présence de l'*oportet* dans la formule *ut inter bonos agere oportet* pourrait être interprétée différemment, car il n'est pas employé ici dans le sens technique du prêteur, "*praestare oportere*". Il serait cependant étonnant que le prêteur ait laissé passer ce mot d'*oportere*, même dans un sens un peu différent, dans une formule *in factum*, c'est-à-dire dans cette formule même qui se différencie, nous dit Gaius, de la formule *in jus*, essentiellement parce que *oportere* n'y figure pas. Mais dans deux de nos textes, le premier et le troisième, Cicéron emploie les mots techniques eux-mêmes pour désigner suivant le sens rigoureux du prêteur, l'effet de l'*ut inter bonos* et de l'*aequius melius*. Dans le premier de ces textes, *De Officiis* 3.17.70, il conclut l'énumération des formules ainsi: "*in his magnis esse iudiciis statuere... quemquecunque praestare oporteret*". Dans les *Topiques*; 17.66 l'énumération des effets de ces formules se conclut pour toutes par les mêmes mots techniques "*illi socium socio, etc... praestare oporteret*". Ces paroles me paraissent apporter la preuve, que pour Cicéron toutes ces actions, donc l'*ut inter bonos* l'action *aequius melius* comme l'action *ex fide bona*, avaient le même caractère civil que l'obligation résultait d'un *oportere*, résultait donc d'une cause civile et non prétorienne.

Autres preuves concernant l'action *rei uxoriae*.

Ce langage correspond à celui qui est employé dans le *Digeste* pour l'action *rei uxoriae*, que nous avons pris soin de relever chaque fois que nous en avons eu l'occasion. *Digeste* 24.3.66. A propos de la dot de Licinnia, femme de Gaius Gracchus, par conséquent tout au début de l'action, Servius Sulpicius affirme "*dolum et culpam virum praestare oporteret*". Gaius et Paul parlent de même. Gaius, *Digeste* 17.2.66. "*Ut certum sit si dotem vel partem ejus reddi non oporteret*". Paul, *Digeste* 12.2.30 § 2. "*Quod ex eo reddi oportet*". Il faut encore ajouter ce que je vous ai déjà fait remarquer, que c'est dans leurs commentaires de droit civil, et jamais dans les commentaires de droit prétorien, que les jurisconsultes parlent de la restitution de la dot.

La fiducie.

Pour la fiducie, une preuve supplémentaire est apportée par la présence de l'action de la loi. Lenel (*Savigny Stiftung* 33.129) a eu le mérite de reconnaître que notre formule "*ne propter te fidei me tuam*" était les paroles mêmes d'une action de la loi, mais comme cette constatation heurtait par trop ses concep-

tions, il a cru pouvoir y apporter une conciliation en parlant dubitativement d'action de la loi in factum, d'action de la loi prétorienne. Nous avons dit pourquoi il est impossible de se rallier à cette conception. L'action in factum est une notion, qui ne se comprend que dans la procédure formulaire où la formula concepta in factum, d'après Gaius, s'oppose à la formula in jus concepta. La notion de l'action de la loi in factum est une notion contradictoire et susceptible seulement de donner lieu à des confusions. La sanction de la fiducie est bien une action de la loi d'abord, et l'action de la loi ne peut être suivie par la suite que d'une formule in jus.

§ IV - Les actions de bonne foi.

Diversité d'origine.

Nous venons de constater la présence, à côté des actions ex fide bona proprement dites, de formules civiles comme elles, et même d'une action de la loi, qui sont assimilées aux actions de bonne foi, mais qui sont plus archaïques et plus anciennes. Il y a grand intérêt à les séparer des autres pour la solution d'un problème des plus importants dans le droit romain, du problème de l'origine des actions de bonne foi.

La première constatation qui peut maintenant être faite c'est que l'origine n'est pas unique pour toutes les actions de bonne foi. Si les actions, que nous avons étudiées : la fiducie, la gestion d'affaires, l'action rei uxoriae, ont été mêlées aux actions de bonne foi, elles ne l'étaient pas originellement. Le domaine de la bonne foi est ailleurs.

a) Les contrats consensuels.

Les contrats consensuels, au moins la vente, le louage et la société, sont le siège même de la bonne foi. C'est pour eux qu'a été créée la formule de la bonne foi : "quidquid dare facere oportet ex fide bona". Ce sont eux qui ont le caractère le plus nouveau dans le droit romain, vis-à-vis du droit ancien. Ce sont en effet des contrats purement consensuels. Aucune res, aucun fait antérieur, ne vient en justifier, ne vient en causer la naissance, aucune cérémonie ne les fait naître, ce ne sont pas des contrats formels. C'est au contraire un accord pur et simple, une convention, qui les crée ex nihilo et de futuro.

D'autre part, ce sont les seuls qui font naître de véritables obligations réciproques, qui engendrent des liens synallagmatiques? Le droit primitif en effet a un caractère unilatéral. Le lien obligatoire

Leur caractère purement consensuel et synallagmatique.

suppose toujours quelqu'un qui est engagé, un débiteur et quelqu'un qui a un droit, un créancier. Dans ces contrats nouveaux au contraire l'accord engage les parties dans des liens réciproques d'obligation. Les deux parties sont à la fois créancier et débiteur. Ce sont les seuls parmi les contrats de bonne foi à être des contrats synallagmatiques parfaits. Pour eux et par eux s'est créée cette notion de *judicia contraria*, dont parle Cicéron, de *Officiis*, 3.17.70 "*Praesertim quum in plerisque essent judicia contraria*". Quelquefois l'action porte deux noms: *actio emti venditi*, et *actio locati conducti*, ou que le même nom serve à toutes, action *pro socio*, Biondo- Biondi pense que l'action *mandati* en droit classique était la même pour le mandant et le mandataire.

Dans les autres contrats de bonne foi au contraire l'action directe et l'action contraire ne résultent pas de la nature des choses. D'après une opinion qui a aujourd'hui quelque faveur, qui a été notamment étudiée et soutenue par M. Collinet dans ses *Cours de Pandectes* sur la bonne foi en 1925 et 1926, et dans son cours de licence, opinion qui a été adoptée par les Italiens, notamment Arangio Ruiz dans son *Manuel*, ces contrats seraient nés dans la jurisprudence du prêteur pérégrin. Ils auraient pris naissance dans les rapports entre pérégrins ou entre Romains et Pérégrins, rapports qui ne pouvaient pas être réglés par le jus civile, par les actions de la loi. Ce sont des rapports principalement commerciaux. La bonne foi est l'âme du commerce.

Doctrines d'après laquelle les contrats consensuels seraient d'abord apparus dans les rapports du droit des gens.

Le prêteur pérégrin a été créé en 512. Nous retrouvons toujours à tous les tournants de cette histoire cette date du début du VI^e siècle, cette époque de grandes transformations économiques où les étrangers et les richesses affluent à Rome. Le droit romain conserve toujours une trace très nette que ces contrats sont des contrats du jus gentium. Digeste 2. 147. Ulpien. "*Juris gentium conventiones quaedam actiones pariunt... et transeunt in proprium nomen contractus, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum, et ceteri similes contractus*". "Quelques conventions du droit des gens font naître des actions et prennent le nom spécifique de contrat, telle que la vente, le louage, la société, le commodat et le dépôt, et d'autres contrats semblables". La fin est une interpolation de Justinien. Cette liste est intéressante pour les contrats qui y figurent et ceux qui y sont omis. Ces contrats auraient été créés par le prêteur pérégrin, et très certainement avant la loi *Aebutia*.

Vous connaissez aussi une conjecture voisine de celle-ci qui voit dans la procédure formulaire la transition pour tous le droit romain des usages du prêteur pérégrin. Pour les actions qu'il vient de créer, le prêteur ne peut invoquer comme fondement de l'obligation un oportere ex jure Quiritium. Il fondera son droit sur la bona fides, sur un dare oportere ex fide bona. Cette notion morale fondamentale commence à envahir tout le droit romain, non pas seulement le droit des pérégrins, mais le droit civil lui-même. Dans le droit civil, elle rencontre une résistance, dans le vieux droit formaliste basé sur d'autres principes, elle s'introduit sous une forme négative pour écarter, pour réprimer des règles contraires, sous la forme négative du dolus malus. Dans le domaine du jus gentium elle ne rencontre aucune résistance de principe. Elle prend la forme d'une notion positive transformée par le prêteur en règle juridique, et de notion générale et vague, elle devient un principe très précis d'interprétation des contrats. Elle crée des règles positives consacrées par la jurisprudence et par l'interprétation, disant non pas comme le dolus malus ce qui est défendu, mais ce qui doit être fait ex fide bona. Elle développe notamment les deux traits caractéristiques de leur domaine dans les actions de bonne foi: la compensation née du caractère synallagmatique des contrats et l'inhérence de l'exception de dol. Cette pratique du prêteur pérégrin, il est impossible qu'elle ne soit passée, sinon immédiatement, du moins très vite, dans la pratique du prêteur urbain. Il est impossible de concevoir que les Romains n'y aient pas participé et même avant la fin du VI^{ème} siècle, même avant la loi Aebutia. En tout cas dès la procédure formulaire, elle est consacrée, elle donne lieu à une action civile. La procédure formulaire consacre pour l'ensemble du droit romain l'action civile ex fide bona dans sa forme définitive. Pour les contrats consensuels, il n'y a pas une seule trace d'une action in factum ayant précédé l'action civile. Il n'y a pas de trace non plus d'une loi spéciale ayant été portée pour autoriser le prêteur à créer l'action civile. Ces deux hypothèses sont de pures suppositions gratuites dans le système de Girard. Au contraire, la présence de l'action in factum à côté de l'action in jus est constatée dans les contrats réels, tout au moins pour le dépôt et pour le commodat. Gaius 4.47. C'est cette constatation qui a entraîné les auteurs à l'hypothèse générale, que nous avons combattue ici, et qui les entraîne à supposer pour tous les autres contrats de bonne foi l'existence de l'action in factum à côté de

Pénétration
de la bonne
foi dans le
droit civil.

La procédure
formulaire
consacre l'ac-
tion civile
ex fide bona
dans sa forme
définitive.

l'action in jus. Nous n'avons pas le temps d'étudier les contrats réels, commodat, gage et dépôt; ce sont relativement les plus nouveaux des contrats de bonne foi, qui ont été créés dans le droit classique.

b) Actions du vieux droit civil ajoutées aux contrats consensuels dans le droit de la bonne foi: action rei uxoriae tutelae, fiduciae, negotiorum gestorum.

Ainsi les contrats consensuels ont été le siège de la bonne foi, et la bona fides est entrée avec eux dans le droit civil par l'intermédiaire du prêteur pégrin venant du jus gentium. Rien ne nous empêche d'admettre cette origine pour les contrats consensuels. Mais le droit de bonne foi, une fois créé, a subi un développement continu, non seulement un développement interne, par la précision de plus en plus grande des règles de la bonne foi - la bonne foi est un domaine très envahissant une fois qu'elle est admise, - mais elle a aussi subi un développement externe autour de la formule la plus réussie, de celle qui comportait le plus d'avenir; autour de cette formule, d'autres negotia sont venus s'agglomérer, se confondre. L'avantage est de soumettre tous ces negotia aux règles de la bonne foi, de les faire profiter d'un développement doctrinal. Cette absorption a été faite à des époques très diverses et suivant des circonstances différentes. La conquête n'est même pas achevée à la fin de l'époque classique; elle n'est même pas achevée à l'époque de Justinien.

Mais l'absorption la plus ancienne et la plus importante a été celle de ces negotia venant du vieux droit civil, quelques-unes avec leur formule archaïque, telles que l'action rei uxoriae, fiduciae, negotiorum gestorum. On peut dire que l'absorption a été faite pour tous ces negotia qui sont exclusivement civils. Il n'est pas nécessaire de le démontrer pour l'action tutelae et pour l'action rei uxoriae. Pour la fiducie la preuve est apportée par la nécessité de la mancipation et de l'in jure cessio et l'exclusion de la traditio. La preuve est moins certaine pour l'action de gestion d'affaires. Elle peut être tirée du fait que c'est la même formule que la fiducie. D'autre part, c'est un point sur lequel nous ne pouvons insister, ces formules tirées du vieux droit civil ont un caractère inilatéral: l'action tutelae est donnée au pupille contre le tuteur; l'action rei uxoriae à la femme seule contre le mari, et non au mari contre la femme. L'action fiduciae est certainement une action unilatérale dans sa forme de l'action de la loi donnée à l'aliénateur fiduciaire contre l'acqué-

D'autres negotia se sont agglomérés autour de l'action de bonne foi des contrats consensuels.

Exemples pour l'action rei uxoriae, fiduciae, negotiorum gestorum.

reur. Elle est vraisemblablement unilatérale pour la formule ut inter bonos, l'action civile de gestion d'affaires et l'action directe seulement. Ces actions viennent du vieux droit civil, et leur origine est très différente des autres actions de bonne foi et des contrats consensuels.

Origine de
l'action rei
uxoriae dans
les usages
familiaux.

Comment se sont-elles formées ? D'où viennent-elles ? La réponse à cette question pour l'action rei uxoriae est l'objet de tout le cours de cette année. Nous avons trouvé l'origine de la restitution de la dot dans de vieux usages de la gens, qui ont été recueillis et développés par la famille, ces usages placés sous la surveillance du censeur qui jugeant ex aequo les a précisés dans une sorte de jurisprudence d'équité, et cette jurisprudence enfin ayant été recueillie et consacrée par le préteur au VI^{ème} siècle a donné lieu au quod aequius melius de l'action rei uxoriae. Dans cette partie du droit, le préteur a introduit l'équité, l'aequum et bonum du censeur.

Une origine analogue pourrait-elle être trouvée pour la fiducie ? M. Giffard me dit l'avoir enseigné dans son cours de licence, sans doute parce que les liens d'obligation placés sous le signe de la fides ont une étrange parenté avec les liens gentili- ces placés eux aussi sous la protection de la fides, notamment comme le montrent les rapports entre clients et patrons, qui sont très évidemment des rapports de gentilité. Je vous ai moi-même fait remarquer en terminant la relation étroite entre la fiducie et la famille, entre la fiducie et le testament, qui d'après les thèses les plus modernes, seraient comme origine l'acte par lequel le chef de la gens choisirait son successeur. Pour pouvoir répondre à cette question, il faudrait instituer pour la fiducie une enquête analogue à celle que nous avons faite cette année pour la dot. Peut-être les auteurs extra-juridiques que nous avons étudiés, donnant des détails qu'ils ne comprennent plus eux-mêmes bien sur les légendes originelles de l'histoire de Rome, nous livreraient-ils une réponse analogue pour la fiducie. Cette enquête, qui n'a jamais été faite fournirait-elle une réponse ? C'est sur cette question que nous mettrons un point final au cours de cette année.

F I N

--:--