

Année académique 1992 - 1993

Deuxième Candidature en Droit

DROIT ROMAIN - QUESTIONS SPECIALES

LA CONDITION JURIDIQUE DE LA FEMME DANS L'ANTIQUITÉ ROMAINE

Roger VIGNERON (Professeur Ordinaire)
Jean-François GERKENS (Assistant)

Remarque préliminaire

1. Une description de "La condition juridique de la femme dans l'Antiquité romaine" présente certaines difficultés pour deux raisons essentielles.

Il peut d'une part y avoir une grande distorsion entre droit et fait, théorie et pratique en matière de droit des personnes. Cela ne surprendra guère, si on se rappelle que le Code Napoléon, pourtant égalitaire dans ses principes, ne débouchait en réalité aucunement sur une égalité de fait. En sens inverse, une situation juridique inégalitaire peut fort bien être largement compensée dans les faits (Telle était notamment la situation des mineurs de 18 à 21 ans pendant les années '80 en Belgique).

D'autre part, certaines distorsions peuvent apparaître en raison de l'idéologie, consciente ou non, du chercheur qui décrit la réalité familiale. C'est ainsi qu'on a pu constater de grandes divergences entre observateurs d'une même réalité¹.

Le cours privilégiera le point de vue juridique, tout en s'efforçant de le confronter à la réalité sociologique.

¹ Voir par exemple sur le sujet : B.M. Commucci Biscardi, *Donne di rango e donne di popolo nell'età dei Severi*, Firenze 1987, p. 9 ; voir également : I. Savalli - C. Mossé, *La condition féminine en Grèce*, R.H. 63 (1985), p. 57 ss.

Introduction - La préhistoire

2. L'examen de la condition de la femme au cours de la période préhistorique est fort difficile. Beaucoup de théories et de suppositions bien ancrées depuis le siècle dernier sont contredites par l'anthropologie juridique récente.

L'anthropologie du XIX^{ème} s. considérait les sociétés humaines comme un ensemble cohérent unitaire, soumis à des lois de transformation globales et générales, qui font passer toutes les sociétés par des phases successives et identiques. Plutôt que de parler de sociétés "sauvages", il fallait donc parler de sociétés "primitives", c'est-à-dire se situant à un stade de développement originel par lequel les sociétés dites occidentales sont déjà passées. Ainsi, l'observation des sociétés les plus primitives permettait-elle de connaître la réalité des sociétés évoluées en leur temps préhistorique.

Pour la première phase de développement de l'humanité on parlait de l'homme des cavernes. Ce dernier était décrit comme étant un être belliqueux² ; la femme était dès lors dans une situation d'infériorité, due à sa faiblesse physique et à ses nombreuses grossesses, qui la rendaient incapable de participer à la guerre.

Depuis Bachofen³, on enseigne qu'au stade suivant de l'évolution des sociétés, l'homme étant devenu agriculteur, la femme était souvent revêtue d'un extraordinaire prestige. Ce dernier se serait expliqué par l'importance grandissante de l'enfant dans une société travaillant la terre. La femme serait alors devenue en quelque sorte le symbole de la fertilité, et la maternité une fonction sacrée.

On trouverait des vestiges de ce matriarcat chez Tacite par exemple (**Texte 1** - Tac., Germ., 8).

De même a-t-on pu voir un souvenir de cet "âge d'or de la femme" dans l'organisation sociale du peuple Iroquois⁴. Chez ces amérindiens d'Amérique du Nord vivant en clans matrilineaires, les femmes possèdent toute l'autorité réelle (sur le pays, les champs et les récoltes). Elles sont arbitres de la paix comme de la guerre, conservent le "Trésor public", et s'occupent des enfants et du mariage de ceux-ci. Les hommes sont isolés, livrés à eux-mêmes, étrangers à leurs enfants. Leur autorité est subordonnée à celle des femmes. Aux conseils, ils ne font que remplacer les femmes où, par bienséance, elles ne doivent pas aller.

Peut-on voir un autre indice de cette période matriarcale dans la mythologie où Hera était mise sur un pied d'égalité avec Zeus? Si Bachofen justifiait le recours fréquent à la mythologie par le fait que celle-ci subit en permanence des modifications presque toujours involontaires, suivant de près les méandres de l'évolution du peuple⁵, il est quand même préférable de n'employer qu'avec circonspection les conclusions que l'on pourrait tirer d'une transposition d'éléments religieux vers la réalité sociale.

Généralement on a conclu que si cet âge d'or de la femme a réellement existé, lorsque les clans primitifs se sont organisés en cités, le pouvoir politique lui a, en règle, échappé.

Cette perception linéaire de notre préhistoire par les anthropologues du XIX^{ème} siècle est qualifiée d'évolutionniste⁶ par l'anthropologie d'aujourd'hui et est largement critiquée.

Le fait que l'on puisse isoler plusieurs cas de matriarcat ne permet pas pour autant de conclure que celui-ci constituait le seul type d'organisation clanique existant au cours de la préhistoire. On peut aussi douter de l'existence d'un processus général et linéaire de "patriarcalisation". Il semble en effet que la réalité soit plus complexe, et on n'y retrouve pas nécessairement une société matriarcale au début ni une société patriarcale à la fin.

² Voir cependant la remarque que nous ferons sur cette hypothèse au numéro 3.c).

³ J.J.Bachofen, *Das Mutterrecht*, 2^e éd., Bâle 1897.

⁴ L.H.Morgan, *Houses and house life of the american aborigenes*, Washington 1881, p. 66.

⁵ Op. cit., p.VII.

⁶ N. Rouland, *L'anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1990, p.14 et s.

En Afrique par exemple, on peut trouver côte-à-côte deux peuples appartenant à une même ethnie (par ex. les Manding et les Bambara) et pourtant les premiers suivent un type de filiation matrilineaire, et les seconds un système patrilinéaire⁷.

Mais quelle que soit l'ampleur que l'on puisse donner à cet âge d'or de la femme, en tout cas, dès la période historique la situation de la femme n'est pas (ou plus) brillante.

Prenons pour simple exemple les récits homériques, dans lesquels les hommes donnent des ordres à leur mère, où les femmes deviennent des objets de convoitises sexuelles pour les vainqueurs, et font l'objet de rapt et de captures.

3. La question que l'on peut dès lors se poser est celle-ci :

Pourquoi cette infériorité⁸ du statut de la femme ?

On trouve ici plusieurs types de réponses :

a) Dire que la femme a été considérée comme un bien susceptible d'être vendu, et représentant une valeur économique en tant que productrice d'enfants, c'est évidemment se situer en aval de la réponse, ce n'est qu'une autre manière de faire la même constatation, sans répondre au pourquoi du phénomène.

b) Certains ont cru pouvoir déceler à l'origine de cette situation un accord entre les sexes pour se répartir les tâches: la maison et les enfants aux femmes, la direction de la cité aux hommes. Mais cela paraît un peu idyllique.

c) D'autres insistent sur le rôle de la guerre, qui aurait été très fréquente, et à laquelle les femmes n'auraient pu participer, affaiblies qu'elles étaient par leur nombreuses grossesses. Ils parlent dès lors de la suprématie de l'homme-guerrier sur la femme-mère. Mais il y a lieu, ici, de faire état de cette affirmation de Rouland⁹ selon laquelle "Bien des études archéologiques montrent que guerres et massacres n'interviennent que très tardivement dans l'histoire de l'humanité, au Chalcolithique (2500-1500 av. J.-C.)". Il semble donc qu'avant cette période, même si l'homme n'était pas un être tout de douceur, ses actes de violences étaient limités à de petits affrontements, ou détournés par la ritualisation ou l'évitement.

Cette constatation nous oblige donc à renoncer à l'hypothèse de l'homme-guerrier également, et à revenir à une explication plus modeste, liée à la simple différence physique, qui elle est constante, entre l'homme et la femme, que l'on soit en guerre ou non.

De plus, si on voit, comme les biologistes et les médecins, l'origine du droit dans la conscientisation de pratiques animales de groupe, l'hypothèse de la suprématie mâle fondée sur la force physique simplement transposée dans les relations familiales, semble bien être la plus plausible.

4. Si l'on considère dès lors que la position respective de l'homme et de la femme est fonction d'un rapport de force de départ, on pourrait également de manière plus générale caractériser l'évolution de l'humanité, ou plutôt son progrès, par la réduction de l'importance prise par *la loi du plus fort*, encore tant prisée par Calliclès¹⁰ et justifiée par lui comme étant inscrite dans la nature des choses. Mais n'est-ce pas le rôle du droit lui-même que de tendre à cette réduction? Ainsi l'émancipation de la femme pourrait-elle n'être qu'un des aspects des progrès réalisés par le droit.

Le plan du cours est doublement chronologique. D'une part, la matière est sous-divisée en : Ancien droit - droit Classique - droit Postclassique. D'autre part, nous envisagerons, pour chaque

⁷ G. A. Kouassigan, *Quelle est ma loi?*, Paris 1974, p. 208.

⁸ Ou dégradation, c'est selon que l'on veut ou non croire à l'existence d'un âge d'or antérieur de la femme.

⁹ Op. cit., p.93.

¹⁰ Personnage du *Gorgias* de Platon.

période, les différents problèmes de la condition de la femme à Rome, en suivant les étapes de sa vie, de la naissance à la mort.

Première partie - Ancien droit

Préliminaire - La naissance

5. Nous savons que les pouvoirs du *paterfamilias* sur ses enfants étaient très étendus. Cette *patria potestas* (puissance paternelle) comprenait notamment le *ius vitae necisque* (droit de vie et de mort) et le *ius exponendi* (droit d'exposition).

Le *ius vitae necisque* était initialement un pouvoir discrétionnaire de disposer de ses enfants. Le *ius exponendi*, à bien y regarder, n'en différait guère. Il donnait le droit d'abandonner purement et simplement le nouveau-né à son propre sort.

Si ces pouvoirs paraissent absolus, voyons quand même ce que nous en dit Denys d'Halicarnasse (**Texte 2** - Dion., 2, 15, 1+2).

Romulus semble donc avoir tenté de limiter le droit d'exposition aux filles, en excluant toutefois la première de celles-ci.

Chapitre premier - L'autorité

I. Tableau général de la situation de la femme à Rome

6. On remarque chez Pline (**Texte 3** - Plin., nat. hist., 14, 13, 89) comme chez Gellius (**Texte.4** - Gell., Noct. att., 10, 23), une grande différence de traitement entre les hommes et les femmes. Elle se manifeste notamment dans trois domaines, que nous évoquerons ici:

A) Pourquoi cette **interdiction de boire du vin** ? Bachofen¹¹ a avancé la thèse de la tradition religieuse, mais cela paraît peu plausible. En effet, on ne trouve de traces de ces croyances que dans de petites peuplades insulaires et peu connues de l'Antiquité. Pour que l'explication soit plausible, il eût fallu que cette croyance ait eu une aire d'expansion plus grande.

Peut-être le tabou est-il lié à une croyance dans les vertus abortives du vin. Ainsi Plutarque (**Texte 5** - Plut., Rom., 22, 3) lie-t-il l'usage de produits abortifs et la substitution de clefs. Ce lien peut s'expliquer si l'on veut bien admettre qu'il s'agissait là des clefs du cellier. De même, Soranos¹² écrit-il : "(...)Pour éviter donc que le fœtus ne se forme sous des apparences hideuses, en raison des images étranges qui s'imposent à l'esprit dans l'ivresse, les femmes doivent arriver sobres aux rapports sexuels ; (...)"¹³.

7. B) Pline et Gellius rapportent que, selon Caton, les parents avaient le droit d'embrasser (*ius osculi*) leur fille pour vérifier si elle n'avait pas bu de vin.

On peut être surpris qu'il soit pour cela question d'*osculum*, qui contrairement au *basium* ou au *suavium* était un baiser à bouche fermée, et donc relativement moins efficace que les autres au but que lui assignait Caton. Mais on peut objecter que ces deux derniers mots paraissent plus récents que le *ius osculi* lui-même, ce qui rend la discussion fragile.

Pour d'autres, il ne s'agirait là que d'une manière de se saluer, un peu comme aujourd'hui, et Caton aurait donc été victime de son "antiféminisme" exacerbé. Mais il semble bien que l'usage du baiser n'ait été introduit qu'avec l'influence hellénistique, laquelle est également postérieure au *ius osculi*.

D'aucuns ont avancé qu'il s'agissait là d'un vestige du droit de cuissage des parents du mari sur l'épouse, mais ce *ius osculi* est reconnu également aux parents de l'épouse. Gellius parle en effet de *cognatis* (cognats), pour lesquels l'inceste est prohibé jusqu'au sixième degré chez les Romains.

¹¹ Op.cit., p. 77.

¹² Gynécologue grec, né à Ephèse, médecin à Rome, env. 100 ap.J.C.

¹³ Soranos d'Ephèse, *Maladies des femmes*, trad. fr.: P. Burguière, D. Gourevitch, Y. Malinas, Paris 1988, T.1, 1, 39.

Il semble donc bien que l'on doive en revenir à la thèse de Caton, qui somme toute reste la plus plausible.

8. C) Il est assez difficile de se faire une idée précise de la **procédure** suivie pour punir la femme.

Plinie nous rapporte trois espèces fort différentes. Il nous parle d'une bastonnade à mort dont l'auteur est absous par Romulus, puis d'une famille laissant mourir de faim une femme, et aussi d'un juge condamnant la femme à perdre sa dot.

Qu'en est-il au juste? Existait-il une juridiction familiale? Volterra¹⁴ n'y croit pas. La doctrine allemande avec Kaser¹⁵ et Kunkel¹⁶, estime au contraire que son intervention était obligatoire pour les peines lourdes, et que ses décisions avaient une valeur contraignante. Girard¹⁷, enfin, prend le chemin intermédiaire et estime que si le recours à un conseil des parents était nettement plus obligé pour infliger des châtiments corporels à un fils qu'à un esclave, le *paterfamilias* n'était pas pour autant obligé de suivre les avis de ce conseil.

La discordance rencontrée est due au fait que les exemples relatés sont parfaitement contradictoires (v. encore le **Texte 10** - Dion., 2, 25, 4 s.). Il faut dès lors renoncer à y voir clair, car les sources dont nous disposons émanent d'historiens, qui ont fait nettement moins de cas de la procédure que du résultat obtenu, la punition ou l'absolution.

II Qui exerce l'autorité et dans quelle mesure ?

9. Tite-Live rapporte un extrait du discours de Caton contre la *Lex Oppia* (**Texte 6** - Livius, 34, 2, 11). C'est un rappel du "bon vieux temps". Le ton est polémique, et cela explique que Caton ne prenne même pas la peine de distinguer entre parents, frères et époux. Quoiqu'il en soit, cela montre à suffisance qu'en ancien droit, la femme romaine n'a jamais connu d'indépendance, même si des distinctions doivent être faites, quant au types de dépendance dans laquelle elle était tenue.

A) Le *paterfamilias*

10. La *patria potestas* est très importante sur les garçons comme sur les filles, et va jusqu'à comprendre le *ius vitae necisque*.

Toutefois, dès les temps les plus antiques, le sentiment religieux et la conscience sociale limiteront en pratique l'exercice de ce pouvoir.

Pendant la période préclassique, l'abus de ce droit était sanctionné par une *nota censoria* (note du censeur), qui était une marque d'infamie inscrite sur la liste du cens. Le censeur disposait aussi d'autres sanctions. Il pouvait par exemple faire reculer quelqu'un d'un rang de centurie, l'exclure de la liste des sénateurs, augmenter sa charge d'impôt... Finalement ce droit va finir par s'estomper complètement pendant la période classique.

Il n'y a encore aucune discrimination entre garçons et filles de cet âge-là. Ce n'est que quand ils seront plus âgés qu'il va y avoir une discrimination, non pas de droit civil, ni de droit pénal (en principe du moins), mais une discrimination politique. En effet, l'accès à la magistrature, au sénat, ainsi qu'à tout autre droit politique sera à jamais inaccessible à la femme romaine¹⁸.

¹⁴ E. Volterra, *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, in *R.I.S.G.*, Milano 1948, p. 103 et ss.

¹⁵ M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, 2° éd., München 1971, T.I, p.62.

¹⁶ W. Kunkel, *Das Konsilium im Hausgericht*, in *SZ.*, T. 83 (1966), p. 219 et s.

¹⁷ P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit Romain*, 8° éd., Paris 1929, p. 150 et s.

¹⁸ Il est à remarquer que cela n'est pas propre aux Romains, mais qu'au contraire, c'est l'octroi des droits politique à la femme qui est une invention relativement récente.

B) Le tuteur

11. En cas de décès du *paterfamilias*, c'est un tuteur qui a l'autorité sur la fille célibataire.

1) Désignation du tuteur

Pendant la période de l'ancien droit, les Romains connaissaient deux types de tuteurs, le tuteur légitime et le tuteur testamentaire.

12. Le **tuteur légitime** qui était, comme son nom l'indique, désigné par la loi, était le plus proche des agnats mâles. Seuls les agnats jusqu'au sixième degré entraient en ligne de compte¹⁹.

Ces agnats, qui font partie des successibles de la femme, ont donc un intérêt direct à la bonne administration des biens de la femme et à leur conservation jusqu'au décès de celle-ci.

13. La possibilité de désigner un **tuteur testamentaire**, autre que le tuteur légitime, remonte à la loi des XII Tables²⁰ et peut-être même à l'époque royale, comme le veut la légende rapportée par Tite-Live²¹.

Cette faculté est somme toute un corollaire de l'omnipotence du *paterfamilias* et de son droit de disposer de ses biens par testament. Il y a là une **première brèche** dans l'édifice patriarcal, car sera tuteur quelqu'un qui n'aura pas en principe intérêt à une bonne gestion du patrimoine, vu qu'il n'est pas nécessairement un futur héritier de la femme mise sous tutelle. Le choix, comme tuteur, d'un ami laissant une large liberté de gestion à la femme, ouvre à celle-ci une possibilité d'émancipation. Il n'est même pas indispensable que le tuteur soit un ami complaisant, car s'il doit être *sui iuris* et mâle, rien n'empêche qu'il soit impubère ou sourd-muet !

2) Pouvoirs du tuteur

14. Il doit donner son accord (*auctoritas*) pour valider une série d'actes faits par la femme, comme par exemple: faire son testament, se marier, aliéner par *mancipatio*, intenter une action en justice (ou procéder à son simulacre par un abandon devant le magistrat - *in iure cessio*), accepter une succession, affranchir un esclave, contracter une dette.

Gaius (**Textes 7** - Gai., 2, 80 et **Texte 8** - Gai., 2, 47), en traitant des choses non-susceptibles d'usucapion, telles les choses volées ou ravies avec violence, nous livre un exemple (**Texte 8**) tiré de l'ancien droit, concernant les biens de la femme sous tutelle agnatique²². Cette disposition de la loi des XII Tables était draconienne, puisque l'acquéreur d'un bien appartenant à la femme sous tutelle agnatique, même s'il est de bonne foi, de même qu'un voleur, ne pouvait jamais bénéficier de l'usucapion d'un ou deux ans, ni revendre valablement le bien acquis, même après ce délai. Ce n'était pas à la femme qu'il est interdit d'aliéner, mais c'était aux acquéreurs successifs que l'on refusait le bénéfice de l'usucapion.

Le point le plus obscur est probablement celui concernant les biens sur lesquels porte cette interdiction. Si les deux fragments de Gaius ne parlent que de *res Mancipi*, deux extraits de Cicéron²³ disent, au contraire, que rien ne peut être usucapé de la tutelle légitime. Mais, on peut peut-être concilier les deux avis en estimant que la tutelle elle-même ne portait que sur les *res Mancipi*²⁴.

¹⁹ A défaut d'agnat en degré utile, on avait alors recours aux *gentiles*, qui étaient des descendants d'un ancêtre commun.

²⁰ V. XII T., 5, 3 : "UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUAE REL, ITA JUS ESTO".

²¹ Tite-Live (1,34 in fine).

²² Notons qu'il écrit cela à un moment où la tutelle légitime (des agnats) a déjà été abrogée par la *Lex Claudia*, v. infra n° 35.

²³ Cicéron, *pro Flacco*, 84 et *ad. Att.*, 1, 5, 6.

²⁴ Cette dernière précision relativise évidemment considérablement ce que nous avons dit plus haut, concernant l'interdiction faite à la femme de contracter des dettes.

Chapitre II - Le patrimoine

15. Si la femme pouvait acquérir des biens de diverses manières (donation, travail ou commerce de l'esclave...), elle ne travaillait cependant pas fréquemment elle-même. Son patrimoine se constituait donc essentiellement par voie de successions. C'est d'ailleurs la seule institution pour laquelle il s'avère utile, au stade de l'ancien droit, de distinguer la situation de la femme de celle de l'homme.

I. La succession du père

16. Paul (**Texte 9** - Paul., Sent., 4, 8, 20) nous rapporte que la Loi des XII Tables admettait, aux successions légales, les agnats sans distinction de sexe. Ceci était tellement contraire à l'image de société patriarcale que l'on se faisait généralement de la société romaine, qu'on n'y a pas cru pendant des siècles²⁵. Notons encore qu'il s'agit ici de la **deuxième faille** d'importance que nous rencontrons dans le système patriarcal romain²⁶.

II. La succession du mari

17. La femme mariée *cum manu*, nous dit notamment Denys d'Halicarnasse (**Texte 10** - Dion., 2, 25, 4 s.), peut hériter de son mari. Cela n'est au fond qu'une conséquence logique du fait que la femme mariée est dite *loco filiae*²⁷. Elle hérite donc comme une fille.

III. La succession testamentaire

18. A Rome, il était possible d'instituer **des héritiers par testament**. Etait-il possible d'instituer son épouse héritière ? Non, en tout cas depuis la *Lex Voconia* (169 av. J.C.), qui l'interdit formellement. Pour la période précédant cette loi, on peut répondre affirmativement, si on l'interprète a contrario.

La femme pouvait évidemment bénéficier d'un **legs particulier**.

Remarquons à propos de cette diversification des modes de succession, que celle-ci marque une étape importante dans l'histoire de notre civilisation. Sans verser dans l'évolutionnisme, les anthropologues nous enseignent que de manière générale, les successions étaient légales dans les sociétés traditionnelles (on parle de propriété collective du clan), contrairement aux sociétés plus modernes²⁸. On voit donc bien que le droit romain se trouve à la croisée des chemins en introduisant une **troisième brèche** dans le système patriarcal²⁹.

Chapitre III - Les fiançailles

I. Origines de l'institution

19. A l'origine, les fiançailles ressemblaient à un pacte interclanique, entre deux chefs de famille, qui se promettaient mutuellement l'un de donner sa fille³⁰, l'autre de la faire prendre en mariage, chacun invoquant ses propres divinités à l'appui de sa promesse (**Texte 11** - Gell., Noct. att., 4, 4).

On explique cette bilatéralité et le caractère religieux, pour la promesse comme pour le traité, par le fait qu'on ne reconnaissait pas les divinités du partenaire. Cette ressemblance entre fiançailles et traités est également liée au fait que les Romains étaient de stricte exogamie (Le mariage étant prohibé jusqu'au sixième degré de parenté) et qu'il leur était donc souvent nécessaire de sortir de leur clan pour se fiancer.

²⁵ De plus, on croyait la loi des XII Tables d'origine grecque, ce qui rendait ce texte encore un peu plus incroyable ; v. à ce propos: E. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, Paris 1891, p. 131 ss.

²⁶ V. n° 13.

²⁷ Ce qui veut dire qu'elle occupe, par rapport à son mari, la même place que les filles de celui-ci.

²⁸ V. N. Rouland, op. cit., p. 110.

²⁹ V. supra note 20.

³⁰ Ultérieurement, on a probablement pu se contenter de la seule promesse du père de la fiancée ; V. M. Kaser, op. cit., p. 75 et s. et infra, n° 21 in fine.

II. Formes des fiançailles

20. Pour les fiançailles, on utilisait le contrat de *sponsio*, qui par ailleurs servait aussi aux cautionnements et aux traités de paix (**Texte 12** - Varro, de ling. Lat., 6, 70 s.).

Par la suite, lorsque les aspects sacrés se sont estompés au profit des aspects civils³¹, la *sponsio* a pris la forme de la *stipulatio*.

III. Parties

21. Le père promet de donner sa fille en mariage (celle-ci n'intervient pas personnellement) et réciproquement, le futur mari (ou son *paterfamilias*, s'il est encore *alieni iuris*) promet de la prendre en mariage.

La *sponsio* remplit ici la fonction de caution, vu qu'il y a un débiteur et un obligé.

Ultérieurement on a probablement pu se contenter de la seule promesse du père de la fiancée (**Texte 13** - Ulp., D., 23, 1, 2).

IV. Effets de la violation de la promesse

22. A) Les effets religieux d'une telle violation étaient de rendre son auteur *sacer*³².

B) Le censeur, protecteur du *regimen morum* (conduite morale), pouvait sanctionner cette violation par une *nota censoria*, note du censeur (**Textes 11** - Gell., Noct. att., 4, 4 et **Texte 12** - Varro, de ling. Lat., 6, 70 s.).

C) D'un point de vue juridique, était initialement ouvert un droit de vengeance. Plus tard le droit de vengeance a été remplacé par une rançon fixée à l'avance dans une clause pénale, ce qui permettait de rencontrer le problème de l'estimation de la rançon. On comprend ainsi pourquoi on appelait *sponsa* à la fois la fille et la rançon, vu qu'à défaut de donner la première en mariage, on était redevable de la seconde. En pratique, il y avait deux clauses pénales réciproques.

Un autre avantage de cette clause, était d'ouvrir d'office, en cas de non-exécution de l'obligation principale, le droit d'intenter une *legis actio per manus iniunctionem* (action de la loi par la "mainmise").

L'étape suivante est franchie avec l'apparition de la notion de bonne foi. On n'applique plus, désormais, la clause pénale de manière mécanique, mais on s'interroge sur l'existence ou non d'une juste cause au non respect de l'obligation principale.

Il est possible (**Texte 14** - Pomp., D. 38, 10, 8) que l'on ait déjà dégagé en ancien droit une idée d'*affinitas* (affinité) ayant des effets juridiques, constituant par exemple un empêchement à mariage. En effet, l'appellation paraît déjà courante à Servius. C'est un indice, mais on ne sait pas avec certitude s'il s'agissait d'une règle morale ou juridique. A l'époque classique, la règle sera controversée.

Chapitre IV - Le mariage

I. Généralités

23. Si l'on connaît assez bien le déroulement des cérémonies de mariage³³, la réalité juridique du mariage en ancien droit est assez mystérieuse. On ne sait même pas à partir de quel moment on peut

³¹ Probablement au moment de l'apparition de la *Legis actio per manus iniunctionem*, laquelle servait aussi bien pour les actions sacrées que pour les actions civiles.

³² Ce qui voulait dire: "sacré", dans le sens de "hors-la-loi".

réellement parler de mariage au sens juridique du terme, et cela est dû au fait que la réalité juridique nous est masquée par nombre d'évènements connexes, religieux, sociaux, ou moraux (v. **Texte 10** - Dion., 2, 25, 4 s. et **Texte 15** - Gell., Noct. att. 4, 3).

D'un point de vue juridique, on peut retenir d'une part la signature des tables nuptiales, qui cependant semble ne pas constituer une formalité essentielle à la réalisation du mariage³⁴ ; d'autre part, la conclusion de la *conventio in manum*³⁵, qui, par le fait qu'elle devait coïncider initialement avec le mariage lui-même, ne permettait pas non plus d'isoler nettement le phénomène juridique.

Ce qu'on peut affirmer, c'est que le mariage est un fait social, consistant dans la cohabitation d'un homme et d'une femme, et ayant des conséquences juridiques. Cependant, comme nous nous situons dans des temps assez reculés, il nous est impossible de savoir avec précision à quel acte et à quel moment sont liées les conséquences juridiques.

Ce mariage est basé sur l'*affectio maritalis* (affection conjugale³⁶) et a pour objectif la procréation.

II. Conditions du mariage

24. A) Il faut être pubère³⁷, c'est-à-dire porter la *toga virilis* (toge virile) pour le garçon, celle-ci lui étant donnée en remplacement de sa *toga praetextus* (toge prétexte) au cours d'une cérémonie annuelle, après qu'il ait atteint la puberté ; ou avoir atteint l'âge de 12 ans, pour la fille.

B) Il faut l'accord de volonté :

- Du père de la fille ou de son tuteur ;

- De la fille elle-même (Il s'agit ici d'un consentement passif, car "qui ne dit mot consent") ;

- Du père du garçon, ou du garçon lui-même, s'il était déjà *sui iuris*.

C) Il faut se situer en-dehors de la zone de l'inceste : Il ne faut pas qu'il existe entre les époux un lien agnatique jusqu'au sixième degré.

D) Il faut ne pas être déjà marié. Les Romains ont toujours été monogames³⁸.

E) Il faut avoir le *conubium*, c'est-à-dire avoir la capacité de se prendre pour mari et femme. Ainsi, les Romains excluaient par exemple le mariage entre un homme libre et une esclave (de même entre une femme libre et un esclave) ; entre un ingénu et une affranchie³⁹ ; entre Romains et Latins ou pérégrins (excepté ceux à qui on avait conféré le *conubium*) ; et même, pendant quelque temps, entre patriciens et plébéiens⁴⁰.

III. Les prétendues catégories de mariage

25. Une doctrine répandue au siècle dernier distinguait le mariage *cum manu* et le mariage *sine manu* à Rome. Dans le premier, la femme perdait ses liens avec son ancienne famille pour entrer sous la *manus* (puissance) de son mari, alors que dans le second, elle restait juridiquement sous la *potestas*

³³ V. par exemple: J. Marquardt, "La vie privée des Romains", in *Manuel des Antiquités Romaines*, trad. V. Henry, 2^e éd., Paris 1892, T.XIV, p. 48 ss.

³⁴ J. Marquardt, op. cit., p. 58, note 1.

³⁵ V. infra, n° 25.

³⁶ Pour une définition de l'*affectio maritalis*: v. infra n° 64.

³⁷ Condition qui n'était pas requise pour les fiançailles.

³⁸ V. cependant infra n° 72.

³⁹ M. Kaser, op. cit., T. I, p. 75 ; V. cependant : E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1971, p. 660.

⁴⁰ Conformément à la Loi des XII Tables et jusqu'à la *lex Canuleia* (445 av. J.C.).

de son *paterfamilias*. Cette distinction n'est plus retenue aujourd'hui, car elle repose sur une erreur de perspective⁴¹.

En réalité, il n'y a qu'un seul type de mariage. Il est fondé sur le consentement d'un homme et d'une femme à être unis dans un lien conjugal. Ensuite, le mariage peut être, ou non, accompagné d'une *conventio in manum*⁴². La confusion en ce domaine est liée au fait qu'au début, le mariage était probablement toujours lié à une telle convention.

IV. Formes de la *conventio in manum*

A) La *confarreatio*.

26. Il s'agit là probablement de la forme la plus antique, sans doute réservée à une certaine classe dominante⁴³ puisqu'il fallait le concours du *flamen dialis* (Flamine, grand prêtre de Jupiter) ou peut-être même du *pontifex maximus* (Grand pontife).

Selon le grammairien Servius⁴⁴, les deux fiancés sont assis sur deux sièges liés ensemble, et recouverts de la peau d'un mouton préalablement sacrifié pour obtenir la faveur des dieux. Ils font offrande du *panis farreus* (Pain de froment) et en mangent. On ne connaît plus les paroles sacramentelles prononcées à ce moment.

Curieusement, le *paterfamilias* semble être absent du rituel, le symbolisme ne donne pas d'indice du passage de la femme sous la *manus* du mari ; de plus, c'est une cérémonie religieuse, ce qui surprend pour un acte juridique. Traditionnellement, on en concluait que la *confarreatio* avait dû, à un certain moment de la période archaïque, réaliser en même temps le mariage⁴⁵.

Volterra⁴⁶ oppose cependant au moins trois arguments de poids à une telle interprétation:

A) C'est commettre un anachronisme, que de vouloir voir dans la *confarreatio*, telle que décrite par le Servius, la *réalisation* d'un mariage. En effet, si aujourd'hui la formation du mariage dépend d'un acte initial, tel n'était pas le cas chez les Romains. Pour ces derniers le mariage, au sens juridique, dépendait exclusivement, du moins pour la période précédant le droit postclassique, de leur consentement continu à être marié. Cela n'a donc pas de sens de dire que le mariage pouvait être *constitué* par la *confarreatio*, puisque le mariage romain ne connaissait pas d'investiture comme c'est le cas aujourd'hui.

B) Les auteurs qui nous parlent de la *confarreatio*⁴⁷ nous en parlent exclusivement en tant qu'elle réalise la *conventio in manum* sans que rien ne puisse jamais laisser entendre qu'il s'agisse, ou se soit agité un jour, d'un mariage.

C) Le seul auteur à nous parler de la *confarreatio* comme d'un rite nuptial, est précisément Servius. Or ce dernier écrit ce texte⁴⁸ au V^{ème} siècle ap. J.C., à une époque où la *conventio in manum* a complètement disparu. Il est dès lors fort probable que ce soit Servius lui-même qui commette la confusion entre la *confarreatio* et les rites nuptiaux ancestraux.

⁴¹ Cette erreur est due à Quintillien (Inst. Or., 5, 10, 62). Ce dernier faisait de l'art oratoire, en manquant parfois un peu de rigueur au fond. C'est ainsi qu'il a commis une erreur de lecture d'un texte de Cicéron (Top., 3, 14). Les sources juridiques (v. **Texte 16** - Gaius, 1, 111), de même que les sources littéraires (Gellius, 18, 6, 9) d'ailleurs, écartent la distinction.

⁴² Convention conférant la puissance maritale ; E. Volterra, *Istituzioni...*, p. 645 et ss.; M. Kaser, op. cit., Tome 1, p.72.

⁴³ Peut-être les patriciens ; voir par exemple: O. Robleda, *El matrimonio en derecho romano*, Roma 1970, p. 7 ss.

⁴⁴ Servius, *In. Aen.* 4, 374.

⁴⁵ v. par exemple: A. Guarino, op. cit. p. 505, note 49.2.1.

⁴⁶ E. Volterra, R.I.S.G. 12 (1968), p. 218 ss.

⁴⁷ Notamment: Gaius, 1, 108 ss.; Ulpiani Epitomê, 9: De his qui in manu sunt ; v. E. Volterra, *Ibid.*, p. 221 ss.

⁴⁸ *Serv. In. Aen.*, 4, 374.

B) La coemptio

27. C'est un acte dérivé de la mancipatio (v. **Texte 16** - Gai., 1, 108 s.). Traditionnellement, il était analysé comme une vente de la femme à marier conclue entre le père de cette dernière et le futur mari. Le prix d'abord effectif serait devenu symbolique ensuite. On a dès lors cru pouvoir trouver là le vestige d'un mariage-vente qui aurait été pratiqué en des temps anciens, système différent de celui que connut Rome par la suite. En effet dans le système dotal, c'est le lignage de la femme qui paie un prix, une *dos* (dot).

Cette interprétation est cependant fort controversée. On peut par exemple s'étonner du préfixe: *co-emptio*. Les sources appellent le mari *coemptionator* et sa femme *coemptionatrix*. De plus Gaius⁴⁹ nous dit: "...mulier potest facere coemptio cum marito..." (avec son mari, et non à son profit!). De même dans la "*laudatio Turiae*"⁵⁰, récit d'une vie conjugale, le mari rappelle qu'il avait fait *coemptionem cum uxore* (avec sa femme) et non *uxoris* (de sa femme).

Cela ne ressemble donc en réalité pas tellement à un mariage-vente. Certains en concluent dès lors qu'au contraire, la femme était elle-même partie à cette *coemptio* par laquelle elle se plaçait, après son mariage proprement dit, volontairement sous la *manus* de son mari. La femme avait donc une certaine influence sur son sort juridique, et cela n'a rien d'impossible, vu qu'il en est de même pour la troisième forme de *conventio in manum*, l'*usus* (usage).

C) L'usus

28. L'*usus* est la règle permettant au mari d'acquérir la *manus* sur sa femme, par la simple cohabitation des époux pendant un an.

Pour certains⁵¹ l'*usus* était une application du principe général: *usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto*, et n'avait donc initialement qu'un rôle de preuve de la *manus* conférée par *confarreatio* ou *coemptio*. Après une année de cohabitation, le mari n'avait plus besoin de recourir à d'autre preuve de la *manus* que cette cohabitation, pour s'opposer à une demande de restitution de l'épouse par son père.

D'autres⁵², au contraire, estiment que l'*usus* permit dès le début d'acquérir la *manus* sur la femme, suite à une cohabitation d'un an avec elle. Pour eux, la *coemptio* n'aurait été introduite que plus tard pour pallier la désuétude de l'*usus*, la *confarreatio* n'y suffisant pas, vu le nombre limité de personnes qu'elle concernait.

Mais quels que soient les motifs de la règle, il est remarquable qu'elle soit assortie d'une exception, le *ius trinoctii*. Le *trinoctium* permettait de ne pas tomber sous la *manus* du mari, en découchant trois nuits par an. La femme pouvait ainsi rester dans sa famille. Cette **quatrième brèche**⁵³ dans le système patriarcal, déjà inscrite dans la loi des XII tables, a probablement été introduite sous l'influence des agnats, tuteurs légitimes de la femme *sui iuris*, lesquels perdaient leur héritage en cas de *conventio in manum*.

Il en résulte un nouveau régime matrimonial, d'essence séparatiste. Plus tard, en effet, des clauses (*legibus privatae*) vont dispenser la femme des contraintes du *trinoctium*, il ne lui faudra plus s'absenter pour échapper à la *manus* de son mari⁵⁴.

Chapitre V - Le divorce

29. Les sources de l'ancien droit nous donnent des exemples assez différents de la manière dont pouvait se terminer le mariage, mais ils ne sont pas toutes aussi crédibles les unes que les autres.

⁴⁹ Gaius, 1, 114.

⁵⁰ Inscription sur une table de marbre du 1er siècle de notre ère, où un mari fait l'éloge de sa femme défunte (4 pages de texte racontant leur vie commune).

⁵¹ Par exemple: M. Kaser, op. cit., T. I, p. 78.

⁵² V. H. Lévy-Bruhl, *Nouvelles études sur le très ancien droit romain*, Paris 1947, p. 63 ss.

⁵³ V. n° 13 in fine, n° 16 et n° 18.

⁵⁴ Gaius, 1, 111.

Denys d'Halicarnasse, par exemple, nous raconte que la femme adultère, ou celle qui avait bu du vin, était punie de mort, mais cela tient peut-être de la légende (v. **Texte 10** - Dion., 2, 25, 4 s.).

Plutarque, de manière plus vraisemblable, parle de répudiation de la femme pour adultère ou empoisonnement d'enfant et substitution de clefs. Cette répudiation s'accompagnait de sacrifices pour apaiser les divinités (v. **Texte 5** - Plut., Rom., 22, 3).

Denys d'Halicarnasse encore, mais cette fois-ci cela est confirmé par Gellius, nous apprend qu'il était possible de répudier sa femme pour cause de stérilité (v. **Texte 10** - Dion., 2, 25, 4 s. et **Texte 15** - Gell., Noct. att., 4, 3)⁵⁵.

La garde des enfants, en cas de divorce, allait très probablement au père.

Bilan pour l'ancien droit

30. Si pour le très ancien droit, on peut être assez certain que la situation des conjoints n'a pas dû être égale, notamment quant à la possibilité de divorcer, cette situation devient beaucoup plus complexe dès l'époque de Plaute (250-184 av. J.C.). On y voit à la fois des femmes soumises à la *dura lex* (dure loi) du mariage⁵⁶, et d'autres susceptibles d'expulser leur mari du domicile conjugal, tout au moins lorsque celui-ci est situé dans un immeuble lui appartenant⁵⁷.

La situation des femmes est donc relativement contrastée, et cela s'explique en droit, par le fait que certaines femmes sont sous la *manus* de leur mari et d'autres non, certaines sont *alieni iuris* et d'autres *sui iuris*. Or pour les femmes mariées sans *conventio in manu*, et *sui iuris*, le pouvoir du tuteur est sur le point de s'effondrer, comme nous allons le voir dans la deuxième partie du cours.

⁵⁵ A propos de ces textes: M. Humbert, *Le remariage à Rome*, Milano 1972, p. 96. "La date tardive à laquelle la tradition place la répudiation par Sp. Carvilius Ruga, de son épouse stérile, laisse penser que la répudiation de l'épouse inféconde fut exceptionnelle dans les temps anciens. On devait lui préférer le procédé de l'adoption. Mais il est certain qu'à partir des derniers siècles de la République la répudiation de l'épouse stérile suivie d'un remariage afin d'assurer la continuité de la famille est entrée largement dans les mœurs".

⁵⁶ Plaute, *Mercator*, 700 ss., et 817 ss.

⁵⁷ Plaute, *Miles Gloriosus*, 1160 ss., 1274 ss.

Deuxième partie - Droits préclassique et classique

Préliminaire - La naissance

31. Si le *ius vitae necisque* (droit de vie et de mort), ainsi que son corollaire, le *ius exponendi* (droit d'exposition), subsistent en principe, ils ne sont plus guère exercés en fait. Il n'y a apparemment pas non plus de différence de traitement entre les deux sexes.

Chapitre premier - L'autorité

I. Tableau général de la situation de la femme à Rome

32. Dans son *Pro Caecina* (Texte 17 - Cic., pro Caec., IV, 10 s.), Cicéron dépeint la vie d'une femme de la bonne société romaine au 1er siècle avant J.-C.. Cette plaidoirie nous montre une femme très largement émancipée, passant des contrats (*permutatio dotis*⁵⁸, mandat d'acheter un fond, contrat de bail...), recevant un héritage, rédigeant un testament... sans qu'il soit jamais question de son tuteur.

On pourrait objecter que Cicéron a peut-être passé le tuteur sous silence, pour ne parler que des faits intéressant directement la cause. Mais il existe également d'autres vestiges, tirés immédiatement de la vie quotidienne, qui témoignent de faits similaires. Ainsi par exemple, a-t-on trouvé à Pompéi une tablette (Texte 18 - Tab. Pomp. 28) concernant un séquestre⁵⁹ (ou peut-être un abandon noxal⁶⁰) opposant un homme et une femme, or il apparaît que la femme a agi seule, sans l'aide d'un tuteur ou de son *paterfamilias*.

Il semble donc qu'à la fin de la période préclassique, l'émancipation de la femme romaine soit largement réalisée dans les faits. Qu'en est-il en droit ?

II. Qui exerce l'autorité et dans quelle mesure ?

A) Le *paterfamilias*.

33. De manière générale, la *patria potestas* (puissance paternelle) est en régression. C'est ainsi que les fils et filles pourront désormais :
- Contraindre le *paterfamilias* à consentir à leur mariage en vertu de la *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, qui obligeait au mariage (voir infra n° 89 ss.) ;
 - Bénéficier d'un pécule (Notons qu'il semble qu'en pratique, d'après le nombre de témoignages dont nous disposons, les garçons en aient profité plus souvent que les filles) ;
 - Contracter des obligations naturelles...

Apparemment, cette évolution s'est faite de manière égalitaire. On ne constate en tout cas pas de discrimination à l'encontre des filles, si ce n'est le cas de la fille surprise en flagrant délit d'adultère par son père (ce qui lui donnait le droit de la tuer - v. infra n° 75), mais ce cas reste marginal et probablement de peu d'application concrète.

D'un point de vue juridique, la relation entre le *paterfamilias* et sa fille évolue peu. En pratique cependant, la fille mariée sans *conventio in manum*, et donc toujours juridiquement sous la *potestas* (puissance) de son père, y échappe largement. Cela est le cas surtout dans la mesure où le domicile conjugal est distinct de celui de son *paterfamilias*.

⁵⁸ Acte permettant de modifier la consistance d'une dot. Ainsi, la dot de Césennia, qui était en argent, a pu être transformée en une dot portant sur un fonds, ce qui lui assurait une meilleure protection contre l'inflation monétaire.

⁵⁹ V. M. Marrone, *TAB. POMP. 28: Un interessante documento in tema di sequestro*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, Milano 1983, vol. 3, p. 415 ss.

⁶⁰ V. L. Bove, *Documenti processuali delle Tabulae Pompeianae di Murecine*, Napoli 1979, p. 135.

B) Le tutor

1) Tableau général

34. Dans les principes, la tutelle n'a pas changé, et ses règles sont toujours enseignées (**Texte 19** - Gai. 1, 144) de la même façon. De même Cicéron (**Texte 20** - Cic., pro Caec., XXV, 72 s.), dans une de ses digressions sur la beauté et l'importance du droit civil, s'adressant à des juges, invoque les mêmes principes à titre d'exemple : il faut toujours l'autorisation du tuteur pour qu'une femme puisse prendre un engagement ou promettre une dot. Et pourtant, il est bien connu que la propre femme de Cicéron (Terentia) administrait ses biens tout à fait indépendamment, avec l'aide de ses affranchis. Elle n'était pas soumise à la *manus* de son mari, et pourtant il n'est jamais fait mention de son tuteur⁶¹.

Paradoxalement, l'*infirmitas consilii*⁶² (débilité de la raison), considérée comme étant la justification de la *tutela mulieris* (tutelle de la femme), ne s'est développée qu'alors que cette institution était déjà sur le déclin. C'est en effet au moment où cette tutelle était démantelée, que ses défenseurs lui ont cherché un fondement. C'est ainsi qu'ils ont récupéré l'argument de l'*infirmitas consilii*, justification de la *tutela impuberum*⁶³ (tutelle des impubères), mais celui-ci ne fait certainement pas l'unanimité. Ainsi, pour Cicéron déjà, il s'agissait d'une idée des anciens⁶⁴. De même, Gaius (**Texte 21** - Gai., 1, 190) dira (deux siècles plus tard) de cette *ratio legis* qu'elle est spécieuse. Cela ne fera d'ailleurs plus de doute dès lors que les lois d'Auguste introduiront le *ius liberorum* (v. infra, n° 41).

2) Désignation du tuteur

a) Tutelle légitime

35. La *Lex Claudia* (44-49 après J.C.) supprime la tutelle sur les ingénues⁶⁵. Ne restent donc en vigueur que la tutelle légitime du patron sur son affranchi et du parent ayant émancipé sa fille, sur cette fille.

b) Tutelle testamentaire

36. L'application de cette forme de tutelle aux filles et aux épouses *in manu* s'est fortement répandue à la fin de la période de l'ancien droit et au cours de la période du droit préclassique. Il s'agit là d'une étape importante dans l'histoire de l'émancipation féminine, car comme le dit Gide: "Donner à la femme des tuteurs étrangers, qui n'avaient aucun intérêt à contrôler les actes, c'était, au fond, lui donner la pleine liberté"⁶⁶.

On est allé plus loin, en permettant au testateur de laisser le choix du tuteur à la femme elle-même (*tutor optivus* — tuteur choisi). Ce choix peut être accordé de façon plus ou moins large: soit pour un seul acte, soit pour plusieurs actes, soit encore pour autant d'actes qu'elle veut (**Texte 22** - Gai., 1, 150 s.).

c) Tutelle atilienne

37. La *Lex Atilia* (vers 210 avant J.C.) n'a probablement fait que consacrer une pratique rendue fréquente à cause des guerres puniques (les impubères se retrouvant plus fréquemment sans tuteur): La désignation d'un tuteur par le préteur.

C'est vraisemblablement la plèbe, à qui le testament semble avoir été moins familier, qui a fait pression pour que l'on admette la possibilité d'une telle désignation, non plus par le seul préteur, mais aussi par la majorité des tribuns de la plèbe (v. **Texte 23** - UE, 11, 18).

⁶¹ V. F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, p. 184.

⁶² On parle à ce propos également de l'*imbecilitas sexus*, l'imbécillité du sexe.

⁶³ V. P. Neve, *Het zwakke geslacht*, in *Mélanges A.J. de Groot: Sine invidia communico*, Nijmegen 1985, p.173 ss.

⁶⁴ Pro Mur. 12, 27; Voir J. Gaudemet, *Le statut de la femme dans l'empire romain*, in *Recueils de la Société J. Bodin*, XI (La femme), Bruxelles 1959, T. 1, p. 192.

⁶⁵ V. Gaius, 1, 157.

⁶⁶ P. Gide, *Etude de la condition privée de la femme*, 2^e éd., Paris 1885, p. 138.

Si les femmes ont bénéficié de la même mesure que les impubères, on note cependant qu'à l'époque classique, c'est uniquement sur leur demande que la tutelle atilienne leur était conférée.

d) Tutelle prétorienne (*Tutor praetorius*)

38. En cas de procès entre une femme et son tuteur, ou lorsque la femme a besoin d'une autorisation de promesse de dot et que son tuteur est impubère, elle peut demander au préteur de lui désigner un tuteur "ad hoc".

3) Pouvoirs du tuteur

39. En principe, l'*auctoritas* du tuteur est toujours requise pour tous les actes importants. Mais en pratique, il ne s'agit plus que d'une formalité vide de contenu, car désormais, en cas de conflit entre le tuteur et la femme, celle-ci a un recours auprès du préteur, lequel peut contraindre le tuteur à s'incliner (**Texte 21** - Gai., 1, 190). Une interprétation a contrario de "Gai. 1, 192" nous permet de croire qu'il ne devait pas être trop difficile d'obtenir du préteur qu'il contraigne le tuteur à donner son *auctoritas*. En effet, la femme ne devra invoquer de motif grave que pour certains cas en matière de tutelle légitime, dont on sait qu'elle est déjà partiellement abrogée (voir supra n° 35). C'est donc que dans les autres cas, un tel motif grave n'est même pas requis. En contrepartie de cette perte de pouvoir, le tuteur perd également toute responsabilité⁶⁷.

4) Dislocation de la tutelle

Trois phénomènes ont achevé de vider la *tutela mulieris* de sa substance :

a) *Coemptio fiduciae*

40. Il s'agit d'un procédé ingénieux permettant de changer de tuteur (**Texte 24** - Gai., 1, 114 s.). Une femme voulant remplacer son tuteur A par un tuteur B fait *coemptio* avec un homme de confiance, servant d'intermédiaire. Par cette *coemptio*, la femme se met sous la *manus* de cet intermédiaire et n'a donc plus de tuteur. L'intermédiaire mancipie alors la femme à B, qui l'affranchit. B devient ainsi le patron, et donc le tuteur légitime de la femme. Notons au surplus, que le tuteur A pouvait être contraint de donner son *auctoritas* à la *coemptio* (cfr supra, n° 39).

b) *Ius liberorum*

41. Les lois d'Auguste sur le mariage⁶⁸ prévoient, dans le cadre de leur politique nataliste, que les ingénues ayant trois enfants, et les affranchies en ayant quatre, sont définitivement dispensées de la tutelle⁶⁹.

c) *Tutor absens*

42. Le coup de grâce a été asséné à la *tutela mulieris* par un sénatus-consulte interprété largement par la jurisprudence, en vertu duquel l'absence, même momentanée, du tuteur peut entraîner sa déchéance (**Texte 25** - Gai., 1, 173). Une interprétation aussi judaïquement large de la part des jurisprudents ne peut se comprendre que parce qu'ils avaient bien conscience que la tutelle était une institution complètement dépassée ; traditionalistes, les Romains ne la suppriment cependant pas, mais préfèrent la vider de son contenu et la réduire à une pure formalité.

⁶⁷ Gai. 1, 191.

⁶⁸ V. infra, n^{os} 73 ss.

⁶⁹ Il s'agit là d'un privilège accordé pour encourager les femmes à avoir des enfants. Mais cette loi d'Auguste implique bien que le recours à l'*imbecilitas sexus* pour justifier la *tutela mulieris* est spécieux ; v. n° 34.

Chapitre II - Le patrimoine

I. Sources du patrimoine de la femme

A) Testament - La Lex Voconia

1) Antécédents - Les lois dites somptuaires

a) Lex Oppia (214 avant J.C.)

43. C'est une loi d'austérité prise pendant la deuxième guerre punique, et interdisant aux femmes de porter de l'or ainsi que des robes multicolores. Cette loi peut également être qualifiée d'"antiféministe", vu l'importance attachée par les Romaines aux vêtements⁷⁰. La *Lex Oppia* a été abrogée en 195 avant J.-C. (soit 6 ans après la fin de la guerre) suite à des manifestations des femmes romaines et contrairement à l'avis de Caton, exprimé dans un de ses fameux discours (v. **Texte 26** - Gell., 17, 6). Caton s'est vengé lorsqu'il a accédé à la censure (184 avant J.C.), en décuplant les taxes sur les signes extérieurs de richesse.

b) Lex Cincia de donis et numeribus (204 avant J.C.)

44. Il s'agit d'un plébiscite interdisant d'accepter des donations au-delà d'un certain montant (inconnu aujourd'hui), sauf lorsque la donation est faite entre parents⁷¹, entre fiancés et entre époux. Si la *Lex Cincia* est également souvent rangée parmi les lois somptuaires, c'est que les libéralités peuvent être considérées comme des dépenses de luxe, et tout particulièrement dans les hypothèses visées par la *Lex Cincia*, de libéralités à des étrangers à la famille.

c) Lex Furia Testamentaria (début du 2^e siècle avant J.C.)

45. Celle-ci interdisait de faire un legs de plus de 1000 as, sauf aux cognats jusqu'au sixième degré. L'acceptation d'un legs interdit entraînait la condamnation à une peine du quadruple de la somme dépassant les 1000 as. Cette loi se situe dans la même lignée que la précédente. Elle est défavorable aux femmes, dans la mesure où elle interdisait aussi les dépenses de luxe en faveur des femmes étrangères à la famille du testateur.

2) Contenu et mobiles de la Lex Voconia (169 avant J.C.)

46. C'est Caton qui fait voter la *Lex Voconia*, en réalité un plébiscite (donc, voté par la plèbe) qui n'est pourtant applicable qu'à la première classe du cens, qui était composée d'une part importante de patriciens. Ce plébiscite dispose que les citoyens de la première classe du cens ne peuvent plus instituer de femmes comme héritières⁷² ; de même prévoit-il que désormais personne ne peut plus recueillir à titre de legs ou à cause de mort, plus que ne recueilleraient les héritiers⁷³. Bref, si on combine les deux dispositions, on voit qu'une femme romaine ne peut plus succéder, à titre de légataire d'un citoyen romain de la première classe, qu'à la moitié de son patrimoine au maximum.
47. Quant aux raisons de la *Lex Voconia*, de nombreux mobiles ont été avancés, mais il convient de ne retenir que ceux qui ont principalement déterminé la volonté de ses rédacteurs⁷⁴. La véritable raison d'être de la *Lex Voconia* nous est probablement donnée par un extrait du discours de Caton, défendant la loi (**Texte 26** - Gell., 17, 6). Dans cet extrait, Caton nous donne l'exemple d'un des excès auxquels la *Lex Voconia* devrait remédier. On voit bien que ce qui dérange Caton, c'est moins le luxe que l'insolence de la femme indépendante économiquement, disposant librement de biens paraphernaux. C'est ainsi que Caton s'attaque à la source majeure de son indépendance: l'institution testamentaire. La raison d'être de la loi semble donc être l'"antiféminisme"⁷⁵.

⁷⁰ V. C. Herrmann, *Le rôle judiciaire et politique des femmes sous la République romaine*, Bruxelles 1964, p. 54 ss.

⁷¹ Il s'agit en principe des cognats jusqu'au 5^e degré ; V. M. Kaser, op. cit., T. I, p. 602 et s.

⁷² Gaius, 2, 274.

⁷³ Gaius, 2, 226.

⁷⁴ V. R. Vigneron, *L'antiféministe Loi Voconia et les 'Schleichwege des Lebens'*, in *Labeo*, 29 (1983), p. 142 ss.

⁷⁵ Pour une explication plus complète, v. R. Vigneron, op. cit., p. 145 ss.

3) Moyens imaginés pour tourner la Lex Voconia.

L'“antiféminisme” de la *Lex Voconia* a bien vite déplu à la population romaine, et celle-ci s'est empressée de la mettre en échec par une série de procédés issus de la jurisprudence et de la pratique:

a) La jurisprudence

48. 1°. D'une part, la jurisprudence tourne la loi par une interprétation restrictive de celle-ci. Ainsi, lorsque la loi précise qu'elle s'applique aux citoyens de la première classe du cens, c'est-à-dire à ceux qui ont un patrimoine de 100.000 as, la jurisprudence⁷⁶ ne se contente pas de l'existence en fait d'un patrimoine de 100.000 as, mais exige de plus, pour l'application de la loi, le recensement effectif dans la première classe du cens.

2°. De même pour le legs partiaire, par lequel le testateur charge l'héritier de partager la succession pour une fraction déterminée avec un légataire, la jurisprudence fait une interprétation restrictive de la loi et dit que l'interdiction d'instituer une femme héritière n'emporte pas comme corollaire l'interdiction d'en faire un légataire partiaire. Il semble pourtant que cette institution ait été inventée précisément dans le but de tourner la loi. Nous trouvons un exemple de legs partiaire chez Cicéron (Pro Caec., IV, 12 - Texte 17).

3°. D'autre part, dans l'interprétation des testaments, la jurisprudence fera prévaloir la *favor uxoris* (interprétation favorable à la femme) sur la *favor heredis* (interprétation favorable à l'héritier). En voici quelques exemples :

-(Texte 27 - D. 33, 4, 6, pr.+1) Labéon et Servius sont d'accord pour que le legs *pro dote* (en restitution à la place de la dot) soit exécuté conformément à la volonté du testateur, même si le montant de la dot est inférieur à celui du legs (D, 33, 4, 6, pr.). Il en est de même en cas de simulation de l'intégralité de la dot, pour autant que la chose léguée soit spécifiée. Ce cas est comparé à un legs alternatif d'un esclave ou d'une somme de cent à la place, dans l'hypothèse précisément où l'esclave est mort. En effet, pour récupérer sa dot, la femme peut recourir à l'*actio rei uxoriae*. En cas de legs pro dote, elle dispose en plus de l'*actio ex testamento* et a donc le choix entre les deux actions. Si, tel l'esclave, son *actio rei uxoriae* est “morte”, vu qu'il n'y a jamais eu de dot, elle aura quand même la possibilité d'intenter l'*actio ex testamento*.

-(Texte 28 - C. 6, 44, 3) La même *favor uxoris* se manifeste pendant toute la période classique, avec la réserve du libellé du legs : Il faut spécifier que l'on fait un legs *pro dote*, à la place de la dot (et non *dotis* ou *dotis nomine*, de la dot), et le montant légué.

-(Texte 29 - Scaev., D. 32, 93, 1) *Favor uxoris* également lorsque le testateur lègue à sa femme une somme qu'il lui aurait préalablement empruntée : sa demande de remboursement du prêt ayant échoué, elle peut néanmoins réclamer la somme à titre de fidéicommiss⁷⁷.

-(Texte 30 - Modest., D. 31, 34, 3) Enfin, une déclaration manifestement contraire à la vérité pourra être validée à titre de legs précipitaire, pour autant que la femme puisse prouver la volonté du testateur de lui léguer les biens par préciput.

b) La pratique

49. 1°. Au premier siècle, la pratique du **recensement** devient irrégulière, ce qui sape l'application de la *Lex Voconia* à la base. De plus en plus de citoyens échappent au recensement, et donc à la loi.

2°. Une autre manière d'éluder la loi, lorsque la femme à gratifier est une héritière, est de ne pas faire de testament. Il semble cependant qu'il répugnait aux Romains de la première classe du cens de mourir **intestat**.

⁷⁶ Telle qu'elle ressort d'une interprétation a contrario de l'édit de Verres; v. Cic., in *Verr.*, 2, 1, 104 et 106.

⁷⁷ Comp. Iav., D. 35, 1, 40, 3 où le conflit entre les intérêts de l'héritier et ceux de l'esclave affranchi par le testateur est résolu en faveur du premier, du moins selon l'école servienne.

3°. Le stratagème le plus usité semble avoir été le recours au **fidéicommiss**, c'est-à-dire instituer un homme comme héritier, mais en le priant instamment de transférer la succession à une femme déterminée. Ce procédé n'est initialement pas sans risques, comme a dû le constater à ses dépens Fadia, la fille de Quintus Fadius Gallus (**Texte 31** - Cic., de fin., 2, 55). Auguste a cependant rendu les fidéicommiss obligatoires⁷⁸.

4°. Le **legs de l'usufruit de tous les biens à la veuve** semble avoir été un autre moyen d'éviter la *Lex Voconia*⁷⁹. En effet, la valeur de l'usufruit de tous les biens d'un patrimoine semble souvent pouvoir être supérieure à la moitié de la valeur de ce patrimoine. Pourtant il paraît bien (**Textes 17** - Cic., pro Caec., 4, 10 s.; et **Texte 32** - Cic. top., 3, 17) que l'on ne se soit pas posé la question de sa régularité par rapport à la *Lex Voconia*. Il semble plutôt que la question de la valeur de l'usufruit se soit posé pour la première fois bien plus tard (**Texte 33** - Fragm. Vat., 68), à propos de la *Lex Falcidia*⁸⁰ (40 après J.C.). En bref, ajoutons encore que la voie détournée du legs d'usufruit de tous les biens à la veuve a été un jalon capital dans l'émancipation de la femme à Rome, car il a permis de concilier simultanément trois aspirations : une certaine indépendance économique de la veuve par un maintien de son train de vie ; une neutralisation de la *Lex Voconia* ; un maintien des biens dans leur famille d'origine⁸¹.

B) Succession

50. La limitation des droits de la femme en matière de succession ab intestat (**Texte 9** - Paul, Sent., 4, 8, 20) a été introduite soit par la *Lex Voconia* elle-même⁸², soit par la jurisprudence, dans la foulée de cette même loi⁸³. On ne va cependant pas aussi loin pour la succession ab intestat que pour la succession testamentaire, vu que toutes les femmes n'en sont pas exclues. Ainsi, les parentes consanguines pourront toujours succéder ab intestat. L'*uxor in manu* est évidemment comprise parmi les consanguines, vu qu'elle est *loco filiae* (à la place d'une fille).

C) Dot

51. A la dissolution du mariage, la femme récupère sa dot, ce qui lui assure une certaine indépendance économique. Les juristes ont combiné cet avantage avec les dispositions de la *Lex Falcidia*, pour le plus grand profit de la femme⁸⁴.

Le but de la *Lex Falcidia* est d'inciter les héritiers à accepter la succession, de manière à ce que les volontés du défunt soient respectées⁸⁵, en garantissant que leur soit réservé un quart des biens de la succession (Quarte falcidienne). Ainsi, les legs ou fidéicommiss dépassant la quotité disponible (trois quarts) pourront être réduits proportionnellement. C'est ici qu'il faut se poser la question de la dot et de sa restitution. Il y a plusieurs hypothèses dans lesquelles la dot est mise en danger :

1) Décès du mari

- Hypothèse : Le mari défunt a fait un testament par lequel il lègue plus que ce qu'il ne resterait dans son patrimoine, si on le diminuait de la dot et de la quarte falcidienne.

a) Actions disponibles pour récupérer la dot

52. Si l'*uxor*, ou toute personne autre que son père, a payé la dot au mari (*dos adventicia*⁸⁶), c'est l'*uxor* qui dispose elle-même de l'*actio rei uxoriae*.

⁷⁸ Cette décision lui a été inspirée par d'autres mobiles que la protection des femmes; V. Inst., 2, 23, 1; 25, pr.

⁷⁹ V. R. Vigneron, op. cit., p. 151 ss.

⁸⁰ V. infra n° 51.

⁸¹ Notons que l'usufruit atteint beaucoup mieux ce dernier objectif que n'ont pu le faire la tutelle agnatique ou la *Lex Voconia*.

⁸² F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, p. 223.

⁸³ V. par exemple: P. Voci, *Diritto ereditario romano*, Milano 1967, p. 409.

⁸⁴ À ce sujet, v. H. Ankum, *La femme mariée et la loi Falcidia*, LABEO 30 (1984) 1, Napoli, pp. 28 à 70.

⁸⁵ V. Gaius 2, 224 ss.

⁸⁶ La *dos adventicia* est la dot constituée par tout autre personne que le père de la fille.

Si c'est son père qui a payé la dot (*dos profecticia*), c'est lui qui a le droit d'exercer l'*actio rei uxoriae*, mais il ne peut le faire que *adiuncta filiae persona* (conjointement avec sa fille) et ne peut accepter la restitution qu'avec ratification de sa fille, sans quoi le mari n'est pas valablement libéré envers elle⁸⁷.

Si en plus d'avoir payé la dot, le père s'est fait promettre par *stipulatio* la restitution de la dot en cas de dissolution du mariage, il dispose en plus de l'*actio ex stipulatu*.

Dans tous ces cas, la dot étant une dette de la succession, elle doit être déduite de celle-ci avant le calcul de la quarte falcidienne.

b) Legatum dotis

53. Le mari peut, dans son testament, léguer la dot à sa veuve. Cela a l'avantage, pour cette dernière, de lui permettre de récupérer la totalité de la dot immédiatement par l'*actio ex testamento* et non pas *annua bima trima die* (en trois termes annuels) comme cela est le cas suite à l'*actio rei uxoriae*. Même en cas de *Legatum dotis*, la dot reste une dette de la succession (**Texte 34** - Gai. D., 35, 2, 81, 1).

c) Le fidéicommiss

54. Le testateur peut aussi léguer la dot à sa femme par fidéicommiss. Outre l'avantage d'éviter la *Lex Voconia* (v. supra n° 49, 3°), le fidéicommiss a continué à être pratiqué, même après le déclin de la *Lex Voconia*, car il permet d'éviter les frictions que peut occasionner le contact entre les enfants d'un premier lit et la seconde épouse, venant à la succession. La question qui se pose ici, est de savoir si ce legs doit être considéré comme un legs ou comme une dot, eu égard au calcul de la quarte falcidienne.

Pour Julien⁸⁸, c'est un legs. Il peut donc y avoir lieu de le réduire, cette réduction étant alors compensée, dans le chef de la veuve, par l'utilisation de l'*actio rei uxoriae* contre l'héritier. Ulpien ajoute que dans ce cas, l'*uxor* peut réclamer tout, tout de suite.

Pour Marcellus au contraire (**Texte 35** - Marcel., D., 35, 2, 57), il faut toujours faire comme s'il s'agissait d'une dette de la succession, car la personne à prendre en considération est la *persona capientis*⁸⁹ et non la *persona interposita*⁹⁰. La veuve a donc la possibilité de récupérer sa dot sans réduction par l'*actio ex testamento*.

d) Les res uxoris causa parata

55. C'est en vertu de la *Lex Falcidia* elle-même que les choses achetées pour la femme, et léguées à celle-ci par son mari, ne peuvent pas faire l'objet d'une réduction falcidienne (**Texte 37** - Gai., D., 35, 2, 81, 2). Il s'agit d'objets que la femme avait déjà à sa disposition, et qu'elle peut donc garder. Les sources nous parlent, à ce propos, essentiellement de la vaisselle, de vêtements et de bijoux.

e) Legatum pro dote

56. Il arrive que le mari lègue des biens *pro dote* (à la place de la dot - voir supra n° 48, **Texte 27** - Lab., D., 33, 4, 6 pr.+1). Ce legs a les mêmes avantages que le *legatum dotis*, mais permet en plus de léguer une dot de valeur supérieure à la dot originelle, voire de léguer une dot alors qu'il n'y en avait pas initialement.

Scaevola nous livre une espèce relativement compliquée (**Texte 36** - Scaev., D. 33, 4, 10), où la veuve est colégataire (avec Maevius) d'un fonds dont la moitié de la valeur est cependant inférieure à la valeur de la dot. Dans ce cas, Scaevola nous dit que seul le legs de Maevius doit être réduit, et qu'en plus, par le jeu de l'*ad crescio*, c'est à la femme que doit profiter la réduction, et non à l'héritier. Quant

⁸⁷ Si la femme lui réclamait à nouveau la dot, il serait donc obligé de payer une seconde fois, mais disposerait d'une *condictio* contre son beau-père (D. 46, 3, 34, 6).

⁸⁸ V. Ulp., D. 33, 4, 1, 12.

⁸⁹ Destinataire effectif du bien successoral.

⁹⁰ Personne interposée; Il en est ainsi dans d'autres cas également: par exemple en cas de fidéicommiss d'usufruit, l'usufruit prend fin à la mort du bénéficiaire et non à celle du légataire (Gai. D. 33, 2, 29).

au reste, c'est-à-dire ce qu'il manquerait encore à la femme pour reconstituer sa dot, elle peut le réclamer par l'*actio rei uxoriae* à l'héritier.

2) Décès du père de la mariée

Hypothèse: Une *dos profecticia*⁹¹ a été constituée et le mariage vient à être dissous. Que devient la dot?

a) Principe : Le père de la mariée a réclamé et obtenu la dot

57. Dans ce cas, la dot se confond à nouveau avec le reste du patrimoine paternel. N'oublions pas cependant qu'il fallait au père le consentement de sa fille pour réclamer la dot (cfr. supra n° 52).

b) Exception : Le père de la mariée n'a pas réclamé la dot

58. Dans ce cas, la femme peut intenter elle-même l'*actio rei uxoriae*. Cela est alors considéré comme un droit propre de la femme, indépendant de son droit de succession (**Texte 38** - Pap., D. 35, 2, 14, pr.). On voit donc que dans cette hypothèse-ci, la dot est considérée comme étant déjà un peu son patrimoine.

3) Décès du père du mari

Hypothèse: La dot a été constituée dans les mains du *paterfamilias* du mari, le mari étant *alieni iuris*. Que devient la dot après le décès du *paterfamilias* ?

a) Principes

59. La dot reçue par le *paterfamilias* du mari lui appartient, mais prend une place un peu particulière dans son patrimoine, vu qu'à sa mort, elle s'inscrit au passif de sa succession⁹² (**Texte 39** - Iul. 35, 2, 85). Il faut donc la déduire avant le calcul de la quarte falcidienne et la remettre au mari.

En effet, c'est au fils que doit revenir la dot, vu que c'est lui qui désormais devra supporter les *onera matrimonii* (charges du mariage), et vu aussi que cette même dot devra couvrir les besoins de la femme après la dissolution du mariage. S'il est héritier unique, cela ne pose pas de problème : il héritera de la dot comme du reste du patrimoine de son père. Si son père lui lègue la dot, on lui appliquera, en principe, le régime du *legatum dotis*. S'il est cohéritier, il aura droit à une *praeceptio*⁹³ par l'*actio familiae erciscundae* (action du partage de la succession familiale).

b) Le cas du fils exhérédié, légataire de la dot

60. Dans ce cas (**Texte 40** - Pap., D. 33, 4, 7, pr.), c'est contre l'héritier (et non contre son mari) que la femme dirigera son *actio rei uxoriae* après la dissolution du mariage. La femme ne disposera pas de cette action contre l'héritier, si elle a ratifié l'exécution du legs de la dot par l'héritier en faveur du mari. Si par contre la femme n'a pas voulu faire cette ratification, l'héritier opposera une *exceptio doli* au mari lui réclamant la dot, pour forcer ce dernier à se porter "*cautio*" et à le défendre en cas d'*actio rei uxoriae*.

Que se passe-t-il si le legs de la dot a été réduit⁹⁴ conformément à la *Lex Falcidia* (**Texte 40** - Pap., D. 33, 4, 7, 2)? Papinien distingue trois hypothèses:

-Soit la femme a ratifié le paiement du legs réduit. Dans ce cas, au moment de la dissolution du mariage, elle pourra réclamer ce montant à son mari par l'*actio rei uxoriae*, et réclamer le reste à l'héritier par l'*actio rei uxoriae utilis*.

⁹¹ Dot constituée par le *paterfamilias* de la femme ou par le père de la fille émancipée.

⁹² N.B.: Cela n'est d'ailleurs pas propre à cette hypothèse-ci, les seules vraies particularités, sont que celui qui recueille la dot n'est pas l'épouse, mais son mari, et que le mariage n'est pas dissous par la mort du *paterfamilias* de son mari.

⁹³ Droit de prendre un bien, ou un ensemble de biens de la succession, avant partage.

⁹⁴ Le régime du legs de la dot au fils diffère légèrement de celui du *legatum dotis* à la femme dont nous avons déjà parlé (voir supra n° 53) car, comme le dit Julien, pendant la durée du mariage (donc avant que la femme ne réclame sa dot) il n'y a pas de raison de préférer le mari légataire à l'héritier.

-Soit la femme ne ratifie pas le paiement, et son mari se porte "*cautio*" pour le legs réduit. La femme pourra alors réclamer (toujours à la dissolution du mariage évidemment) la totalité de la dot à l'héritier (*par l'actio rei uxoriae*), ce dernier se faisant défendre en justice par le mari (appelé alors *procurator*) pour le montant stipulé lors de la "*cautio*".

-Soit la femme ne ratifie pas le paiement, et son mari, qui n'a rien promis, assume pourtant seul le remboursement de la totalité de la dot. Il dispose alors de l'*actio iudicati* pour récupérer la partie de la dot non encore versée par l'héritier et retenue par lui en vertu de la *Lex Falcidia*.

4) Conclusion

Le législateur comme les juriconsultes combinent leurs efforts au détriment des héritiers et en faveur de la veuve.

II. Gestion du patrimoine de la femme

61. Si la gestion du patrimoine de la femme est en principe libre (sous réserve des vestiges de pouvoirs des tuteurs), il y a quand même une exception notable: Le sénatus-consulte Velléien (**Texte 41** - Ulp., D. 16, 1, 2, 1).

Celui-ci interdit aux femmes de faire une intercession, c'est-à-dire s'obliger au profit d'un tiers. Cela suppose que la femme n'agisse pas à son profit, qu'elle n'agisse pas non plus *animo donandi*⁹⁵, et que le créancier sache que la femme intercède en faveur d'autrui (ex.: Elle donne un de ses biens en gage d'une dette d'un tiers, elle accepte de devenir débitrice suite à une novation par changement de débiteur...).

Notons qu'il s'agit réellement d'une mesure de protection de la femme, car elle ne joue qu'en cas de faiblesse de celle-ci, et non si elle est de mauvaise foi⁹⁶.

Si la femme s'est quand même obligée en faisant une intercession, elle pourra alors, au recours du créancier, opposer une *exceptio senatusconsulti velleiani* (exception du sénatus-consulte velléien). Le créancier pourra alors tenter une *actio restitutoria* (action restitutoire) contre le premier débiteur.

Chapitre III - Les fiançailles

I. Forme des fiançailles

62. Les fiançailles s'accomplissent par les promesses de mariages, faites par les fiancés eux-mêmes. Ces promesses sont faites dans n'importe quelle forme⁹⁷, et alors même que les fiancés sont impubères, pour autant qu'ils soient capables de comprendre ce qu'ils font⁹⁸.

Outre les fiancés, doivent également consentir ceux qui devront consentir au mariage. Ainsi, si les fiancés sont *alieni iuris*, il faudra en plus le consentement de leur *paterfamilias*.

Si pour le *filiusfamilias* (fils) le consentement exprès est requis⁹⁹, il n'en est pas de même pour la *filiafamilias* (fille), qui est sensée consentir, si elle n'a pas ouvertement résisté (V. **Texte 43**¹⁰⁰ - Ulp., D. 23, 1, 12 pr.).

⁹⁵ C'est-à-dire, avec la volonté et la conscience de faire une donation; Ulp., D. 16, 1, 4, 1.

⁹⁶ Paul., D. 16, 1, 1, pr.; Ulp., D. 16, 1, 2, pr.+3; Ulp., 16, 1, 4, pr.+1.

⁹⁷ Cela ne vaut probablement que pour la période classique, et non pour la période préclassique, pendant laquelle les fiançailles se faisaient toujours dans la forme des *sponsiones* (v. supra n° 20); v. F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, p. 109.

⁹⁸ Mod., D. 23, 1, 14; v. E. Volterra, *Il matrimonio romano*, Roma 1961, p. 109.

⁹⁹ Paul., D. 23, 1, 13.

¹⁰⁰ V. aussi D. 23, 1, 7, 1.

II. Effets des fiançailles

63. Les fiançailles sont désormais gouvernées plutôt par les usages que par la loi. Elles perdent leur caractère contraignant, car désormais le préteur accorde une *exceptio doli* (exception de dol) à celui dont la liberté de consentement au mariage est atteinte par une action en justice, basée sur la promesse de mariage. Demander le respect des fiançailles devient dès lors contraire aux bonnes moeurs (**Texte 42** - Paul., D. 45, 1, 134, pr.), et cela jusqu'à Dioclétien (**Texte 44** - C. 5, 1, 1).

Les fiançailles produisent cependant certains effets secondaires :

a) Les fiançailles étaient un moyen d'éviter les sanctions liées aux lois d'Auguste sur le mariage, portant l'obligation de se marier (v. infra, n° 89 s.). Ainsi, en se fiançant avec un(e) impubère, l'obligation était reportée jusqu'au moment où les deux fiancés étaient pubères.

b) Dans les hypothèses où la loi interdisait le mariage (ex.: entre sénateur et *libertina* — affranchie¹⁰¹), les fiançailles étaient également interdites.¹⁰²

c) Le fait de se fiancer une deuxième fois sans avoir rompu les premières fiançailles était passible d'*infamia* (infamie)¹⁰³.

d) Comme nous l'avons déjà dit (supra n° 22 in fine), les fiançailles étaient peut-être à la base d'une certaine *affinitas* (affinité) avec certains effets juridiques¹⁰⁴. Ainsi distingue-t-on, par exemple, une interdiction de mariage entre futurs gendres (ou brus) et beaux-parents¹⁰⁵. De même existait-il une dispense de témoigner en justice contre ses futurs alliés¹⁰⁶.

Chapitre IV - Le mariage

I. Généralités

64. La notion classique de mariage romain diffère nettement de celle existant dans la plupart des autres ordres juridiques (dont le nôtre), dans lesquels les conditions de conclusion et de dissolution du mariage sont strictement réglementées par le droit. Dans ces ordres juridiques, la volonté manifestée conformément au droit crée un lien conjugal qui perdurera désormais, indépendamment de la continuation de cette volonté. La dissolution de ce lien conjugal est alors également soumis au respect de conditions légales.

En droit romain classique, les *iustae nuptiae* (justes noces) sont une situation de fait. Pour les Romains en effet, la conclusion et la dissolution du mariage n'ont pas à être réglées par le droit, mais sont en principe abandonnées au domaine des moeurs, le droit se contentant de raccrocher à cette situation de fait une série de conséquences juridiques. Il y a dès lors mariage dès qu'un homme et une femme (remplissant les conditions décrites ci-dessous aux n° 65 ss.) formaient une communauté de vie fondée sur l' *affectio maritalis*, c'est-à-dire la volonté réciproque¹⁰⁷ et **continue** d'être unis durablement. En principe, l'union matrimoniale était "à vie", ce qui ne veut pas dire que le divorce était exclu, mais bien qu'il n'y avait à Rome ni mariage à l'essai, ni à temps déterminé.

II. Conditions

A) La capacité physique

¹⁰¹ Voir infra, n° 87.

¹⁰² Lois *Iulia* et *Papia Poppaea*, citées par Paul., D. 23, 2, 44, pr.

¹⁰³ Iul., D. 3, 2, 1 et Ulp., D. 3, 2, 13, 1-4.

¹⁰⁴ V. M. Kaser, op. cit., p. 313.

¹⁰⁵ V. Paul., D. 23, 2, 14, 4, in fine ; Ulp. cod. 12, 1, in fine ; Inst. 1, 10, 9.¹⁰⁶ V. Gai., D. 22, 5, 5 ; contra: E. Volterra, *Instituti di diritto privato romano*, Roma 1972, p. 665, note 3.

¹⁰⁷ Si un des conjoints était *alieni iuris*, il fallait y ajouter l'*auctoritas* (accord) du *paterfamilias*.

1) La puberté

65. La puberté est toujours une condition de validité du mariage.

a) La fille est censée avoir atteint la puberté à l'âge de douze ans (présomption irréfragable). Si un mariage était conclu avec une fille impubère, il était validé au moment où elle atteignait l'âge de douze ans (**Texte 49** - Pomp., D. 23, 2, 4).

b) Pour le garçon, la question a été controversée¹⁰⁸. Pour les Proculiens, il fallait avoir atteint l'âge de quatorze ans, alors que pour les Sabinien, le critère était, en règle, la *capacitas generandi* (capacité de procréer). La controverse se complique du fait que la puberté est à la fois un terme extinctif de la tutelle et une condition du mariage. Sous Justinien, en tout cas, l'âge de la puberté du garçon a été fixé à quatorze ans aussi bien pour la tutelle que pour le mariage¹¹⁰.

2) La capacité de procréer¹¹¹

66. Notons qu'il s'agit bien d'*impossibilitas generandi* (impossibilité de procréer) et non d'*impossibilitas coeundi* (incapacité sexuelle), qui n'est pas prise en compte par les Romains. En principe, la capacité de procréer n'est pas une condition de validité du mariage. Il va pourtant falloir distinguer. Apparemment, la stérilité de la femme n'a jamais empêché celle-ci de se marier. Pour les hommes, la chose est un peu plus compliquée:

Ulpien¹¹³ distingue deux types d'incapacités de procréer masculines :

- Spado* (sens large): Terme générique désignant les hommes dont l'incapacité de procréer est due à une cause naturelle ou non.

- Castratus* : Les mêmes personnes dans le seul cas où la cause n'est pas naturelle.

On peut logiquement compléter la distinction en rajoutant:

- Natura Spado* ¹¹⁴: Les mêmes personnes, dans le cas où la cause est naturelle.

Il semble que seuls les *castrati* doivent être exclus du mariage¹¹⁵. Rien n'empêche en tout cas un *natura spado* de se marier¹¹⁶, même s'il n'atteint jamais vraiment la puberté physiologique. Si telle chose a pu être admise, sur le plan juridique du moins¹¹⁷, c'est parce que pour les Romains, ce n'est pas le coût qui fait le mariage (**Texte 51**¹¹⁸ - Ulp., D. 23, 2, 6), mais plutôt le consentement¹¹⁹.

L'incapacité de procréer n'est donc pas une condition de validité du mariage, hormis le cas des *castrati*¹²⁰. Cependant, elle pouvait constituer une cause de divorce¹²¹.

¹⁰⁸ Gai., 1, 196 ; U.E. 11, 28.

¹⁰⁹ Gai., 1, 196 ; U.E. 11, 28.

¹¹⁰ C. 5, 60, 3.

¹¹¹ Pour ce chapitre, v. D. Dalla, *L'incapacità sessuale in diritto romano*, Milano 1978, p. 229 ss.

¹¹² Pour ce chapitre, v. D. Dalla, *L'incapacità sessuale in diritto romano*, Milano 1978, p. 229 ss.

¹¹³ Ulp., D. 50, 16, 128.

¹¹⁴ V. D. Dalla, op. cit., p. 121 à 124.

¹¹⁵ Ulp., D. 23, 3, 39, 1; Marcian., D. 40, 2, 14, 1 ; Il s'agit peut-être d'une interpolation: Bonfante, *Corso di diritto romano*, 1, *Diritto di famiglia*, Roma 1925, p. 196 note 1 (= rééd. Milano 1963, p. 267 note 1.) et E. Volterra, *Il matrimonio romano*, op. cit., p. 187; etc.; contra: O. Robleda, op. cit., p. 187 ; M. Kaser, op. cit., p. 314 ; D. Dalla, op. cit., p. 265 ss.

¹¹⁶ Une des raisons d'épouser un *spado* pouvait être d'éviter les sanctions liées au non-respect des lois d'Auguste sur le mariage (infra n° 89 s.), sans courir le risque d'une grossesse.

¹¹⁷ La validité juridique des mariages avec un *spado* contraste avec la conscience sociale, qui semble plutôt les rejeter. À Juvénal en tout cas, telle situation n'inspire que ricanement... (Iuven., Sat.1, 22-30). En effet, si la procréation ne participe pas de l'essence du mariage, elle en est quand même la fin normale. Cela fait d'ailleurs l'objet d'une promesse devant le censeur; v. **Texte 15** - Gell., Noct. att., 4, 3 et **Texte 10** - Dion., 2, 25, 4 ss.

¹¹⁸ V. aussi: Ulp., D. 24, 1, 32, 13 et D. 35, 1, 15.

¹¹⁹ A propos du consentement: V. infra n° 67; Ulp., D. 50, 17, 30; v. **Texte 53** - Quintil., Declam. min.247.

¹²⁰ Sur la raison de les exclure : v. D. Dalla, op. cit., p. 269 ; O. Robleda, op. cit., p. 150.

B) Le consentement

1) Le consentement des conjoints

67. Le consentement des conjoints à former une union conjugale durable est l'élément fondamental sur lequel repose toute l'institution du mariage chez les Romains.

a) Ce consentement peut s'exprimer dans n'importe quelle forme et son existence est attestée pas différents éléments:

-1) Le *ius iurandum*, serment prêté devant le censeur (V. **Texte 15** - Gell., Noct. att., 4, 3 et **Texte 10** - Dion., 2, 25, 4 ss.).

-2) La *deductio in domum*, cortège aux flambeaux conduisant l'épouse chez le mari, repas public... (V. **Texte 50** - Pomp., D. 23, 2, 5).

-3) La signature des *tabulae nuptiales* (tables nuptiales)¹²².

-4) Le fait de vivre comme mari et femme au vu et au su de tout le monde¹²³.

b) Mais il ne s'agit là que d'indices de cette volonté et ces éléments ne sont pas indispensables. En effet :

-1) Il est possible de se marier entre absents (**Texte 50** - Pomp., 23, 2, 5 et **Texte 51**¹²⁴ - Ulp., D. 23, 2, 6.).

-2) Le mariage peut précéder les cérémonies. Pour Scaevola (**Texte 52** - Scaev., D. 24, 1, 66, pr.+1.) en effet, une donation faite avant les cérémonies de mariage peut néanmoins être considérée comme ayant été faite postérieurement au mariage, lequel résulte du seul consentement des époux à se considérer comme mari et femme¹²⁵.

-3) Le mariage peut se contracter sans cérémonie aucune. Une illustration de cela nous est donnée par le délit de rapt de la jeune fille non-consentante à des fins sexuelles. Depuis l'ancien droit, cet acte constitue un crime puni de mort, sauf à la fille à consentir à épouser son ravisseur. "*Lex dicit : raptor aut pereat, aut ducat*", la loi dit : ou le ravisseur meurt, ou il conduit (convole en justes noces)¹²⁶.

Quintilien nous livre un casus (**Texte 53** - Quintil., Declam. min., 247) qui est remarquable dans la mesure où dans les thèses défendues par les adversaires au procès en succession dont il y est question, aucun argument n'est développé sur l'absence de cérémonie ou d'union sexuelle, mais seule la rencontre des consentements réciproques est discutée.

Le concubinage des fonctionnaires est transformé automatiquement en mariage à la sortie de charge de ceux-ci, quand c'est à cause de cette charge qu'ils ne pouvaient épouser la femme avec laquelle ils vivaient en concubinage (**Texte 54**¹²⁷ - P. Cattaoui, V, 1, 1 à 18).

2) Le consentement des ascendants

68. Lorsque les époux étaient *alieni iuris*, il fallait en outre obtenir le consentement du *paterfamilias*. Ce consentement pouvait également être exprimé dans n'importe quelle forme, mais

¹²¹ V. **Texte 15** - Gell., Noct. att., 4, 3 et **Texte 10** - Dion., 2, 25, 4 ss. V. n° 29 (Ancien Droit), la note subpaginale.

¹²² V. **Texte 52** - Scaev., D. 24, 1, 66, pr.+1.

¹²³ C. 5, 4, 9.

¹²⁴ V. C. Castello, "Le début du *iustum matrimonium*", *RIDA* (32) 1986, p. 242 ss.

¹²⁵ Or l'interdiction des donations entre époux est traditionnelle à Rome (Voir infra, n° 94 c.).

¹²⁶ Calpurnius Flaccus, *Declamationes* 25.

¹²⁷ V. aussi: Paul., D. 23, 2, 65; et aussi: Ulp., D. 23, 3, 39, pr. : Le *contubernium* est transformé en mariage par le seul affranchissement.

différait du consentement des époux, en ce qu'il était plutôt un "consentement-autorisation", qui devait être donné au début du mariage, mais qui ne devait pas être continu.

Remarque: Si le *paterfamilias* faisait pression sur son fils ou sa fille, il aurait normalement dû y avoir *metus*, mais le problème est théorique, car une fois la pression disparue, c'est au divorce que la fille recourait, sans qu'il soit nécessaire d'invoquer la *metus*.

C) Le *conubium*

69. Cette notion est inconnue du droit moderne, pour lequel la capacité au mariage dépend en principe uniquement de l'âge, tout humain pouvant normalement épouser un autre humain de sexe opposé.

Par *conubium*, on entend la capacité de conclure un mariage avec telle autre personne déterminée. Il est indispensable que les deux conjoints aient le *conubium* l'un envers l'autre pour que leur rapport conjugal se voie accorder les effets juridiques propres aux *iustae nuptiae* (justes noces).

Cette capacité réciproque dépend des statuts personnels respectifs des conjoints :

1) Disposent du *conubium* :

70. a) Les Romains entre eux.

b) Les citoyens latins et pérégrins à qui le *conubium* avait été conféré. Rome octroyait ainsi le *conubium* aux citoyens de certaines cités (comme arme politique), et à ses vétérans (en guise de récompense). Souvent, le vétéran recevait la citoyenneté romaine, s'il ne l'avait déjà, mais il recevait en plus le *conubium* avec son épouse qui restait pérégrine.

2) D'autres n'ont pas le *conubium* :

71. a) Il s'agit d'abord des esclaves, qui ne l'ont ni entre eux, ni avec les personnes libres. Ils pouvaient cependant créer un ménage de fait qui portait alors le nom de *contubernium*. Ce dernier avait pour seul effet juridique les empêchements à mariage résultant de la *cognatio servilis* (parenté des esclaves) et qui sont les mêmes que pour la parenté légitime¹²⁸.

b) Il y a également absence de *conubium* entre les parents qui commettraient un inceste s'ils avaient des relations sexuelles entre eux. Initialement, l'interdiction concernait tous les parents en ligne directe¹²⁹ et les parents jusqu'au sixième degré en ligne collatérale. En droit préclassique, cette dernière ne s'étend plus que jusqu'aux *consobrini* (cousins germains), c'est-à-dire les collatéraux du quatrième degré (**Texte 45** - U.E. 5, 6.). En droit classique, la limite est réduite au troisième degré en ligne collatérale, c'est-à-dire : l'oncle et la nièce, la tante et le neveu¹³⁰. En 49 après J.-C., est intervenu un sénatus-consulte pour permettre le mariage de l'empereur Claude avec sa nièce Agrippine. Cependant ce sénatus-consulte s'est limité à permettre un tel mariage dans le seul cas où la nièce est en même temps la fille du frère du mari¹³¹.

Remarques : 1) La filiation adoptive crée les mêmes empêchements que la filiation sanguine, mais les empêchements avec les collatéraux par adoption ne durent que tant que dure la filiation adoptive elle-même¹³².

2) L'*adfinitas* (alliance) ne provoque d'empêchement qu'en ligne directe¹³³.

c) Certaines dispositions spéciales excluent le *conubium* entre certaines personnes, se basant sur une présomption d'absence de liberté de consentement de la femme :

-1) Cela est le cas entre la pupille et son tuteur, ou le fils, le père ou l'héritier de celui-ci (**Texte 47** - Callistr., D. 23, 2, 64, 1 et 2) en vertu d'un sénatus-consulte de Marc Aurèle et Commode.

¹²⁸ V. E. Volterra, in *Enciclopedia del diritto*, V° *Matrimonio (diritto romano)*, Milano 1975, p. 804 ss.

¹²⁹ Gai., 1, 59.

¹³⁰ Gai., 1, 60-63.

¹³¹ Gai., 1, 62.

¹³² Gai., 1, 59.

¹³³ Gai., 1, 63; Paul., D. 23, 2, 14, 4; Pap., D. 12, 7, 5, 1.

L'intérêt protégé est dans ce cas celui de la liberté d'esprit de la pupille lors de la reddition des comptes de tutelle.

-2) C'est le cas également entre d'une part: un magistrat, un fonctionnaire ou un militaire exerçant ses fonctions en province, et d'autre part: une femme native ou domiciliée dans cette province (**Texte 46** - Pap., D. 23, 2, 63). Cependant, on excepte le cas où ces deux personnes auraient été fiancées avant l'entrée en fonction dont il est question, ainsi que le cas où le mari est lui-même natif de la province où il exerce ses fonctions (**Texte 48** - Paul., D. 23, 2, 65). Cette dernière exception incline à faire penser que l'intérêt protégé n'est pas seulement la liberté de choix de la femme, comme nous le dit Papinien (**Texte 46**), mais peut-être bien plus l'indépendance d'esprit et d'action du mari, qui ne doit jamais être tenté de faire prévaloir l'intérêt de la province sur celui de Rome.

II.bis Premier appendice : La monogamie

72. Etre célibataire n'est pas réellement une condition supplémentaire. S'il est vrai que les Romains ont toujours été monogames, il faut savoir que le consentement à un deuxième mariage emporte implicitement mais certainement la renonciation à continuer le premier.

Cicéron (**Texte 55** - de orat., 40, 183) nous donne l'exemple d'un homme se mariant une seconde fois sans signifier le divorce du premier mariage à sa première épouse. Il n'est cependant jamais question de bigamie, ni de dire que la seconde union est nulle, mais plutôt de voir si le mari avait réellement la volonté de constituer un mariage légitime avec la deuxième femme, plutôt qu'un concubinage.

De même Messaline épousa-t-elle Silius sans signifier expressément le divorce à Claude (**Texte 56** - Tac., Annales, 11, 26 ss.).

Il n'y a donc pas de bigamie possible en droit romain.

II.ter Deuxième appendice: Les lois d'Auguste sur le mariage

73. Ces lois sont: La *lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 avant J.-C.).
La *lex Iulia de adulteriis coercendis* (18 avant J.-C.).
La *lex Papia Poppea nuptialis* (9 après J.-C.).

On regroupe généralement ces lois sous l'appellation : *Leges Iulia et Papia (Poppea)*. Le but de ces lois était de promouvoir la natalité de la population romaine ainsi que sa moralité, tout en augmentant les recettes de l'état.

A) Politique moralisatrice - Répression du *stuprum* et de l'*adulterium*

1) Adulterium

a) Définition :

74. Acte sexuel commis *dolo malo*¹³⁴ par une femme mariée (libre¹³⁵), de condition honorable¹³⁶, avec un homme libre ou non¹³⁷, marié ou non.

N. B.: L'*adulterium* diffère de l'adultère tel qu'on l'entend aujourd'hui, dans la mesure où il n'englobe pas la relation sexuelle entre un homme marié et une femme non mariée.

¹³⁴ Ulp., D. 48, 5, 13(12).

¹³⁵ Pap., D. 48, 5, 6, pr. et Dioclétien et Maximien C. 9, 9, 24(25). Rappelons que la femme esclave, ne pouvant se marier, ne comettait pas non plus d'adultère.

¹³⁶ On entend par là les *matronae* (mères de famille), par opposition aux *feminae in quas stuprum non comittitur* (catégorie dont il est question infra n° 87); cfr. à ce propos: Paul. sent., 2, 26, 11; Dioclétien et Maximien C. 9, 9, 24(25) et C. 9, 9, 28(29).

¹³⁷ Ulp., D. 48, 2, 5 et D. 48, 5, 28(27); Marcian., D. 48, 5, 34(33), pr.

b) Procédure :

1. Flagrant délit de la femme

75. Le flagrant délit de la femme aura des conséquences distinctes selon qu'il est surpris par le père ou par le mari.

S'il est surpris par le père et dans la maison de celui-ci, il a le droit de tuer les deux adultères immédiatement (*in continenti*) de sa propre main (*sua manu*)¹³⁸. Mais s'il n'en tue qu'un des deux, il est coupable d'*homicidium* (homicide)¹³⁹.

S'il est surpris par le mari, celui-ci n'a jamais le droit de tuer sa femme (*adultera*), mais peut tuer son complice (*adulter*) si deux conditions sont respectées : Il faut que l'adultère soit découvert dans la maison du mari, et que l'*adulter* soit de condition inférieure à celui-ci (par ex.¹⁴⁰: un esclave, un affranchi, un acteur, un entremetteur, un condamné par jugement public...) S'il tue sa femme ou un complice de statut supérieur, il est passible d'*homicidium*, mais se verra appliquer une peine plus clémente¹⁴¹.

Cette réglementation n'est donc pas un encouragement à l'homicide, vu qu'un échec, même partiel, de celui-ci pouvait avoir des conséquences fâcheuses pour son auteur¹⁴².

2. Délit non flagrant ou non-utilisation du *ius occidendi*

a. Répudiation de la femme par le mari

76. Si le mari ne répudie pas sa femme, aucune poursuite ne saurait être engagée contre elle¹⁴³ (par lui ou par un tiers), et il risque même d'être poursuivi comme *lenox*¹⁴⁴ (entremetteur) en vertu de la *lex Iulia de adulteriis coercendis*. Pour Ulpien¹⁴⁵, il y a *lenocinium* même si le mari feint ne pas avoir connaissance de l'adultère, mais que son ignorance est inexcusable ; il considère cela comme une protection du mariage¹⁴⁶.

b. Poursuites judiciaires

77. **-Honorabilité du mari** - Le juge doit vérifier si le mari vit pudiquement et est pour sa femme un exemple de bonnes mœurs. Il serait inique que le mari exige de sa femme une pudeur qu'il ne montre pas lui-même. Il est possible que dans pareille situation les deux époux soient condamnés¹⁴⁷.
78. **-Un seul accusé à la fois** - Curieusement, en matière d'adultère, une seule personne peut être accusée à la fois¹⁴⁹. En principe, il est permis d'accuser indifféremment l'*adulter* ou l'*adultera* en premier lieu¹⁵⁰. Ce principe souffre cependant des exceptions.

¹³⁸ Le *ius occidendi* (droit de tuer) appartient seulement à celui qui avait la *potestas* (puissance paternelle) sur l'*adultera* ou à celui qui avait été *paterfamilias* au moment où elle "*in manum convenit*" (entra sous la puissance de son mari par une *conventio in manum*); Pap. Coll. 4, 7, 1. On admet cependant aussi bien le *pater naturalis* (père de sang) que le *pater adoptivus* (père adoptif); Pap., D. 48, 5, 23(22); Paul. Coll., 4, 12, 1; Ulp., 48, 5, 24(23).

¹³⁹ Paul. Coll., 4, 8, 1.

¹⁴⁰ Paul. Coll., 4, 3, 1-6 et Coll., 4, 12, 3-6; Macer, D.48, 5, 25(24), pr.

¹⁴¹ Marcian., D. 48, 8, 1, 5.

¹⁴² V. H. Ankum, *La "captiva adultera"*, RIDA 1985, p. 159 s.

¹⁴³ Pap., D. 48, 5, 12(11), 10; Ulp., D. 48, 5, 27(26), pr.; Alexandre-Sévère C. 9, 9, 11.

¹⁴⁴ Paul. Coll., 4, 12, 7; Ulp., D. 48, 5, 30(29), 1; Septime Sévère et Caracalla C. 9, 9, 2; Pline le Jeune, *Epistulae*, 6, 31, 5-6.

¹⁴⁵ Ulp., D. 48, 5, 30(29), pr.

¹⁴⁶ Ulp., D. 48, 5, 27(26), pr.

¹⁴⁷ Ulp., D. 48, 5, 14(13), 5.

¹⁴⁸ Ulp., D. 48, 5, 14(13), 5.

¹⁴⁹ Pour une tentative d'explication, voir A. Esmein, *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, Paris 1886, p. 135.

¹⁵⁰ Iul., D. 48, 5, 5; Ulp., D. 5, 16(15), 8 + 9.

79. **-Accusator** - Contrairement au droit commun, l'*accusatio adulterii* (accusation d'adultère) est réservée au mari et au père pendant une période de soixante jours après le divorce¹⁵³. On parle alors de l'*accusatio iure mariti vel patris*.

Après ce délai, l'action pouvait être exercée par *quivis ex populo* (n'importe quel citoyen - agissant alors *iure extranei*) contre la femme pendant un délai de quatre mois¹⁵⁵. Après six mois il était donc trop tard pour accuser l'*adultera*.

c) Peines encourues :

80. **Remarque préliminaire:** Avant la *lex Iulia de adulteriis*¹⁵⁶, les peines étaient probablement infligées dans le cadre du *iudicium domesticum* (jugement domestique¹⁵⁷). Le mari de la femme adultère (*adultera*) avait le droit de la tuer si elle avait été surprise en flagrant délit, alors que si c'était la femme qui surprenait son mari, "elle n'oserait pas le toucher du doigt"¹⁵⁸.

1. Confiscation d'une partie des biens

81. L'*adulter* se voyait confisquer la moitié de son patrimoine ; l'*adultera*, un tiers de ses biens ainsi que la moitié de sa dot.

2. Interdiction d'être témoin

82. Les personnes condamnées pour adultère sont déclarées incapables de témoigner en justice ou lors de la confection d'un testament¹⁵⁹ par la *lex Iulia de adulteriis coercendis*¹⁶⁰.

3. Interdiction de se remarier pour l'*adultera*

83. C'est la *lex Iulia de maritandis ordinibus* qui porte cette interdiction de se remarier¹⁶¹, et les contrevenants à cette interdiction restent considérés comme des *cælibes* (célibataires) pour cette loi (V. infra n° 90). Cette interdiction est encore renforcée par le risque de condamnation comme *lenox*¹⁶² (entremetteur) pour celui qui épousait une femme convaincue d'adultère¹⁶³. De même un homme épousant une femme accusée d'adultère et condamnée pour ce motif après le début du mariage est dans l'obligation de la répudier¹⁶⁴. A la fin du droit classique, le mariage avec une *adultera* sera même nul¹⁶⁵.

¹⁵¹ Pour une tentative d'explication, voir A. Esmein, *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, Paris 1886, p. 135.

¹⁵² Iul., D. 48, 5, 5; Ulp., D. 5, 16(15), 8 + 9.

¹⁵³ Scaev., D. 48, 5, 15(14), 2; Pap., D. 48, 5, 12(11), 6; Pap.-Paul. Coll., 4, 4, 1; Tryph., D. 4, 4, 37, 1; Paul., D. 48, 5, 31(30), 1.

¹⁵⁴ Scaev., D. 48, 5, 15(14), 2; Pap., D. 48, 5, 12(11), 6; Pap.-Paul. Coll., 4, 4, 1; Tryph., D. 4, 4, 37, 1; Paul., D. 48, 5, 31(30), 1.

¹⁵⁵ Ulp., D. 48, 5, 4, 1.

¹⁵⁶ V. H. Ankum, op. cit., p. 154 note 5 ; A. Esmein, op. cit., p. 73 ss.

¹⁵⁷ V. supra (n° 8) ce qui a été dit à propos de ce tribunal domestique.

¹⁵⁸ V. **Texte 4** - Gell., 10, 23, 5.

¹⁵⁹ L'interdiction concernant la confection des testaments ne concerne que les hommes, car les femmes en sont toujours exclues - Ulp., D. 28, 1, 20, 6.

¹⁶⁰ Pap., D. 22, 5, 14; Paul., D. 22, 5, 18; Ulp., D. 28, 1, 20, 6.

¹⁶¹ U.E. 13, 2 et 16, 2 - et Ulp., D. 23, 2, 43, 10 + 12-13.

¹⁶² Ulp., D. 48, 5, 30(29); Alexandre Sévère, C. 9, 9, 9; Valérien et Gallien, C. 9, 9, 17.

¹⁶³ Ulpien (Ulp., D. 48, 5, 30(29)) élargit même l'hypothèse de la condamnation pour *lenocinium* au cas où la femme a été condamnée pour stupre (v. n° 86 ss.) seulement.

¹⁶⁴ Pap., D. 48, 5, 12(11), 13: "(...) *Cum per legem Iuliam huiusmodi uxorem retinenreprohibearis (...)*".

¹⁶⁵ Pap., D. 34, 9, 13 : Maevius ayant été condamné pour adultère avec Sempronia, mais cette dernière n'ayant cependant pas été condamnée (voir supra n° 78) il l'a épousée et l'a instituée héritière. Pour Papinien, ce mariage était nul et elle ne peut hériter.

4. *Relegatio in insulam*

84. La relégation temporaire ou à perpétuité sur une île ne date peut-être pas du temps d'Auguste. Pline le Jeune nous apprend dans une lettre¹⁶⁶ de 107 après J.-C. que Trajan a appliqué cette peine à un couple adultère. D'après les sentences de Paul¹⁶⁷ qui datent du début du IV^{ème} siècle, la *relegatio* est cumulée avec les peines patrimoniales (visées supra au point 1.).

5. La peine capitale¹⁶⁸

85. Le texte des Institutes de Justinien¹⁷⁰ selon lequel la peine de mort pour le délit d'adultère remonterait à la *lex Iulia de adulteriis coercendis* est entièrement de la main des Compilateurs, qui ont probablement voulu donner une tradition à la répression de l'adultère telle qu'elle était exercée sous Justinien. La peine de mort pour les hommes libres date en réalité d'une constitution de Constantin¹⁷¹.

2) Stuprum

a) Définition

86. Union sexuelle passagère¹⁷² commis *dolo malo*¹⁷³ par une femme¹⁷⁴ libre, célibataire¹⁷⁵, et de condition honorable (v. ci-dessous) avec un homme libre ou esclave, célibataire ou marié.

b) Honorabilité de la femme

87. La condition d'honorabilité impose d'exclure de la catégorie des femmes étant susceptibles de *stuprum*¹⁷⁶ : a. les esclaves, b. les entremetteuses (*lenae*), c. les comédiennes, d. les femmes ayant encouru une condamnation criminelle par un *iudicium publicum* (jugement public), e. les femmes adultères, f. les prostituées, g. les affranchies, h. les femmes de basse extraction (*obsuro loco natae*), c'est-à-dire probablement les filles d'entremetteuses, de comédiennes, de gladiateurs...

Avec toutes ces femmes, il n'y avait donc pas de stupre (*feminae in quas stuprum non comittitur*), mais il n'y avait pas non plus : soit de mariage possible (a), soit de mariage permis avec un homme libre (b, c, d, e, f), soit de mariage permis¹⁷⁷ avec un sénateur ou un de ses descendants (b, c, d, e, f, g, h). Cette situation de la législation permet de comprendre le développement du concubinat¹⁷⁸.

c) Peines encourues et procédure

88. La sanction du *stuprum* est une confiscation de la moitié des biens des deux coupables. L'action peut être exercée par *quivis ex populo* (n'importe quel citoyen), et il n'y a pas de préférence pour le père¹⁷⁹.

¹⁶⁶ Pline le Jeune, *Epistulae*, VI, 31, 5.

¹⁶⁷ Paul. Sent., 2, 26, 14.

¹⁶⁸ V. aussi le *ius occidendi* éventuel du père ou du mari dont il est question supra (n° 75).

¹⁶⁹ V. aussi le *ius occidendi* éventuel du père ou du mari dont il est question supra (n° 75).

¹⁷⁰ Inst., 4, 18, 4.

¹⁷¹ V. C. 9, 9, 29(30), in fine.

¹⁷² Cela exclu donc une union sexuelle à caractère continu comme le mariage ou le concubinage.

¹⁷³ Ulp., D. 48, 5, 13(12).

¹⁷⁴ N.B.: Le *Stuprum cum masculo* (pédérastie) a été réprimé par la *lex Sca(n)tinia de nefanda Venere* de 149 avant J.-C., il entraînait une amende de 10.000 sesterces. Sous les empereurs chrétiens, le même délit était puni de mort (Coll. 5, 2, 1+2); V. T. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, p. 703 s.

¹⁷⁵ *Virgo vel vidua* (célibataire ou veuve).

¹⁷⁶ Paul. Sent., 2, 26, 11; Dioclétien et Maximien C. 9, 9, 24(25); Constantin C. 9, 9, 28(29).

¹⁷⁷ Si un mariage intervenait quand même, il était sans valeur pour l'application des lois *Iulia et Papia*. Plus tard (175-180 après J.-C.), il sera même déclaré nul, de même manière que le mariage ne remplissant pas les conditions de droit commun.

¹⁷⁸ V. infra n° 108 ss.

¹⁷⁹ Pap., D. 48, 5, 23(22), 1.

B) Politique nataliste - obligation de se marier et d'avoir des enfants

1) Champ d'application

89. Les lois *Iulia* et *Papia* introduisent une obligation de se marier pour les hommes entre 25 et 60 ans et pour les femmes entre 20 et 50 ans. A cette obligation s'ajoute celle d'avoir au moins un enfant légitime au début de cet âge minimal¹⁸⁰.

En cas de dissolution de mariage, les époux ont l'obligation de se remarier s'ils sont toujours dans les catégories ci-dessus. Il n'y a pas, cependant, d'obligation de se remarier pour ceux qui bénéficient du *ius trium liberorum*¹⁸¹. Cette exception est prévue par la *lex Iulia* pour les hommes et les femmes libres ayant au minimum trois enfants légitimes¹⁸². Pour les affranchies, le *lex Papia* a instauré un régime similaire, mais élevant le nombre minimum d'enfants à quatre (*ius quattuor liberorum*)¹⁸³. Le *ius liberorum* pouvait également être attribué par l'empereur en-dehors des conditions prévues ci-dessus à titre de privilège¹⁸⁴.

2) Sanctions

90. Les sanctions liées aux obligations décrites ci-dessus concernent essentiellement la capacité d'acquérir des biens à cause de mort.

Pour les *caelibes* (célibataires sans enfants), l'incapacité est totale, s'ils ne constituent pas un mariage valable (*iustum matrimonium*) dans un délai de cent jours¹⁸⁵. Pour le remariage de la femme, un délai plus long est prévu. La veuve dispose d'un an (*lex Iulia*) puis de deux (*lex Papia*) pour se remarier, alors que la femme divorcée a six mois (*lex Iulia*) puis dix-huit (*lex Papia*) pour ce faire.

Les *orbi* (mariés sans enfants), ne peuvent acquérir que la moitié des biens auxquels ils auraient droit en tant qu'héritiers ou légataires normaux¹⁸⁶.

Les époux sans enfants communs ne peuvent acquérir à cause de mort qu'un dixième des biens de leur conjoint en pleine propriété ou un tiers en usufruit en vertu d'un legs. S'ils ont des enfants d'un premier lit, il faut y ajouter un dixième par enfant.

Ces sanctions sont cependant moins draconiennes qu'il n'y paraît, car elles exceptent l'acquisition à cause de mort en ligne directe jusqu'au troisième degré.

III. Effets du mariage

A) Effets sur les personnes

1) Les époux

91. Si l'on considère la définition du mariage de Modestin¹⁸⁷, telle qu'elle est reprise dans le Digeste (**Texte 57** - D. 23, 2, 1), on remarque que le but de procréation est laissé de côté pour mettre l'accent sur l'aspect social et religieux du mariage. S'il en est ainsi, c'est que les Compilateurs ont dû choisir une définition de droit classique qui pouvait convenir à la conception de l'époque de Justinien.

Les conséquences du mariage sont à la fois juridiques, sociales et morales :

- a) Il y a un acte juridique qui lie les époux et les oblige à vivre ensemble, à s'unir sexuellement pour avoir des enfants, l'épouse ayant de droit le même domicile que le mari.
Cet acte crée aussi un devoir de fidélité pesant sur les deux conjoints.

¹⁸⁰ UE, 16, 1 ; Gai., D. 50, 16, 148 s.

¹⁸¹ V. supra n° 41.

¹⁸² Dio., 55, 2, 5 s.; Paul. sent., 4, 9, 1 ss.; Paul., D. 50, 16, 137.

¹⁸³ Gai., 3, 44 ; UE, 29, 3.

¹⁸⁴ UE, 16, 1a.

¹⁸⁵ UE, 17, 1 et 22, 3.

¹⁸⁶ Gai., 2, 111 et 286 a.

¹⁸⁷ Datant de la fin de la période classique.

Au cours de l'époque classique, certaines conséquences juridiques ont été tirées du devoir de respect réciproque. Ainsi, n'y avait-il pas entre époux d'*actio furti* (action du vol) ni d'*actio de dolo* (action de dol), ces deux actions étant infamantes. En revanche, à la même époque, le mari pourra intenter l'action de l'*iniuria* pour offense faite à son épouse, même en cas de mariage sans *conventio in manum*.

-b) L'épouse participe au rang social du mari (*honor matrimonii*)¹⁸⁸, ce qui distingue l'épouse de la concubine¹⁸⁹.

-c) Il existe une certaine autorité maritale régie par les mœurs (et non par le droit) avec un certain droit de correction.

2) Les enfants

92. Les enfants nés d'un *iustum matrimonium* (mariage valable en droit) entre deux citoyens romains ou entre un Romain et une pérégrine¹⁹⁰ ayant le *conubium* entre eux, sont légitimes, citoyens romains et soumis à la *patria potestas* (puissance paternelle) de leur père (ou de son ascendant si le père est *alieni iuris*).

Il faut néanmoins que l'enfant soit conçu pendant le mariage. Il en est ainsi quand il naît au plus tôt le septième mois après le début du mariage et au plus tard le dixième mois après sa dissolution. La présomption ainsi délimitée est traduite par l'adage: "*Pater is est, quem nuptiae demonstrant*" (Le mari de la mère est présumé être le père). On admet cependant que la preuve contraire soit faite.

A bis) Appendice - Le mariage des pérégrins

93. Le mariage des pérégrins est régi par leur droit national et les enfants qui en naissent sont légitimes en fonction des critères de la loi nationale compétente. Ces situations sont reconnues par le droit romain. Pour les mariages mixtes, il faut distinguer différentes hypothèses :

- S'il y a une union entre un Romain et une pérégrine n'ayant pas le *conubium*, il n'y a pas de *iustum matrimonium* en droit romain et l'enfant qui naîtrait de cette union serait rattaché à sa mère, et donc pérégrin.

- Si, à l'inverse, c'est une femme romaine qui s'unit à un pérégrin sans *conubium*, il n'y a pas de *iustum matrimonium* non plus, et l'enfant est Romain, car il est également rattaché à sa mère.

B) Effets quant aux biens

1) Régime matrimonial

94. a) En cas de *conventio in manum*, tous les biens appartiennent au mari, y compris ceux de l'épouse auparavant *sui iuris*.

b) En cas d'absence de *conventio in manum*, il y a un régime de stricte séparation des biens, le mariage ne change théoriquement rien et le mari n'a aucun droit sur les biens de la femme. En pratique, la femme en confie souvent l'administration à son mari.

c) Dans les deux cas, il y a interdiction de faire des donations entre époux¹⁹¹. Les Romains eux-mêmes ont oublié l'origine de cette interdiction¹⁹². Ulpian¹⁹³ l'attribue aux *mores* (usages, tradition), mais il lui trouve une nouvelle justification dans la nécessité de maintenir la liberté de divorcer à chacun des conjoints, liberté qui pourrait être entravée par la menace de retrait d'une donation¹⁹⁴. La donation et la *tradio* étant nuls, le donateur reste propriétaire de la chose et peut la revendiquer¹⁹⁵. On permet cependant les donations d'usage, les donations faites à l'occasion de la

¹⁸⁸ Ulp., D. 1, 9, 8.

¹⁸⁹ V. cependant la remarque du n° 111.

¹⁹⁰ Et non le contraire.

¹⁹¹ V.n° 67 b)-2).

¹⁹² V. par exemple: G. Archi, *La donazione*, Milano 1960, p.195 ss.

¹⁹³ D. 24, 1, 1.

¹⁹⁴ D. 24, 1, 3, pr.

¹⁹⁵ Ulp., D. 24, 1, 5, 18 et Paul., D. 24, 1, 36 pr.

mort, du divorce ou de la dissolution du mariage ; et depuis Caracalla, les donations entre époux non révoquées par le donateur sont opposables à l'héritier¹⁹⁶.

2) La dot

a) Fonctions

95. Comme nous l'avons déjà vu, la dot permet au mari de subvenir aux *onera matrimonii*²⁰³ et elle permet à la femme de subvenir à ses besoins en cas de dissolution du mariage²⁰⁴.

La dot permet aussi de distinguer le mariage du concubinat et de réguler les bonnes mœurs²⁰⁵. Sur le plan social, la dot peut servir de moyen de pression sur le conjoint : sur le mari si une grosse dot a été constituée ; sur la femme si, au contraire, la dot constituée est faible²⁰⁶.

b) Objet

96. Peut constituer une dot, n'importe quel bien ayant une valeur patrimoniale : biens corporels, créances, universalité de biens (tout le patrimoine de la femme).

c) Statut juridique

97. La dot devient propriété du mari qui peut en disposer, mais qui a la charge d'en restituer l'équivalent (pour autant qu'il doive restituer²⁰⁷). S'il vend l'objet de la dot pour racheter autre chose, il y a subrogation réelle. S'il administre mal ou endommage l'objet de la dot, il est responsable en fonction de la *lex Aquilia*.

La *lex Iulia de fundi dotali* (18 ap. J.-C.) vient cependant interdire au mari d'aliéner les fonds dotaux italiques sans l'accord de sa femme, interdiction qui sera peu à peu étendue aux fonds provinciaux²⁰⁸. Comme on le voit, la dot a un statut hybride.

d) Constituant

98. La dot est constituée par le *paterfamilias* (*dos profecticia*), la femme elle-même ou un tiers (*dos adventicia*). Il n'y a pas d'obligation formelle de doter, mais une forte pression sociale en ce sens.

e) Restitution

En principe, la dot devait être restituée à la femme à la dissolution du mariage, mais il faut distinguer selon les causes de dissolution:

1. Divorce

a. Si le divorce est causé par la femme

99. a) Initialement, elle devait perdre tout droit à la dot. Horace (**texte 58** - Horat., sat., 1, 119 ss.) nous décrit les inconvénients d'avoir pour maîtresse une femme mariée. Cette satire date d'avant les

¹⁹⁶ Ulp., D. 24, 1, 32, 2 ss.

¹⁹⁷ V.n° 67 b)-2).

¹⁹⁸ V. par exemple: G. Archi, *La donazione*, Milano 1960, p.195 ss.

¹⁹⁹ D. 24, 1, 1.

²⁰⁰ D. 24, 1, 3, pr.

²⁰¹ Ulp., D. 24, 1, 5, 18 et Paul., D. 24, 1, 36 pr.

²⁰² Ulp., D. 24, 1, 32, 2 ss.

²⁰³ V. supra n° 59.

²⁰⁴ V. supra n° 51 ss.

²⁰⁵ V. infra n° 99 et 100.

²⁰⁶ A ce propos, v. par exemple: Plaute, *Aulularia*, 478 ss.

²⁰⁷ V. supra n° 51 ss.

²⁰⁸ Dans les Institutes de Gaius (2, 63), c'est encore controversé.

lois d'Auguste et "*ne nummi pereant*" est traduit, depuis Bechmann, par : "pour que la dot ne soit pas perdue".

b) Dès la fin de la République, le mari peut retenir un sixième de la dot par enfant issu du mariage, avec un maximum de trois sixièmes (*retentio propter liberos*). Il peut également retenir un sixième de la dot s'il y a adultère (*mores graviores*) ou un huitième si la faute est moins grave (*mores leviores*). On parle alors de *retentio propter mores* (Texte 60 - UE, 6, 12).

b. Si le divorce est causé par le mari

100. Il n'y a alors, en principe, aucun droit de rétention *propter liberos* (Texte 59 - Cic., Top., 4, 19), même si c'est la femme qui le répudie. Cela implique que le mari doit rendre la dot. Il a cependant, pour les choses fongibles, le droit de fractionner la restitution en trois ans (*annua bima trima die*), sauf en cas de faute de sa part. En cas de *mores graviores*, la restitution doit être effectuée immédiatement²⁰⁹, et en cas de *mores leviores*, le mari devra restituer la dot dans un délai de six mois²¹⁰ (Texte 60 - UE, 6, 12).

c. Si le divorce est causé par les deux conjoints

101. Dans ce cas les fautes se compensent et aucun des deux conjoints ne pourra invoquer la loi en sa faveur²¹¹. La dot sera donc restituée en entier, mais en trois ans.

d. Si le divorce est décidé de commun accord²¹²

102. Il y a alors également, en principe, une restitution intégrale de la dot en trois ans, sauf aux époux de se mettre d'accord sur une *retentio propter liberos*²¹⁴.

2. Décès

103. En cas de décès du mari, la femme peut depuis toujours réclamer sa dot aux héritiers²¹⁵.

En cas de décès de la femme, si le constituant de la *dos profecticia* est toujours en vie, celle-ci lui revient, déduction faite d'un cinquième par enfant issu du mariage (sans qu'il n'y ait de limitation pour cette déduction)²¹⁶.

Chapitre V - Le divorce

Remarque : Le principe du divorce ainsi que ses effets (essentiellement la restitution de la dot) ont déjà été vus. Il nous reste donc à examiner le droit au divorce et ses effets quant à la garde des enfants.

I. Le droit au divorce

A) Droit égal au divorce

104. Celui-ci découle clairement de la conception même du mariage, lequel implique un consentement continu des deux conjoints. Il y a donc un droit égal aux deux époux à divorcer. Cela

²⁰⁹ Si l'on prend en compte l'intérêt normal pour les Romains qu'était le *fenus unciarum* (un douzième par an), cela équivaut, pour le mari, à une perte relative (en jouissance du capital) d'un sixième de la valeur de la dot, exactement comme c'était le cas pour la femme (supra n° 99).

²¹⁰ Ce qui équivaut à un appauvrissement d'un huitième de la valeur de la dot pour le mari, et correspond également à la sanction prévue pour la femme dans les mêmes conditions (supra n° 99).

²¹¹ Pap., D. 24, 3, 39.

²¹² On parle alors de *divortium bona gratia*.

²¹³ On parle alors de *divortium bona gratia*.

²¹⁴ V. K. Czycharz, *Das römische Dotalrecht*, Gießen 1870, p. 341.

²¹⁵ V. par exemple: Texte 17 - Cic., pro Caec., 4, 15.

²¹⁶ V. Ulp. Epit., 6, 4 ; Pomp., D. 23, 4, 7 in fine et 24, 3, 10, pr.

semble être un fait acquis assez banal à l'époque de Cicéron (**Texte 61** - Cic., ad fam., 8, 7) en tous cas²¹⁷, l'épouse ne devant même plus invoquer de cause pour pouvoir divorcer.

B) Droit inaliénable au divorce

105. Pendant la période classique, juristes et constitutions impériales²¹⁸ se sont efforcés d'assurer le libre exercice du pouvoir de divorcer, notamment en refusant toute efficacité aux pactes destinés à empêcher le divorce ou à le rendre plus malaisé (**Texte 42** - Paul., D. 45, 1, 134, pr.).

C) Droit au divorce propre aux conjoints

106. Les époux disposent seuls du droit de divorcer, et Antonin le Pieux interdit au père de faire pression en ce sens sur ses enfants (**Texte 62** - Paul. sent., 5, 6, 15). La *patria potestas* du père des époux ne lui permet donc plus de les séparer, et le beau-fils dispose même d'un *interdictum de uxore exhibenda et ducenda* (interdit en vue de conduire ou d'exhiber la femme mariée) pour aller rechercher son épouse.

II. Effets du divorce sur la garde des enfants

107. En principe, la garde des enfants légitimes revient au père, qui dispose à ce propos des interdits *de liberis exhibendis* (interdit en vue d'exhiber les enfants) et *de liberis ducendis* (interdit en vue de conduire les enfants), mais la situation a évolué par la suite.

Au début du III^{ème} siècle après J.-C., un décret et un rescrit ont décidé que pendant l'instance, il pouvait être équitable que l'enfant reste chez sa mère (**Texte 63** - Ulp., D. 43, 30, 3, 5). D'autres décrets admettent également qu'un magistrat décide, *cognita causa* (en connaissance de cause), que les enfants d'un père indigne, même si ce dernier a clairement démontré sa *patria potestas*, puissent être laissés à la garde de leur mère (**Texte 64** - Ulp., D., 43, 30, 3, 5). Les empereurs ont donc permis, pour autant qu'il y ait de justes motifs, que la garde soit donnée à la mère, même si la *potestas* "juridique" restait au père. Une constitution impériale des *divi fratres* (M. Aurèle et L. Verus) porte que c'est le juge qui décide de la garde de l'enfant légitime né après le divorce²¹⁹ et des aliments éventuels à verser par le père (**Texte 65** - C. 5, 25, 3). L'évolution est notable, car il n'est même plus question de "justes motifs" pour priver le père de la garde de ses enfants. Cette nouvelle tendance favorable à la mère est confirmée par un rescrit de Dioclétien et Maximien (**Texte 66** - C. 5, 24, 1) : A la question de savoir s'il fallait appliquer l'usage selon lequel la garde des garçons serait accordée au père, et celle des filles à la mère, il est répondu que cet usage n'est pas romain, mais qu'il appartient au juge de décider souverainement et sans critère particulier de l'attribution de la garde des enfants au père ou à la mère.

Remarques finales : - L'attribution de la garde des enfants à la mère, n'a pas d'incidence sur la *patria potestas* qui reste toujours au père.
- La garde des enfants n'est pas liée à la faute des parents.

Chapitre VI - Le concubinat

I. Origine

108. La cause du concubinat est à chercher dans les lois d'Auguste portant les interdictions de mariage entre certaines personnes, et l'absence de *stuprum* entre ces mêmes personnes.

²¹⁷ En cas de *conventio in manum*, la femme ayant relativement peu de pouvoirs, il a probablement fallu attendre l'Empire pour la voir contraindre son mari à faire une *remancipatio* pour sortir de la *manus* de son mari ; V. M. Kaser, op. cit., I, p. 327, note 30.

²¹⁸ Les lois d'Auguste sur le mariage ne diminuent pas le droit au divorce, même si par leur répression de l'adultère et la *retentio propter mores*, elles tentent en quelque sorte d'atteindre les causes du divorce.

²¹⁹ Donc moins de 10 mois après le divorce; v. supra n° 92.

On a permis ainsi, par exemple, aux sénateurs et à leurs descendants de vivre avec des affranchies, de même qu'aux autres citoyens romains avec une femme adultère²²⁰, sans risque de commettre de *stuprum*²²¹.

Par la suite, le concubinat s'est étendu aux provinces et aux cas d'interdiction de mariage de droit commun comme, par exemple, les unions entre Romains et pérégrines sans *conubium*, entre patronnes et affranchis²²². Il a également été utilisé par des couples à qui le mariage n'était pas interdit, mais qui ne souhaitaient pas se marier²²³.

II. Définition

109. On en arrive ainsi à une notion double de concubinat: c'est une union de vie et de relation sexuelle entre deux personnes de sexe opposé:
-pour qui le mariage n'est pas possible, car ils n'ont pas le *conubium* selon le droit commun ou les lois d'Auguste ;
-qui n'ont pas l'*affectio maritalis* (volonté continue de vivre durablement comme mari et femme dans un *iustum matrimonium*), mais une *affectio* de rang inférieur.

III. Conditions

110. Il y a deux conditions liées à la nature des choses:
- La femme doit avoir au moins douze ans, et cela paraît évident, l'homme doit être pubère.
- L'interdiction de l'inceste est la même que pour le *iustum matrimonium* et le *contubernium*²²⁴.

IV. Effets

A) Statut juridique

1) Pour les concubins entre eux :

111. Le concubinat n'entraîne aucun des effets du mariage, donc :
-il n'y a pas de dot ;
-les concubins peuvent se léguer entre eux tout ce qu'ils peuvent léguer à un tiers *extraneus* (étranger) ; de même voit-on des legs à la concubine des choses qui ont été achetées pour elle (*parata*²²⁵) ;
-il n'y a pas de divorce entre concubins, qui se quittent comme ils l'entendent ; il n'y a pas non plus d'adultère possible ;
-les donations entre concubins sont en principe valables et irrévocables²²⁶ ;
-les autres conventions entre concubins ne semblent rencontrer aucune objection de principe à leur validité (Texte 67 - Scaev., D. 44, 7, 61, 1).

Bref, le concubinat se trouve exactement à mi-chemin entre le mariage et l'honneur qui l'entoure, et le déshonneur dont Auguste a entaché le *stuprum* et l'*adulterium*.

Remarque: le concubinat entre le patron et sa *liberta* (affranchie):

Le statut de l'affranchie, concubine de son patron, est différent : elle est pleinement sa compagne et participe à son statut²²⁷. Par contre, en tant qu'affranchie, elle a des liens juridiques avec son patron, et

²²⁰ Il n'y a pas entre ces personnes de mariage possible d'après les lois d'Auguste sur le mariage.

²²¹ V. supra n° 87.

²²² Pour la patronne et son affranchi, le mariage a été interdit par Septime Sévère: C. 5, 4, 3.

²²³ Dans ces cas, la possibilité d'une condamnation pour stuppe est évitée par le caractère durable de la relation, le stuppe étant par définition une relation passagère; supra n° 86.

Une des raisons que l'on peut avoir de ne pas vouloir se marier, alors que ce n'est pas interdit, est de ne pas vouloir créer de conflit entre les enfants du premier lit, et le concubin.

²²⁴ Mariage d'esclaves ; v. supra n° 71.

²²⁵ Comparez supra n° 55.

²²⁶ V. par exemple: D. 39, 5, 5.

²²⁷ On l'appelle *coniunx* (conjointe) et non pas *amica*, *focaria* ou *hospita* (appellations habituelles de la concubine).

c'est ainsi qu'elle ne peut pas le quitter pour se marier ou commencer un concubinat sans son accord²²⁸.

2) Pour les enfants des concubins

112. Les enfants n'ont de liens juridiques qu'avec leur mère, dont ils sont les cognats, au même titre que les enfants légitimes que leur mère aurait pu avoir par ailleurs. Mais comme ils n'ont pas de parenté agnatique, ils sont des *sui iuris* lorsque la mère est romaine. Ils procurent en outre à leur mère le bénéfice du *ius liberorum* pour la libérer des contraintes du mariage.

B) Statut social

113. Le concubinat s'est répandu à Rome à l'époque impériale païenne dans toutes les couches de la société, depuis la prostituée de bas étage jusqu'à l'empereur (Vespasien, Antonin le Pieux et Marc-Aurèle ont eu des concubines après le décès de leur épouses). Le concubinat est une relation reconnue, dont on peut faire état sans honte, ainsi qu'en témoignent de nombreuses inscriptions. Socialement, les concubins se considèrent et s'appellent époux, leurs enfants sont dénommés *filius* et *filia* et des inscriptions funéraires nous montrent des concubines (et leurs enfants) enterrées avec l'épouse légitime (et ses enfants). Bref, il ne semble pas y avoir d'opprobre social.



²²⁸ V. A. Wacke, "*Manumissio matrimonii causa : le mariage d'affranchies d'après les lois d'Auguste*", R.H.D. (67) 1989, p. 423 ss.

Troisième partie - droit postclassique

Préliminaire - La naissance

114. Le *ius vitae necisque* (droit de vie et de mort) déjà tombé en désuétude devient, sous Constantin, un meurtre condamné de la même manière que le parricide²²⁹. Par contre, le *ius exponendi* (droit d'exposition) n'est pas encore interdit par Constantin²³⁰, et a même connu une recrudescence dans l'est de l'empire au quatrième siècle après J.-C., à cause de la détresse économique.

Chapitre premier - L'autorité

I. Tableau général

115. La période postclassique est marquée par un bouleversement des statuts personnels sous l'influence des coutumes hébraïques et surtout de la religion chrétienne. Les pères de l'Église semblent prôner une vision égalitaire de l'humanité. Ainsi, saint Paul (Épître aux Galates, 3, 28.) nous explique-t-il qu'"Il n'y a plus ni Juif, ni Grec ; il n'y a plus ni esclave, ni homme libre ; *il n'y a plus ni homme ni femme* ; car tous, vous n'êtes qu'un en Jésus Christ". Saint Jérôme (Texte 68 - ep. ad. Oceanum) confirme que l'égalité doit régner entre les époux dans le mariage. Un autre extrait de saint Paul vient cependant semer le doute: (Premier épître de Paul aux Corinthiens, 11, 3) "(...) le chef de tout homme, c'est le Christ ; *le chef de la femme, c'est l'homme* ; le chef du Christ, c'est Dieu".

II. Qui exerce l'autorité et dans quelle mesure ?

A) Le paterfamilias

116. La régression de la *patria potestas* s'accroît encore au cours de la période postclassique. La *patria potestas* unitaire est remplacée par une série de relations juridiques dans lesquelles les enfants sont plus que des simples objets des droits paternels. Ils sont également sujets de droits opposables à celui-ci. Ainsi voit-on que désormais:

1) Le *paterfamilias* a l'obligation d'entretenir ses enfants²³¹.

Et que pour la fille en particulier:

2) La pression sociale qui poussait le père à constituer une dot pour le mariage de sa fille devient une obligation juridique²³².

117. Il est également important de relever que le *paterfamilias* n'est plus tout à fait le seul à pouvoir exercer les attributs de la *patria potestas*. En effet, la mère va désormais également jouer un rôle dans certaines circonstances:

²²⁹ V. CT. 9, 15, 1 (a. 318) = C. 9, 17, 1: "...neque gladio, neque ignibus, neque ulli alii solenni poenae subijugetur, sed insutus culleo, cum cane, et gallo gallinaceo, et vipera, et simia, et inter eas ferales augustias comprehensus, serpentium contuberniis misceatur : et ut regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare, vel in anem projiciatur : ut omni elementorum usu vivus carere incipat, et ei caelum superstiti, terra mortuo auferatur..." - un pareil criminel (parricide ou infanticide) ne doit point recevoir la mort par le glaive ou le feu, ou subir une autre peine habituelle; mais qu'il soit cousu dans un sac de peau, avec un chien, un coq, une vipère et un singe, renfermé avec ces bêtes féroces et associé avec des serpents; et, selon la position du lieu, qu'il soit jeté ainsi ou dans la mer ou dans le fleuve voisin, afin que, quoique vivant, il manque de tous les éléments, qu'il ne jouisse point du ciel pendant le reste de sa vie, et que la terre lui soit refusée après sa mort.

²³⁰ Ce sera chose faite en 374 : C. 8, 51(52), 2.

²³¹ V. M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, München 1975, Tome II, p. 206.

²³² V. C. 5, 11, 7, 2 (a. 531); Nov. 97, 5, (a. 539).

1) En cas de mariage d'une fille de moins de 25 ans (même si elle est émancipée) dont le père est mort, si la famille n'est pas d'un seul avis pour lui accorder son consentement au mariage, c'est la voix de la mère qui est déterminante²³³.

2) Si la loi le dit expressément, ou s'il y a un grand et juste motif, la mère peut avoir l'obligation de constituer une dot pour sa fille²³⁴.

B) Le tutor

118. La *tutela mulieris* (tutelle de la femme) disparaît définitivement sous Constantin²³⁵, voire même déjà sous Dioclétien²³⁶. Le *ius liberorum*, s'il ne va disparaître formellement que sous Justinien, perd donc une grande partie de son utilité, vu qu'il n'a même plus pour objet de libérer la femme de la tutelle.

Chapitre II - Le patrimoine

I. Sources du patrimoine

A) Le testament

119. Comme nous l'avons dit supra (nos 48 et 49), les limitations de la *Lex Voconia* ont déjà été contournées en droit classique, la femme hérite donc sans limites par voie testamentaire.

B) La succession

120. En droit classique, les femmes étaient exclues de la succession ab intestat en ligne collatérale, à l'exception des consanguines. Ces limitations vont cependant tomber en désuétude²³⁷. Justinien déclarera expressément l'égalité des hommes et des femmes à la succession ab intestat²³⁸.

En droit postclassique, il reste plus facile d'exhérer une fille qu'un garçon, qu'il faut désigner nommément à cette fin²³⁹. Justinien changera cette règle de manière à ce que les filles également, ne puissent être exhérées que de manière expresse²⁴⁰.

Rappelons que l'épouse survivante, mariée sans dot et ne bénéficiant pas de libéralités entre époux, est gratifiée par Justinien d'un droit de succession ab intestat portant sur le quart des biens du décédé (quarte de la veuve indigente). Si toutefois elle concourt à la succession avec ses propres enfants, son avantage est réduit à l'usufruit du quart, la nue-propriété revenant aux enfants²⁴¹.

C) La dot

121. En droit postclassique, la tendance à prendre des mesures visant au maintien de la substance de la dot est renforcée. Pour Justinien, la fonction principale de la dot est de préserver des moyens de subsistance à la femme après la dissolution de son mariage. A cette fin, il va:

1) renforcer l'obligation²⁴² du père, même s'il n'a pas sur elle la *patria potestas*, de constituer une dot pour sa fille ;

²³³ V. C.Th. 3, 7, 1, 1 = C. 5, 4, 18, 1; C. 5, 4, 20, pr./1.

²³⁴ V. Diocl., C. 5, 12, 14 (a contrario).

²³⁵ CTh 2, 17, 1; 1 (a. 324) = C. 2, 44(45), 2, 1.

²³⁶ V. M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, München 1975, Tome II, p. 222.

²³⁷ V. Interpret. Paul. Sent. 4, 8, 3.

²³⁸ V. C. 6, 58, 14, pr. à 5 (531).

²³⁹ V. Gai. Epit. 2, 3 pr./1

²⁴⁰ V. C. 6, 28, 4 (531) et I. 2, 13, 5.

²⁴¹ Nov. 53, 6 (537); comp. (infra n° 137 C) avec le quart dû en cas de divorce par le mari fautif à l'épouse sans dot; Kaser, op. cit., T. II, p. 177.

²⁴² L'obligation morale est transformée en obligation juridique; C. 5, 11, 7, 2 (531); Nov. 97, 5 (539).

2) diminuer les droits du mari sur la dot, pour les réduire à une propriété formelle²⁴³ ressemblant presque à un usufruit ;

3) maintenir uniquement le droit du *paterfamilias* sur la *dos profecticia*, droit que celui-ci doit, comme auparavant, exercer *adiuncta filia persona*, c'est-à-dire avec le consentement de sa fille ;

4) accorder des sûretés et des privilèges à la femme pour lui éviter la perte de la dot et ainsi la pauvreté.

II. Gestion du patrimoine de la femme

122. La gestion du patrimoine de la femme, une fois que celle-ci n'est plus soumise à la *cura minoris*²⁴⁴ (curatelle des mineurs) est complètement²⁴⁵ libre, vu que la *tutela mulieris* a été supprimée²⁴⁶.

Pour la même raison, les femmes peuvent disposer librement de leur patrimoine par testament.

Chapitre III - Les fiançailles

Préliminaire - La doctrine des Pères de l'Église

123. Pour les Pères de l'Église, la *desponsatio* (fiançailles) est l'acte par lequel commence le mariage²⁴⁷, *commixtione perfectitur*²⁴⁸ (les relations sexuelles le rendent parfait). Dès lors, les parents ne peuvent dissoudre les fiançailles de leurs enfants.

I. Forme

124. Il s'agit d'un contrat solennel, par lequel le fiancé remet des biens ou de l'argent (qui tend à devenir une somme importante) à la famille de la fiancée, les *arrahae sponsaliciae* (arrhes des fiançailles). Ces arrhes, contrairement à celles de la vente (qui sont d'origine grecque) seraient d'origine hébraïque²⁴⁹. Elles auraient été introduites dans la pratique romaine par l'Église chrétienne. Au quatrième siècle de notre ère, elles feront leur apparition dans des constitutions impériales²⁵⁰.

De plus, les fiançailles sont célébrées "*osculo interveniente*"²⁵¹ (par le baiser), rituel qui constitue, selon saint Ambroise, le *pignus nuptiarum* (gage des noces futures).

II. Effets

A) Généralités

125. A partir du quatrième siècle, les fiançailles subissent une transformation radicale sous l'effet de l'influence chrétienne. Le lien créé devient en effet obligatoire, faisant naître (en droit positif) à la fois une obligation de constituer un mariage, mais aussi un rapport personnel entre les fiancés, ressemblant par nombre de ses effets au mariage:

²⁴³ V. C. 5, 12, 30, pr.

²⁴⁴ C'est-à-dire quand elle a atteint l'âge de 25 ans accomplis.

²⁴⁵ Notons que l'exception du sénatus-consulte Velléien (supra n° 61, **Texte 41**) est maintenue en droit postclassique, même s'il y a parfois quelques nuances à ce sujet: v. M. Kaser, op. cit., T. II, p. 461 s.

²⁴⁶ Voir n° 34 ss.

²⁴⁷ St Ambroise, *de institutione virginis* 6,41.

²⁴⁸ V. B. Biondi, *Diritto romano cristiano*, Milano, 1954, Tome III, p. 121.

²⁴⁹ Contra: L. Anné, *Les rites de fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le Bas-Empire*, Louvain 1941, p. 103 ss.

²⁵⁰ V. C.Th. 3, 5, 11 (380).

²⁵¹ L'origine chrétienne ou non de ce rituel est controversée; pro: E. Volterra, *Studio sull' "arraha sponsalicia"*, in Riv. ital. per le scienze giur. 2 (1927), p. 652; contra: L. Anné, *Les rites de fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le Bas-Empire*, Louvain 1941, p. 74 ss.

1) La relation sexuelle de la fiancée avec autrui est considérée comme un adultère. En droit classique, le fiancé aurait seulement pu accuser sa fiancée de *stuprum*. Sous Justinien, le *sponsus* (fiancé) a le privilège de pouvoir lui aussi (comme un mari ou un père) exercer l'*accusatio adulterii*²⁵².

2) Le meurtre d'un des membres de la future belle-famille est considéré comme un parricide²⁵³.

3) Les fiançailles constituent un empêchement à mariage avec les descendants ou les ascendants de l'ex-fiancé²⁵⁴.

4) Certains empêchements à mariage sont étendus aux fiançailles. Ainsi l'interdiction pour le fils du tuteur de se fiancer avec la pupille de son père ; de même l'interdiction de fiançailles entre sénateurs et filles d'affranchis ou comédiennes.

Le lien ainsi créé est obligatoire pendant deux ans, au bout desquels il n'y a pas de fraude, si, le mariage n'étant pas constitué, un des fiancés épouse une tierce personne (**Texte 69** - C.Th., 3, 5, 4 (332) = C. 5, 1, 2.).

On peut dire que désormais, conformément à la doctrine des Pères de l'Église, les fiançailles commencent un mariage qui est parfait par sa consommation. Cette vision est d'ailleurs parallèle à celle du **Texte 70** (Nov. 74, 5 (538)), selon lequel une femme à qui le concubin a promis solennellement de l'épouser, doit être considérée, après un certain temps, comme son épouse légitime. Leurs enfants sont dès lors également considérés comme légitimes.

B) Effets de la rupture unilatérale²⁵⁵ des fiançailles

1) Sur les donations pour cause de mariage et sur les *arrahae sponsaliciae*

126. En cas de rupture unilatérale par le fiancé, la fiancée a le droit de conserver les arrhes, tout comme les choses obtenues par donation²⁵⁷ ; elle peut de même réclamer les donations promises et non encore effectuées²⁵⁸. Si c'est la fiancée qui rompt, elle doit restituer les donations, et le quadruple des arrhes²⁵⁹. En 472, l'obligation de restitution des arrhes par la femme est réduite au double de ceux-ci²⁶⁰.

En cas de décès d'un des fiancés, les arrhes sont restituées, sauf si le mariage n'a pu être célébré par la faute de celui qui est décédé²⁶¹. La moitié des donations doit également être restituée²⁶².

2) Sur la personne du père de la fiancée

128. Lorsque le père, mais également le tuteur, le curateur ou un proche quelconque de la fiancée donne celle-ci en mariage à un autre que le fiancé endéans les deux ans qui suivent la promesse de

²⁵² V. E. Volterra, *Istituzioni di diritto romano privato*, Roma 1972, p. 667 s., note 6.

²⁵³ V. Marcian., D. 48, 9, 3 (interpolé).

²⁵⁴ V. E. Volterra, *Istituzioni di diritto romano privato*, Roma 1972, p. 668.

²⁵⁵ Il semble qu'il n'y ait aucune réglementation prévue en cas de rupture par consentement mutuel; V. L. Anné, *Les rites de fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le Bas-Empire*, Louvain 1941, p. 298 et s.

²⁵⁶ Il semble qu'il n'y ait aucune réglementation prévue en cas de rupture par consentement mutuel; V. L. Anné, *Les rites de fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le Bas-Empire*, Louvain 1941, p. 298 et s.

²⁵⁷ Il s'agit d'une *donatio ante nuptias*, c'est-à-dire, effectuée avant les noces, vu qu'il est interdit aux époux de se faire des donations. Justinien permettra cependant que les époux, déjà mariés, se fassent des donations en raison du mariage: on parlera alors de *donatio propter nuptias*. V. infra n° 131.

²⁵⁸ V. C.Th., 3, 5, 2 et C. 5, 3, 15 (319).

²⁵⁹ V. C.Th., 3, 5, 11 (380); C. Th., 3, 10, 1 (409).

²⁶⁰ V. C. 5, 1, 5.

²⁶¹ V. C. 5, 1, 3.

²⁶² V. C.Th., 3, 5, 6 et C. 5, 3, 16 (336).

mariage, il s'expose à une *relegatio in insulam* (relégation sur une île)(Texte 69 - C.Th., 3, 5, 4 (332)= C. 5, 1, 2.).

3) Exception

129. En droit de Justinien, la présence de *iustae causae* (justes causes) permet la rupture unilatérale et non coupable des fiançailles. Dans ce cas, la fiancée restituée les arrhes dans la mesure où elle les a touchées, l'homme ayant le droit d'en réclamer la restitution. Sont considérées comme justes causes²⁶³: l'impuissance absolue, la vie immorale et scandaleuse, le changement de religion, l'entrée dans la vie monacale ou sacerdotale.

Chapitre IV - Le mariage

Préliminaire - La doctrine des Pères de l'Église

130. Le droit hébreu²⁶⁴ connaissait la répudiation de la femme par le mari. Interrogé sur cette faculté par les pharisiens, le Christ répond²⁶⁵: "C'est à cause de la dureté de votre cœur que Moïse vous a permis de répudier vos femmes ; mais au commencement il n'en était pas ainsi. Je vous le dis: si quelqu'un répudie sa femme — sauf en cas d'union illégale — et en épouse une autre, il est adultère". Sans doute permet-il qu'en cas de fornication, le mari renvoie sa femme, mais cela n'implique pas que le mariage soit dissous ni qu'on puisse en conclure un second, car celui-ci constituerait un adultère.

La sévérité et la tendance vers l'ascétisme de la doctrine des Pères de l'Église était probablement à la mesure de la débauche qui régnait à ce moment-là dans l'empire romain. Ainsi, le **célibat** est exalté jusque dans les écrits apostoliques²⁶⁶. L'Église impose désormais le célibat à ses clercs²⁶⁷ ; et, ne pouvant l'imposer aux autres, elle réduira le **mariage** au strict nécessaire, en interdisant les relations sexuelles n'ayant pas un but de procréation²⁶⁸. De même interdira-t-elle le **remariage**. Sauf en cas de décès du premier époux. Mais même dans ce cas, le remariage reste déconseillé (Premier Épître de Paul aux Corinthiens 7, 40) et soumis à des pénitences (Concile de Néo-Césarée, canon 3 — a. 314).

Il y a trois fondements à cette défaveur pour le remariage (Texte 82 - Nov. 22, 40):

1. La consécration à Dieu par pieuse continence (Le remariage n'est au fond qu'une concession à l'*imbecillitas carnis* — la faiblesse de la chair).
2. Le souvenir du défunt (Jean Chrysostome²⁶⁹ trouve d'ailleurs le *tempus lugendi* — délai de viduité — qui est passé de dix à douze mois, toujours nettement trop court).
3. Le souci des enfants du premier lit (La marâtre, tigresse domestique, ne cesse ses attaques contre les enfants du premier lit, alors qu'elle profite des biens acquis par la première épouse — Jean Chrysostome, *De virg.* 37,1 = PG 48, 559).

Cette défaveur pour le mariage entraîne une **misogynie** envahissante dont faisait assurément preuve Tertullien²⁷⁰, lorsqu'il dit, qu'au jour où la femme aurait pris conscience de sa condition de femme, il n'en serait pas une d'entre elles qui "ne préférât vivre en haillons, n'ambitionnât plutôt la tenue de deuil, se présentant partout comme une Ève pleurante et repentante pour mieux expier et racheter par toute sa mise ce qu'elle tient d'Ève: la honte de la première faute et le reproche d'avoir perdu le genre humain". Cette misogynie fut également consacrée par le droit canon (Texte 71 - Can. 13-19, caus. XXXIII, qu. 5).

²⁶³ V. Justinien C. 1, 3, 42 (528); Léon et Anthémios C. 1, 4, 16 et C. 5, 1, 5 (469).

²⁶⁴ Deutéronome 24, 1 ss.

²⁶⁵ Matthieu 19, 8 et 9.

²⁶⁶ Premier Épître de Paul aux Corinthiens 7, 25 à 40.

²⁶⁷ V. canon 33 du concile d'Elvire (300-305).

²⁶⁸ Decr. Gr., II, caus. XXXIII, qu. 4, c. 7 §2.

²⁶⁹ V. HOM. in ILLUD. : De dormientibus = PG 48 p. 1019 à 1022

²⁷⁰ *De cultu feminarum*, I, 1, Trad. M. Tureau, Paris 1971, p. 43.

I. Généralités

131. Partant de la conception classique du mariage (**Texte 57** - Modest., D. 23, 2, 1), on l'interprète de manière nouvelle, en mettant l'accent sur les aspects religieux: "*divini et humani iuris communicatio*". Le droit canon va revendiquer le monopole de compétence en matière de mariage. Il l'obtiendra au Xème siècle.

De même, le principe *consensus facit nuptias* (c'est le consentement qui fait le mariage) est interprété de manière originale: il ne s'agit plus d'un consentement continu, mais il suffit d'un consentement initial, puisque le mariage est désormais indissoluble.

A côté des *arrhae sponsaliciae* se développe l'usage des donations *ante nuptias*²⁷¹. En droit préjustinien, cette donation doit être faite avant le mariage, vu l'interdiction générale de faire des donations entre époux. C'est pourquoi on parlait alors uniquement de *donatio ante nuptias*. Justinien va permettre qu'une telle donation soit faite également après le mariage et l'appellera *donatio propter nuptias*. Ces donations ont un statut spécial. Comme la dot, leur but est d'assurer la survie de la veuve.

II. Conditions

132. Depuis que la *Constitutio Antoniniana* (212 ap. J.C.) a attribué la citoyenneté romaine à tous les pérégrins ordinaires de l'empire, plutôt que d'exprimer encore la capacité de se marier de manière positive (le *conubium*), les Romains vont définir les conditions du mariage de manière négative, par des empêchements légaux. Alors que le mariage reste exclu pour les impubères²⁷², les malades mentaux, les castrats et les esclaves, il est également interdit :

A) Entre le **ravisser** et sa **captive** (**Texte 72** - C. Th. 9, 24). Contrairement au droit classique²⁷³, le consentement de la jeune fille ne permet plus au ravisseur d'échapper à la sanction en droit postclassique. Au contraire, dans ce cas, celle-ci sera punie à la même peine pour complicité. Elle est d'ailleurs présumée complice, si elle ne s'est pas débattue de toutes ses forces. Même si elle a fait tout ce qu'elle a pu, elle est néanmoins condamnée à la perte d'un tiers des droits de succession. Pour les parents de la fille, la dénonciation est obligatoire (sous peine de déportation), alors qu'elle est encouragée pour les esclaves (qui peuvent y gagner leur liberté). La peine que Constantin a voulu faire appliquer au ravisseur ne nous est pas parvenue, mais Constance, son fils, l'a réduite à la mort simple en 348, pour que la loi ne restât pas lettre morte !

Le crime de rapt sera encore étendu aux propositions de mariage faites à des femmes vouées à la chasteté en 354 et 362²⁷⁴. Justinien ajoutera à la peine de mort prévue dans ce dernier cas, la confiscation de tous les biens au profit des monastères, car Dieu lui-même a été offensé.

B) Entre **chrétienne** et **juif** (**Texte 73** - C. Th. 16, 8, 6) en 339 ap. J.C.. Il a été interdit entre **chrétien** et **juive** 49 ans plus tard²⁷⁵. Ce mariage était déjà déconseillé par l'Église au concile d'Elvire (canon XVI, 300-305). La justification juridique de cette interdiction se trouve dans l'impossibilité de créer une *communicatio divini iuris* (communauté de droit divin - **Texte 57** - Mod., D. 23, 2, 1). La peine encourue était la même que pour l'adultère, c'est-à-dire : la mort.

C) Entre **parents** : oncle et nièce (**Texte 74** - C. Th. 3, 12, 1), entre cousins germains, entre beau-frère et belle-sœur. La sanction était la peine de mort.

D) Entre **Romain** et **barbare** dans l'empire d'occident (**Texte 75** - C. Th. 3, 14, 1). Ici aussi, la sanction était la peine de mort.

E) Entre **parrain** et **filleule**²⁷⁶.

²⁷¹ V. supra n° 126.

²⁷² La puberté ayant été fixée par Justinien à l'âge de douze ans pour les filles et quatorze pour les garçons; v. supra n° 65.

²⁷³ V. supra n° 67 b)3).

²⁷⁴ V. C. Th. 9, 25, 1 et 2.

²⁷⁵ V. C. Th. 3, 7, 2 (388).

²⁷⁶ V. C. 5, 4, 26, 2 (530).

F) Pour les femmes qui ont fait **vœu de chasteté**, sous peine de mort en Orient²⁷⁷, et de confiscation d'un tiers des biens en Occident²⁷⁸.

G) Pour les **veuves** pendant le délai de viduité. La peine étant l'infamie²⁷⁹, et la perte de tout ce qu'elles avaient reçu de leur premier mari. Elles perdent également tout droit d'acquérir à cause de mort au-delà du troisième degré de parenté. Enfin, elles ne peuvent donner au second mari, qu'au maximum le tiers de leurs biens à titre de dot²⁸⁰.

H) Pour les **divorcé(e)s**, pendant le délais de viduité.

I) Pour les personnes **marié(e)s**. Il y a à ce niveau une évolution notable depuis le droit classique, où un deuxième mariage impliquait une rupture du consentement au premier qui prenait donc fin. Sous l'influence de l'Église, le mariage est devenu quasiment²⁸¹ indissoluble, et un premier mariage crée une incapacité d'en former un second. La peine liée à la bigamie nous est donnée incomplètement par le *Codex de Justinien* qui parle d'infamie²⁸², tout en ajoutant que le juge ne souffrira pas que tel crime reste impuni²⁸³.

III. Effets du mariage

A) Les lois d'Auguste sur le mariage

133. Les lois d'Auguste sur le mariage soit sont tombées en désuétude, soit ont été abrogées expressément. C'est ainsi que Constantin supprime en 320 les incapacités de recevoir à cause de mort qui frappaient les célibataires. On s'accorde à voir là une mesure inspirée par l'Église, dont les prêtres pourront désormais recevoir des legs pieux de la part des fidèles.

B) Devoir de fidélité

L'adultère est puni fort différemment selon qu'il est commis par l'homme ou par la femme.

1) L'épouse

134. Constantin²⁸⁴ condamne l'*adultera* (femme adultère) à la peine de mort, conformément à l'enseignement des Pères de l'Église, qui considère le délit aussi grave qu'un parricide. Ce n'est que sous Justinien, qu'un peu d'indulgence apparaît: battue et claustrée, elle peut espérer pendant deux ans que son mari la reprenne, sinon elle est rasée et doit rester au couvent le restant de ses jours²⁸⁵. Il s'agit là d'une nouvelle conception de la répression de l'adultère, qui s'efforce simultanément de sauvegarder le mariage.

2) L'époux

135. L'adultère de l'époux ne devient un motif légitime de répudiation qu'en 449 (**Texte 77 - C. 5, 17, 8, 2**), dans la mesure du moins, où cet adultère s'accompagne de certaines circonstances aggravantes. Ce n'est que sous Justinien, qu'une condamnation pour adultère entraînera la perte, pour l'*adulter*, de tout son patrimoine en faveur de l'épouse (dot) et de ses descendants ou du fisc²⁸⁶.

²⁷⁷ C. Th. 9, 25, 2 (364) = C. 1, 3, 5 ; Nov. 6, 6 (535).

²⁷⁸ Nov. Maior. 6, 2 et 3 (458)

²⁷⁹ C. 5, 9, 1, pr. = 6, 56, 4, pr. (380); C. Th. 3, 8, 1 (381) = C. 5, 9, 2.

²⁸⁰ V. C. 5, 9, 1, 1 ss.

²⁸¹ V. infra n° 136 ss.

²⁸² Comp. Iul., D. 3, 2, 1, prévoyant déjà l'infamie en droit classique.

²⁸³ V. C. 5, 5, 2.

²⁸⁴ V. C. 9, 9, 30 (326).

²⁸⁵ V. Nov. 134, 10.

²⁸⁶ V. Nov. 134, 10.

Chapitre V - Le divorce

136. L'irruption des idées chrétiennes dans la législation romaine sur le mariage, le rendant en principe indissoluble, se traduit en matière de divorce par une limitation stricte des causes permettant de divorcer.

I. Causes de divorce

A) La répudiation unilatérale

137. 1) Celles-ci sont réglementées dans une Constitution de l'empereur Constantin (**Texte 76** - C. Th. 3, 16, 1). Vu sa portée générale, ce texte est applicable aussi bien aux non-chrétiens qu'aux chrétiens. Ce texte n'est pas un exemple de clarté, mais il en ressort que seules trois circonstances (différant légèrement selon qu'il s'agit de l'époux ou de l'épouse) sont susceptibles d'être invoquée pour répudier impunément son conjoint. Cette constitution n'exclut pas l'efficacité d'une répudiation faite en-dehors des seuls motifs légitimes, mais l'assortit de sanctions : La déportation sur une île, pour la femme ; l'interdiction d'épouser une autre femme, pour l'homme, ce qui constituerait une espèce d'*iniuria* à sa première épouse.

2) En 449, Théodose II (**Texte 77** - C. 5, 17, 8) améliore et complète le régime du divorce, en augmentant le nombre de justes causes admissibles. L'inobservation de ces causes légitimes de rupture est sanctionnée par la perte de la dot et des donations *ante nuptias*, avec en plus, mais seulement pour la femme, l'interdiction de se remarier avant cinq ans.

000

3) Justinien (**Texte 78** - C. 5, 17, 10) introduit²⁸⁷ une nouvelle juste cause de répudiation: l'impuissance naturelle du mari. Dans ce cas, le mari restitue la dot à la femme, qui lui rend les donations *ante nuptias*.

La sanction des divorces injustifiés sous Justinien est désormais²⁸⁸. - Pour la femme, la perte de la dot et la réclusion à vie dans un couvent qui reçoit un tiers de ses biens. - Pour l'homme, la perte de la dot, et s'il n'y en avait pas, la perte d'un quart de son patrimoine.

B) Le divorce par consentement mutuel

138. Les divorces *communi consensu* (par consentement mutuel) tolérés jusque là, sont interdits par Justinien, qui leur applique les mêmes peines qu'aux divorces unilatéraux sans juste cause²⁸⁹. Cette interdiction ne connaît qu'une seule exception: le vœu de chasteté (**Texte 79** - Nov. 117, 10). Le système est complété en 556 (**Texte 80** - Nov. 134, 11). Justin II rétablira le divorce par consentement mutuel, renouant ainsi avec la tradition romaine. Mais il ne s'agit là que d'un ultime sursaut, car ni les commentateurs, ni les Basiliques n'en parleront plus, le dogme chrétien de l'indissolubilité l'ayant définitivement emporté.

II. Effets du divorce sur la garde des enfants

138. Après que Dioclétien s'en soit remis à l'appréciation du juge²⁹⁰, Justinien confirme que c'est en principe la mère qui doit éduquer les enfants²⁹¹. En matière de divorce en particulier (**Texte 83** - Nov. 117, 7), un principe nouveau est cependant introduit : La garde des enfants est confiée en principe au conjoint innocent, à titre de punition du coupable. Ce principe connaît deux exceptions:

A) Si la garde des enfants a été attribuée à la mère innocente, mais que celle-ci se remarie.

B) Si c'est le père qui est considéré comme innocent, mais que celui-ci est pauvre, alors que la mère est riche (les enfants étant également pauvres).

²⁸⁷ Comp. supra n° 129.

²⁸⁸ V. **Texte 70** - Nov. 74, 5.

²⁸⁹ V. M. Kaser, op. cit., T. II, p. 123, note 41; contra: Bonini, Bull. 75 (1972) 41 ss.

²⁹⁰ V. supra n° 107, **Texte 66** - C. 5, 24, 1.

²⁹¹ V. Nov. 22, 38.

II.bis Appendice - Effets de la dissolution du mariage par décès du père sur la garde des enfants

139. En droit classique, les femmes ne peuvent pas, en général, être tutrices. Un des aspects positifs de la législation postclassique sera d'admettre une exception en faveur de la mère²⁹² (et elle seule) à partir de 390, à la condition qu'elle ne se remarie pas (**Texte 81** - C. Th. 3, 17, 4).

Si toutefois elle se remarie quand même, la tutelle prend fin. De plus, les biens du second mari répondent alors de la gestion des biens des enfants par la mère, au titre d'une hypothèque légale (**Texte 82** - Nov. 22, 40). Enfin, Justinien appliquera à la mère-tutrice remariée les mêmes sanctions qu'à la veuve n'ayant pas respecté le délai de viduité d'un an avant de se remarier²⁹³.

Chapitre VI - Le concubinat

Préliminaire - La doctrine des Pères de l'Église

140. A priori, l'Église ne pouvait qu'être hostile à des unions sexuelles en dehors du mariage, qu'elle considère comme un péché. Logiquement donc, le concubinat est condamné par les constitutions apostoliques²⁹⁴ : La concubine doit être abandonnée si elle est esclave, ou épousée si elle est libre. Sinon on commet un adultère.

Dans un second temps, on va distinguer le concubinage, qui est temporaire ou coexiste avec un mariage (c'est donc un péché!), et le concubinat, qui est une union stable et qu'on va tendre à considérer comme indissoluble. Le concubinat, même s'il n'a pas la dignité du mariage, est néanmoins licite et a des effets juridiques, particulièrement en ce qui regarde les enfants, qui sont innocents.

Ces deux tendances vont se manifester dans la législation.

I. Répression du concubinat

141. En 326, Constantin prend une première constitution (**Texte 84** - C. 5, 26, 1) dont il ne nous reste que le principe directeur, sans que la sanction ne nous soit connue.

Dix ans plus tard, la répression s'accroît pour les personnes des classes dirigeantes (**Texte 85** - C. 5, 27, 1 = C. Th. 4, 6, 3) vivant en concubinat avec des femmes de basse condition, par l'adjonction de nouvelles sanctions:

A) Les enfants qui pourraient naître d'une telle union prohibée ne peuvent avoir **aucun lien** avec leur père. Si le père essaye d'adopter un de ces enfants ou d'obtenir sa légitimation par une décision impériale, il perd sa qualité de citoyen romain et est déclaré infâme.

B) Le père ne peut faire **aucune donation** à sa concubine ou à leurs enfants. S'il le fait, ses enfants légitimes ou ses parents jusqu'au deuxième degré, ou à défaut le fisc, ont le droit d'en réclamer la restitution. Si la concubine ne restitue pas tout ce qui lui a été donné par le concubin, elle est soumise à la torture.

II. Promotion du concubinat

142. Réalisant que ces mesures répressives ne parviendraient pas à extirper de la société un concubinat qui y était largement répandu, Constantin se résout déjà à une autre politique, consistant à inciter les concubins à se marier, notamment en accordant alors aux enfants déjà nés, la légitimité. Au début, la mesure est purement temporaire, mais les successeurs de Constantin vont la renouveler (**Texte 86** - C. 5, 27, 5).

Ainsi, peu à peu et au travers de revirements répressifs de certains empereurs, le concubinat reçoit un statut de mariage de second rang, soumis à des conditions et produisant des effets (**Texte 87** - C. 5, 27, 10).

²⁹² V. supra n° 118.

²⁹³ V. supra n° 132 (G).

²⁹⁴ V. Constitutions apostoliques: 8, 32, 4; 5; 12 et 13.

III. Conditions du concubinat

143. A) **Monogamie** : On ne peut être simultanément marié, ou avoir deux concubines ou concubins.

B) **Puberté.**

C) **Absence de lien de parenté** ou d'alliance aux degrés prohibés pour le mariage.

D) **Consuetudo** : Il faut la *consuetudo*, c'est-à-dire une certaine durée de la relation.

Remarque: Il n'y a pas d'interdictions liées à la différence de classes sociales. Ces interdictions ont d'ailleurs été abolies pour le mariage²⁹⁵.

IV. Effets du concubinat

A) Légitimation des enfants naturels

144. Les enfants naturels sont légitimés par le mariage subséquent. Lorsque le mariage subséquent n'est plus possible, par exemple par le décès ou la disparition de la mère, Justinien accordera au père la possibilité de demander la légitimation par la grâce de l'empereur²⁹⁶.

B) Droits de succession

145. Un droit de succession est accordé à la concubine et aux enfants naturels, pouvant aller, selon les parents en présence, jusqu'à la moitié des biens du concubin défunt.

C) Obligation de fidélité

146. Bien que l'on n'ait pas de source directe à ce sujet, ce *coniugium* (union) devait, selon certains, entraîner l'obligation de fidélité, avec les peines de l'*adulterium* pour la concubine infidèle²⁹⁷.

V. Évolution

147. Ces effets rapprocheront toujours davantage le concubinat du mariage, avec cette différence non juridique de la *dignitas* qui, seule, accompagne le mariage véritable.

Enfin, une étape non négligeable vers la suppression du concubinat nous semble être la Nov. 74, 5 (**Texte 70**). On interprète généralement ce texte comme prouvant le nouveau sens de "*consensus facit nuptias*": le consentement solennel donné sur la bible ou à l'église par le mari le lie définitivement. C'est pourtant perdre de vue "*iurantes habituros*", qui est l'annonce d'un consentement futur qui ne viendra jamais. C'est négliger aussi que l'empereur souligne que l'union est stable *tempore multo*, donc qu'il y a *consuetudo*, c'est-à-dire concubinat. Or ce concubinat, précédé d'un élément religieux va être considéré comme un vrai mariage. A la même époque, l'intervention de l'Église dans la conclusion du mariage commence à être exigée pour les personnages notables²⁹⁸ et à la fin de l'évolution, avec Léon le Philosophe²⁹⁹, la bénédiction nuptiale sera exigée pour le mariage, en même temps que le concubinat sera prohibé et considéré comme un crime menant notamment à l'excommunication.

Remarque: Dans l'Empire d'occident, le concubinat ne sera aboli qu'au XIème ou au XIIème siècle.

Conclusion pour la période postclassique

²⁹⁵ V. supra n° 133.

²⁹⁶ V. Nov. 74, 1 (538).

²⁹⁷ V. F. Schulz, *Classical roman law*, Oxford 1951, p. 140; B. Biondi, *Diritto romano cristiano*, T.III, p. 136.

²⁹⁸ V. Nov. 117, 4.

²⁹⁹ V. Nov. Leonis, 91.

148. Le statut de la femme s'est-il amélioré ? Certains l'affirment. La femme serait mise sur un pied d'égalité avec l'homme. C'est vrai dans de nombreux domaines, mais l'idée chrétienne: *caput mulieris vir*³⁰⁰ est vraie aussi. La femme est un être qui par nature a besoin de protection : on a plus de compassion pour elle, mais il est entendu qu'elle doit obéir à son mari.

³⁰⁰ Premier épître de Paul aux Corinthiens, 11, 3; supra n° 115.

PETITES BIOGRAPHIES

1. **CATO** - Marcus Porcius CATO, dit Censorius, CATON LE CENSEUR. Il vécut de 234 à 149 avant J.-C.. Il se distingue déjà en 216 comme soldat dans la guerre contre Hannibal. Questeur en 204, édile de la plèbe en 199, préteur en 198, consul en 195, censeur en 184. Homme politique très contesté (44 procès lui furent intentés, il les gagna tous!), intervenant sans relâche dans les assemblées ("*ceterum censeo Carthaginem esse delendam*" — et d'ailleurs je crois qu'il faut détruire Carthage!) où il défend l'antique "*virtus*" (vertu) romaine contre l'influence de l'hellénisme.
La plupart de ses œuvres sont perdues (7 livres d'"*origines*" sur la fondation de Rome jusqu'à son époque, des *praecepta ad filium*, *carmen de moribus*, *orationes*, etc.) Nous reste le traité *de agri cultura*, le plus ancien ouvrage en prose latin, qui nous renseigne sur plusieurs points de droit civil (conditions des fermages, origines de l'hypothèque, etc.).
2. **CICERO** - Marcus Tullius CICERO, dit CICÉRON. Il est né à Arpinum en 106 avant J.-C. et mort en 43 avant J.-C.. Avocat depuis 80, il fut questeur en Sicile en 76. Il devient consul en 63 et déjoue la conjuration de Catilina. Proscrit par le second triumvirat, il essaye de fuir, mais est assassiné sur l'ordre d'Antoine. Ces discours (*Verrines*, *pro Murena*, *pro Milone*, etc.) sont les plus beaux exemples d'éloquence latine. Il a également laissé des traités philosophiques et une correspondance du plus grand intérêt.
3. **DIONYSIUS** - DENYS D'HALICARNASSE. Rhéteur et historien grec, enseignant à Rome des années 30 à 8 avant J.-C.. Il a écrit une "**archéologie romaine**", publiée en 7 avant J.-C., décrivant l'histoire romaine depuis la fondation jusqu'à la première guerre punique.
4. **GELLIUS** - Aulus GELLIUS, dit AULU-GELLE. Il a vécu au deuxième siècle après J.-C.. Il est allé étudier à Athènes, séjour qui a occasionné les *Noctae Atticae* (nuits attiques), qui traitent de philosophie, de sciences juridiques et de théories religieuses, avec beaucoup de citations de spécialistes, de détails d'antiquités et de droit, présentés sous la forme de conversations anecdotiques.
5. **HORATIUS** - Quintus Horatius FLACCUS, dit HORACE. Il est né de mère libre et de père affranchi à Venusia en 65 avant J.-C. et mort en 8 avant J.-C.. Vers l'âge de vingt ans, il va étudier la philosophie et la littérature grecque à Athènes. Il est l'ami d'Auguste, mais aussi de Virgile et de Varius qui le présentent à Mécène, dont il devient le protégé (en 38 avant J.-C.). Depuis la Renaissance, ses écrits (*Odes*, *Epodes*, *Epîtres*, *Satires*) sont considérés comme appartenant aux plus grandes œuvres latines.
6. **LIVIUS** - Titus LIVIUS, dit TITE-LIVE. Né en 59 avant J.-C. et mort en 17 après J.-C. à Padoue. Il fait des études de rhétorique et de philosophie; s'abstient de toute activité publique. Son œuvre maîtresse, "*ad urbe condita libri*" repose donc sur une expérience purement livresque, ce qui lui fait commettre des erreurs dues à une méconnaissance de la vie militaire et politique. L'œuvre vaut néanmoins sur le plan historique et surtout littéraire. Il y a travaillé pendant 40 ans, en la publiant par extraits. Elle comprend l'histoire de Rome depuis les débuts jusqu'à l'an 9 avant J.-C.. Cette œuvre a connu un immense succès et a fait oublier les prédécesseurs de Tite-Live, dès sa parution. Elle a servi de modèle, à partir de la Renaissance italienne, pour notre vision du monde romain et de ses valeurs.
7. **PLINIUS** - Caius PLINIUS secundus, dit Plinius maior ou PLINE L'ANCIEN. Oncle de Pline le Jeune, officier, fonctionnaire et historien, il est né en 23 après J.-C.. Il meurt comme commandant d'un flottille dans le sauvetage des populations victimes de l'éruption du Vésuve, le 24 août 79.
Son ouvrage encyclopédique "*Naturalis Historiae Libri XXXVII*" traite de sujets variés: astronomie, météorologie, géographie (y compris les divisions administratives de l'Italie), anthropologie, psychologie, histoire, zoologie, botanique, agriculture et plantes médicinales, médecine (aphrodisiaques), minéralogie, etc.. Bref, le point des connaissances du monde antique.
8. **PLUTARCHOS** - Plutarchos de Chaironeia, dit PLUTARQUE. Né en 45 après J.-C., il fait ses études à Athènes (philosophie), visite la Grèce, l'Égypte et Rome. Quand il arrive à Rome, il est déjà connu comme écrivain renommé. Il y fréquente les milieux dirigeants. A cinquante ans, il est prêtre d'Apollon à Delphes. Enfin, il dirige une sorte d'académie privée jusqu'à la fin de sa vie, après 120.
Son œuvre la plus populaire est "**Vies parallèles**", où il compare, deux à deux, des héros romains et grecs pour les présenter comme des hautes valeurs morales (ou des exemples à ne pas suivre). Mais le matériel historique qu'il apporte ainsi est précieux pour la connaissance de l'histoire grecque et romaine.
9. **QUINTILIANUS** - Marcus Fabius QUINTILIANUS, dit QUINTILIEN. Né à Caligurris (Espagne), il a vécu au premier siècle après J.-C.. A Rome, il est avocat et professeur dans une école publique de rhétorique

ouverte par Vespasien, dans laquelle il aura Pline le Jeune comme élève. Après vingt ans de service, il se retire de ses fonctions pour écrire son œuvre maîtresse: *De institutione oratoria*, dans laquelle il défend le classicisme de Cicéron contre le modernisme "décadent" de Sénèque.

10. **TACITUS** - Plublius Cornelius TACITUS, dit TACITE. Né en 55-56 après J.-C., il est probablement d'origine Narbonnaise ou de Gaule Cisalpine. Ami de Pline le Jeune, il fait une carrière politique normale (Préteur en 88, Consul en 97 sous Nerva). A partir de 98, il se consacre à ses écrits historiques: Biographie d'**Agricola** (son beau-père), la **Germanie** (où il décrit les Germains en général, leur pays, leur vie publique et privée, en s'inspirant cependant essentiellement de sources livresques), les **Historiae** (14 livres parus entre 105 et 110; il nous en reste 4), les **Annales** (16 livres qu'il a rédigés ensuite sans pouvoir les terminer; il nous en reste à peu près 11).
 11. **VARRO** - Marcus Terentius VARRO, dit VARRON. Né à Rome en 116 avant J.-C. et mort en 27 après une carrière militaire, politique, d'écrivain et d'historien. Ami de Pompée, il combat avec lui Sertorius en Espagne (77-72). Il est tribun du peuple en 70 et Préteur en 67. En 60, il écrit un pamphlet contre le triumvirat Pompée-César-Crassus, puis se retire pendant dix ans de la vie politique. Après la bataille de Pharsale, il se range aux côtés de César puis s'adonne à des recherches littéraires et linguistiques avec une production énorme (52 œuvres) jusqu'à un âge avancé. Il jouit d'un prestige énorme auprès de ses successeurs (Sénèque: *doctissimus Romanorum*) jusqu'à Pétrarque. *De lingua Latina* en 25 livres, dédié à Cicéron, n'est pas à proprement parler un dictionnaire, mais un ensemble de considérations sur l'étymologie, la grammaire et l'emploi de la langue latine.
-

Table des matières

Introduction - La préhistoire	2
Première partie - Ancien droit	5
Préliminaire - La naissance	5
Chapitre premier - L'autorité	5
I. Tableau général de la situation de la femme à Rome	5
interdiction de boire du vin	5
<i>ius osculi</i>	5
procédure	6
II Qui exerce l'autorité et dans quelle mesure ?	6
A) Le <i>paterfamilias</i>	6
B) Le <i>tutor</i>	7
1) Désignation du tuteur	7
tuteur légitime	7
tuteur testamentaire.....	7
2) Pouvoirs du tuteur.....	7
Chapitre II - Le patrimoine	8
I. La succession du père	8
II. La succession du mari	8
III. La succession testamentaire	8
héritiers par testament.....	8
legs particulier.....	8
Chapitre III - Les fiançailles	9
I. Origines de l'institution.....	9
II. Formes des fiançailles.....	9
III. Parties	9
IV. Effets de la violation de la promesse	9
Chapitre IV - Le mariage	10
I. Généralités.....	10
II. Conditions du mariage.....	10
III. Les prétendues catégories de mariage.....	11
IV. Formes de la <i>conventio in manum</i>	11
A) La <i>confarreatio</i>	11
B) La <i>coemptio</i>	12
C) L' <i>usus</i>	13
Chapitre V - Le divorce	13
Bilan pour l'ancien droit	14



Deuxième partie - Droits préclassique et classique	15
Préliminaire - La naissance	15
Chapitre premier - L'autorité.....	15
I. Tableau général de la situation de la femme à Rome	15
II. Qui exerce l'autorité et dans quelle mesure ?	15
A) Le <i>paterfamilias</i>	15
B) Le <i>tutor</i>	16
1) Tableau général	16
2) Désignation du tuteur	16
a) Tutelle légitime.....	16
b) Tutelle testamentaire.....	16
c) Tutelle atilienne	17
d) Tutelle prétorienne (<i>Tutor praetorius</i>)	17
3) Pouvoirs du tuteur.....	17
4) Dislocation de la tutelle.....	17
a) <i>Coemptio fiduciae</i>	17
b) <i>Ius liberorum</i>	18
c) <i>Tutor absens</i>	18
Chapitre II - Le patrimoine	18
I. Sources du patrimoine de la femme	18
A) Testament - La <i>Lex Voconia</i>	18
1) Antécédents - Les lois dites somptuaires	18
a) <i>Lex Oppia</i> (214 avant J.C.).....	18
b) <i>Lex Cincia de donis et numeribus</i> (204 avant J.C.).....	18
c) <i>Lex Furia Testamentaria</i> (début du 2° siècle avant J.C.).....	18
2) Contenu et mobiles de la <i>Lex Voconia</i> (169 avant J.C.).....	19
3) Moyens imaginés pour tourner la <i>Lex Voconia</i>	19
a) La jurisprudence	19
b) La pratique.....	20
B) Succession	21
C) Dot	21
1) Décès du mari.....	21
a) Actions disponibles pour récupérer la dot.....	21
b) <i>Legatum dotis</i>	21
c) Le fidéicommiss	22
d) Les <i>res uxoris causa parata</i>	22
e) <i>Legatum pro dote</i>	22
2) Décès du père de la mariée.....	22
a) Principe.....	23
b) Exception.....	23
3) Décès du père du mari	23
a) Principes	23
b) Le cas du fils exhéredé, légataire de la dot	23
4) Conclusion	24
II. Gestion du patrimoine de la femme.....	24
Chapitre III - Les fiançailles	24
I. Forme des fiançailles.....	24
II. Effets des fiançailles.....	25

Chapitre IV - Le mariage	25
I. Généralités	25
II. Conditions	26
A) La capacité physique	26
1) La puberté	26
a) La fille	26
b) Le garçon.....	26
2) La capacité de procréer	26
B) Le consentement	27
1) Le consentement des conjoints.....	27
a) Il peut s'exprimer dans n'importe quelle forme	27
b) Mais il ne s'agit là que d'indices de cette volonté.....	28
2) Le consentement des ascendants	28
C) Le <i>conubium</i>	28
1) Disposent du <i>conubium</i>	
2) D'autres n'ont pas le <i>conubium</i>	
II.bis Premier appendice - La monogamie	30
II.ter Deuxième appendice - Les lois d'Auguste sur le mariage.....	30
A) Politique moralisatrice - Répression du <i>stuprum</i> et de l' <i>adulterium</i>	30
1) <i>Adulterium</i>	30
a) Définition	30
b) Procédure.....	30
c) Peines encourues	32
2) <i>Stuprum</i>	34
a) Définition	34
b) Honorabilité de la femme.....	34
c) Peines encourues et procédure	34
B) Politique nataliste - obligation de se marier et d'avoir des enfants	34
1) Champ d'application	34
2) Sanctions.....	35
III. Effets du mariage	35
A) Effets sur les personnes	35
1) Les époux	35
2) Les enfants.....	36
A bis) Appendice - Le mariage des pèlerins	36
B) Effets quant aux biens	36
1) Régime matrimonial	36
a) En cas de <i>conventio in manum</i>	36
b) En cas d'absence de <i>conventio in manum</i>	36
2) La dot.....	37
a) Fonctions	37
b) Objet.....	37
c) Statut juridique.....	37
d) Constituant	37
e) Restitution	37
Chapitre V - Le divorce	39
I. Le droit au divorce	39
A) Droit égal au divorce	39
B) Droit inaliénable au divorce.....	39
C) Droit au divorce propre aux conjoints	39
II. Effets du divorce sur la garde des enfants	39

Chapitre VI - Le concubinat	40
I. Origine	40
II. Définition.....	40
III. Conditions.....	40
IV. Effets	41
A) Statut juridique.....	41
1) Pour les concubins entre eux	
2) Pour les enfants des concubins	41
B) Statut social.....	41



Troisième partie - Le droit postclassique	42
Préliminaire - La naissance	42
Chapitre premier - L'autorité	42
I. Tableau général.....	42
II. Qui exerce l'autorité et dans quelle mesure ?	42
A) Le <i>paterfamilias</i>	42
B) Le <i>tutor</i>	43
Chapitre II - Le patrimoine	43
I. Sources du patrimoine.....	43
A) Le testament	43
B) La succession	43
C) La dot	44
II. Gestion du patrimoine de la femme.....	44
Chapitre III - Les fiançailles	44
Préliminaire - La doctrine des Pères de l'Église	44
I. Forme	44
II. Effets	45
A) Généralités.....	45
B) Effets de la rupture unilatérale des fiançailles	46
1) Sur les donations pour cause de mariage et sur les <i>arrhae sponsaliciae</i>	46
2) Sur la personne du père de la fiancée	46
3) Exception.....	46
Chapitre IV - Le mariage	46
Préliminaire - La doctrine des Pères de l'Église	46
I. Généralités.....	47
II. Conditions.....	48
III. Effets du mariage.....	49
A) Les lois d'Auguste sur le mariage	49
B) Devoir de fidélité	49
1) L'épouse	49
2) L'époux	49

Chapitre V - Le divorce	49
I. Causes de divorce.....	50
A) La répudiation unilatérale	50
B) Le divorce par consentement mutuel	50
II. Effets du divorce sur la garde des enfants	50
II.bis Appendice - Effets de la dissolution du mariage par décès du père sur la garde des enfants	51
Chapitre VI - Le concubinat	51
Preliminaire - La doctrine des Pères de l'Église	51
I. Répression du concubinat	51
II. Promotion du concubinat	51
III. Conditions du concubinat	52
A) Monogamie	52
B) Puberté	52
C) Absence de lien de parenté	52
D) <i>Consuetudo</i>	52
IV. Effets du concubinat.....	52
A) Légitimation des enfants naturels	52
B) Droits de succession	52
C) Obligation de fidélité	52
V. Évolution	52
Conclusion pour la période postclassique	53
Petites biographies	54