

De la <i>patria potestas</i> à l'autorité parentale.....	1
1. Introduction: structure familiale à Rome	1
A. Cellule familiale élargie: le <i>paterfamilias</i>	1
B. Distinction: <i>sui iuris</i> - <i>alieni iuris</i>	2
C. Mariage et position de la femme.....	2
2. Le <i>filius</i> — la <i>filia</i>	3
A. puberté et majorité.....	3
B. Tutelle et curatelle	5
C. Les fiançailles — le mariage — le divorce	5
3. La <i>patria potestas</i>	7
A. <i>ius vendendi</i>	8
B. <i>ius vitae necisque</i>	9
C. <i>ius exponendi</i>	13
4. La capacité juridique du <i>filius familias</i>	14
A. Principe de départ: incapacité complète.....	14
B. Possibilité d'être émancipé.....	14
C. Le pécule.....	15
5. Droits du <i>filius familias</i>	15
A. Droit d'héritier: <i>Bona materna</i> et <i>infans conceptus</i>	15
B. les pensions alimentaires - <i>agnoscere partum</i>	16
C. Possibilité d'agir en justice contre le <i>pater</i>	17
6. Conclusions.....	18
A. Le chemin parcouru par le droit romain est grand.....	18
B. Aujourd'hui, de par l'évolution de la structure de la cellule familiale et de la place de la femme, on parle plutôt d'autorité parentale (réforme récente en droit belge).....	19
C. Le droit ne reflète pas toujours fidèlement l'état des mœurs	19

De la *patria potestas* à l'autorité parentale

Notre propos sera de tenter de vous donner un bref aperçu de la situation de l'enfant, dans la Rome antique. Il nous a paru intéressant de faire ce saut en arrière, afin de mieux comprendre d'où nous venons, et où l'on doit situer la Convention de New York¹, relative aux droits de l'enfant, dans l'histoire. Le recul historique fournit ici l'occasion de s'interroger sur le caractère réellement universel de ce genre de Convention internationale.

Voici comment nous procéderons:

Dans un premier temps, nous allons dresser un tableau général de la famille romaine et voir comment les romains protégeaient l'enfant, dans les cas où l'ascendant, titulaire de la puissance paternelle, faisait défaut.

Dans un deuxième temps nous allons examiner les différents éléments qui constituent l'essentiel des pouvoirs attribués au *paterfamilias* dans la structure familiale romaine. Ces pouvoirs seront analysés de manière à vérifier si il n'existe pas des droits que les enfants peuvent opposer à leur *paterfamilias*.

Pour conclure, nous allons brièvement suivre les derniers avatars de la puissance paternelle en droit belge et lancer quelques pistes de réflexions concernant la Convention de New-York.

1. Introduction: structure familiale à Rome

La famille romaine se distingue de notre famille contemporaine sur au moins trois points essentiels: il y a premièrement, la taille de la cellule familiale; deuxièmement, le moment de la capacité juridique; et troisièmement, la position de la femme.

A. Cellule familiale élargie: le *paterfamilias*

À la tête de la famille, il y a le *paterfamilias*, le père de famille. Mais comme son nom ne l'indique pas, il ne suffit pas d'avoir de la progéniture pour être un tel *paterfamilias*. En effet, un romain ne peut être père de famille que lorsqu'il n'a plus d'ascendant masculin. Tant qu'un tel ascendant masculin est encore en vie, lui seul est appelé *paterfamilias*.

¹ Convention internationale relative aux droits de l'enfant, adoptée à New York le 20 novembre 1989.

B. Distinction: *sui iuris* - *alieni iuris*

Du point de vue de la capacité juridique, les romains distinguaient deux catégories de citoyens: les *sui iuris* (litt.: personnes soumises à leur propre droit), et les *alieni iuris* (personnes soumises au droit de quelqu'un d'autre). Seul le père de famille est *sui iuris*, et dispose donc de la capacité juridique. En conséquence, tous les autres membres de la famille sont *alieni iuris*, et ne disposent donc pas de la capacité juridique. La capacité juridique ne dépend donc pas principalement de l'âge, mais plutôt du fait de savoir si l'on a — ou non — un ascendant masculin en vie.

C. Mariage et position de la femme

Pour compléter le tableau, il est indispensable de dire deux mots du mariage romain, et de la position de la femme dans la structure familiale que nous venons de survoler.

La **notion classique de mariage romain** est très différente de celle existant dans la plupart des autres ordres juridiques, dont le nôtre. Dans les ordres juridiques qui nous sont familiers, les conditions de conclusion et de dissolution du mariage sont strictement réglementées par le droit. Il suffit de manifester sa volonté conformément au droit, pour donner naissance à un lien conjugal qui perdure indépendamment de la continuation de cette volonté. La dissolution de ce lien conjugal est alors également soumise 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 mœurs, 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 un certain nombre de conditions) formaient une communauté de vie fondée sur l' *affectio maritalis*, c'est-à-dire la **volonté réciproque**² 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.

² Si un des conjoints était *alieni iuris*, il fallait y ajouter l'*auctoritas* (accord) du *paterfamilias*.

Pour ce qui est de la *filia*: avant son mariage, elle est sous la puissance de son *paterfamilias*, et est donc *alieni iuris*, c'est-à-dire dépourvue de capacité juridique.

Le mariage en lui-même ne changeait rien à cette situation. À l'origine, ce mariage était généralement accompagné d'un contrat appelé *conventio in manum*, et par lequel la femme entrait dans la famille de son mari. Elle était alors dite "*loco filiae*", c'est-à-dire "comme une fille". Si son mari n'était pas encore *sui iuris*, elle passait donc sous la puissance de l'ascendant de son mari. De même, puisque ni elle, ni son mari, ne disposent de la capacité juridique, la dot qu'elle apporte au mariage entre dans le patrimoine de cet ascendant.

Lorsque le mariage n'était pas accompagné de la *conventio in manum*, l'épouse restait sous la puissance de son père.

Comme on peut le constater, les romains étaient à des lieues d'envisager une autorité parentale, assumée conjointement par le père et la mère, comme le fixe notre Code civil aujourd'hui.

2. Le *filius* — la *filia*

Le fils de famille est donc ce garçon qui, quel que soit son âge, a encore un ascendant masculin, et est donc *alieni iuris*, c'est-à-dire soumis à la puissance paternelle. L'âge ou le fait que le *filius* soit marié est à cet égard sans importance. On peut donc être grand-père sans être père de famille (*paterfamilias*), comme on peut être également *sui iuris* à l'âge de trois ans, sans avoir aucune progéniture. Malgré cela, on distingue plusieurs étapes dans la vie juridique des jeunes romains: la puberté et la majorité.

A. puberté et majorité

Atteindre la puberté, cela signifiait pour le garçon romain: porter la *toga virilis* (toge virile). Celle-ci lui était donnée en remplacement de sa *toga praetexta* (toge prétexte) au cours d'une cérémonie annuelle, après qu'il ait atteint la puberté. Le moment auquel le garçon pouvait participer à cette cérémonie a été controversé³. Pour certains (les Proculiens), il fallait avoir atteint l'âge de

³ Institutes de Gaius, 1, 196: *Masculi autem cum puberes esse coeperint, tutela liberantur. puberem autem Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est eum qui generare potest; sed in his qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis puberes fiunt. sed diversae scholae auctores annis putant pubertatem aestimandam, id est eum puberem esse existimant, qui xiiii annos explevit (?).....—* Les garçons sont libérés de la tutelle quand ils arrivent à la puberté. Est pubère, de l'avis de Sabinus et de Cassius et de nos autres maîtres, celui qui manifeste sa puberté par des signes corporels, autrement dit, celui qui peut engendrer. Pour ceux qui ne peuvent faire acte de

quatorze ans, alors que pour d'autres (les Sabinien), le critère était, la *capacitas generandi* (capacité de procréer).

La fille est censée avoir atteint la puberté à l'âge de douze ans. Il s'agit dans son cas d'une présomption irréfragable. Pour elle, la puberté est essentiellement une condition de validité du mariage. Un mariage conclu avec une fille impubère n'était donc pas valable. Il était cependant validé au moment où elle atteignait l'âge de douze ans⁴.

Pour le garçon, en plus d'être une condition du mariage, la puberté est également un terme extinctif de la tutelle. Lorsque le romain, impubère, n'avait plus d'ascendant masculin, il était soumis à une tutelle. Celle-ci est maintenue jusqu'à la puberté.

14 ans, cela peut paraître jeune, pour avoir la pleine capacité juridique, mais dès 200 av. J.-C., la *Lex Laetoria* est venue en aide aux adolescents. Cette loi a instauré une protection efficace contre les dangers dus à l'inexpérience du mineur de 25 ans. Cette protection était d'ailleurs à ce point efficace, qu'elle a eu pour effet pervers que les autres romains ne voulaient plus traiter avec eux. Il devenait, en effet, trop dangereux de traiter avec un mineur qui pouvait invoquer cette loi à chaque fois qu'un contrat lui était défavorable. C'est ainsi — dans un but de protection des romains de plus de 25 ans — que c'est généralisé le recours au curateur. Lorsque le curateur avait donné son assentiment au contrat conclu par le mineur, la *Lex Laetoria* ne pouvait plus être invoquée par le mineur.

Au cours de la période postclassique du droit romain, c'est-à-dire à partir de la fin du 3^{ème} siècle après J.-C., le mineur de 25 ans est progressivement considéré comme une personne incapable de faire seule (c'est-à-dire sans le concours d'un curateur) un acte juridique susceptible de lui porter préjudice.

virilité, tels les eunuques, on doit considérer l'âge habituel de la puberté. Les auteurs de l'école adverse pensent que la puberté doit être évaluée d'après l'âge, c'est-à-dire qu'ils estiment qu'est pubère celui... (Le palimpseste est mutilé à cet endroit); Règles d'Ulpien 11, 28: *Liberantur tutela masculi quidem pubertate: puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est qui generare possit; Proculiani autem eum, qui quattuordecim annos explevit; verum Priscus eum puberem esse, in quem utrumque concurrat, et habitus corporis, et numerus annorum.* — Les garçons sont libérés de la tutelle lorsqu'ils atteignent la puberté. Pour les partisans de Cassius, on est pubère lorsque cela apparaît du développement corporel, c'est-à-dire, lorsque l'on peut procréer; mais pour les partisans de Proculus, il suffit d'avoir atteint l'âge de 14 ans. D'après Priscus, est pubère celui qui correspond aux deux critères, le développement corporel et l'âge.

⁴ Pomponius (*lib. 3 ad Sab.*) D. (Digeste de Justinien): 23, 2, 4: *Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum expleisset duodecim annos.* — Le mariage d'une fille âgée de moins de douze ans n'est légitime qu'au moment où, vivant avec son mari, elle atteint l'âge de douze ans.

B. Tutelle et curatelle

Le garçon romain *sui iuris* est donc sous tutelle approximativement jusqu'à l'âge de 14 ans. Et à partir de la période postclassique, il est sous le régime de la curatelle jusqu'à l'âge de 25 ans.

C. Les fiançailles — le mariage — le divorce

À l'origine, les fiançailles d'une personne sous puissance paternelle (*in potestate*) ne pouvaient être engagées par personne d'autre que le *pater*.

En droit classique, les fiançailles s'accomplissent par les promesses de mariages, faites par les fiancés eux-mêmes. Ces promesses sont faites dans n'importe quelle forme et alors même que les fiancés sont impubères, pour autant qu'ils soient capables de comprendre ce qu'ils font⁵. 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*. Notons que le consentement du *filius* est indispensable⁶; alors que celui de la *filia* est présumé, jusqu'à preuve du contraire, c'est-à-dire, si elle a expressément manifesté son désaccord. Mais un tel désaccord n'était en définitive pris en compte que dans des circonstances relativement graves, par exemple si le fiancé choisi a une conduite immorale ou est une personne de mauvaise vie...⁷.

Le *pater* pourra, seul, décider de rompre les fiançailles qu'il a contractées pour sa fille. En revanche, si le *pater* venait à mourir avant le mariage, les fiançailles restaient valables.

Comme nous l'avions déjà dit, la conception romaine du mariage fait que ce dernier ne peut exister sans le consentement continu des deux époux. Ceci

⁵ Modestin, D. 23, 1, 14; v. E. Volterra, *Il matrimonio romano*, Roma 1961, p. 109.

⁶ Paul. (*lib. 35 ad edictum*) D. 23, 1, 7, 1: *In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur. intellegi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus scribit*; — Pour les fiançailles, on exige le consentement des personnes dont le consentement est requis pour le mariage. Julien écrit cependant que, pour autant qu'il ne s'y soit pas expressément opposé, le père est présumé apporter son consentement au mariage de sa fille; Julien (*lib. 16 Dig.*) D. 23, 1, 11: *Sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt: et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet*. — Pour les fiançailles comme pour le mariage, c'est le consentement qui forme le contrat. Il s'en suit que pour le mariage, comme pour les fiançailles, le consentement du fils de famille est indispensable.

⁷ Ulpien (*lib. sing. de sponsalibus*) D. 23, 1, 12, pr.: *Sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur*. 1: *Tunc autem solum dissentendi a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat*. — Cependant, la fille qui ne s'oppose pas à la volonté de son père, est présumée consentir. 1.: Elle ne peut s'opposer à la volonté de son père que dans les cas où le fiancé qui lui est destiné est de moeurs indignes ou de mauvaise vie.

atténuée évidemment fortement la portée de la règle d'après laquelle la *filia* est présumée consentir à ses fiançailles.

Pendant la période républicaine, le consentement du *paterfamilias* était indispensable. Depuis Auguste, le *filius* pouvait contourner cette autorisation, en requérant l'autorité publique⁸. Avec Hadrien, c'est le consentement du *paterfamilias* qui est présumé, sauf dissension explicite.

En matière de divorce, vu qu'il suffisait que les époux ne consentent plus à vivre comme mari et femme, il ne pouvait être question d'une autorisation paternelle pour divorcer. À l'origine, le *pater* avait cependant le pouvoir de rompre le mariage, en intentant l'interdit *de liberis exhibendis*, c'est-à-dire celui-là même, qui lui permettait de reprendre possession de l'enfant qui avait été soustrait à sa puissance. Il pouvait, de la sorte, empêcher de facto la poursuite du mariage⁹. Cette possibilité lui a été retirée au plus tard sous Antonin le Pieux¹⁰. Sous Dioclétien¹¹, la tendance sera complètement inversée, puisque c'est cette fois le mari qui pourra intenter un interdit *de uxore exhibenda et ducenda*, pour faire revenir son épouse retenue par le *pater*.

⁸ Marcianus (*lib. 16 instit.*) D. 23, 2, 19 : *Capite trigesimo quinto legis Iuliae qui liberos quos habent in potestate iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antonini, per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit.* — Sur base du chapitre 35 de la *Lex Iulia*, ceux qui, sans raison, empêchent les enfants qu'ils ont sous leur puissance de se marier, ou refusent de les doter, seront forcés de le faire en vertu d'une constitution des empereurs Sévère et Caracalla et par l'autorité des proconsuls et des présidents de province. D'ailleurs, les parents sont présumés empêcher leurs enfants de se marier, lorsqu'ils ne leur cherchent pas de parti.

⁹ La possibilité effective de ce genre de rupture est illustrée dans une comédie de Plaute, (*Stichus*. 12 ss, 51 ss et 128 ss).

¹⁰ V. par ex.: Sentences de Paul 2, 19, 2: *Eorum qui in potestate patris sunt sine voluntate eius matrimonia iure non contrahuntur, sed contracta non solvuntur*: (...) — Le mariage de quelqu'un qui est sous la puissance de son père n'est pas valable s'il est fait sans son consentement. Mais une fois que le mariage a été contracté, il ne peut plus être dissout (...). Sent. Paul 5, 6, 15: *Bene concordans matrimonium separari a patre divus Pius prohibuit*, (...) — La séparation d'un couple harmonieux par la volonté du père est prohibée par Antonin le Pieux (...).

¹¹ V. Hermogenianus (*lib. 6 iuris epit.*) D. 43, 30, 2: *Immo magis de uxore exhibenda ac ducenda pater, etiam qui filiam in potestate habet, a marito recte convenitur*; — Au contraire, un mari peut très bien intenter l'interdit *de uxore exhibenda et ducenda* pour emmener chez lui son épouse, alors même qu'elle est retenue par son beau-père, sous la puissance duquel elle demeure. Dioclétien, C. (Code de Justinien) 5, 4, 11: *Si invita detinetur uxor tua a parentibus suis, interpellatus rector provinciae amicus noster exhibita muliere voluntatem eius secutus desiderio tuo medebitur.* — Si votre femme est retenue malgré elle chez ses parents, le gouverneur de la province, notre ami, étant prévenu, ordonnera que votre épouse soit présentée en justice, et lui permettra ainsi de vous suivre.

3. La *patria potestas*

Les romains ayant un ascendant masculin en vie sont donc *alieni iuris*, et, en tant que tels, ils sont soumis à la puissance paternelle (*patria potestas*) du *paterfamilias*.

Cette puissance paternelle porte bien son nom, car elle désigne un pouvoir quasi absolu sur les personnes qui y sont soumises.

À certains égards, le *pater* pouvait être considéré comme possesseur de son fils. Ainsi, disposait-il d'un interdit pour le récupérer, si un tiers le retenait indûment¹². De même pouvait-il intenter l'action du vol (*actio furti*) si son fils lui avait été soustrait de manière dolosive¹³. Enfin, il avait le droit de louer les services de son fils à des tiers¹⁴.

Mais au-delà de cette apparence de réduction de l'enfant à un objet, la puissance paternelle comporte un certain nombre de prérogatives exorbitantes: Le droit de vendre sa progéniture, le droit de la tuer et le droit de l'abandonner.

¹² V. par ex.: Ulpien (*lib. 71 ad edictum*) D. 43, 30 (*De liberis exhibendis, item ducendis*), 1 pr.: *Ait Praetor: " Qui quaeve in potestate lucii titii est, si is eave apud te est dolove malo tuo factum est, quo minus apud te esset, ita eum eamve exhibeas"*. — le préteur dit: "J'ordonne que vous rendiez à Lucius-Titius, l'enfant qui est sous sa puissance, et que vous gardez chez vous, ou que vous avez cessé de garder par mauvaise foi.

¹³ V. par ex. Gaius, *Institutes* 3, 199 (=Institutes de Justinien 4, 1, 9): *Interdum autem etiam liberorum hominum furtum fit, velut si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sunt, (...) meus subreptus fuerit*. — Même un homme libre peut faire l'objet d'un vol, par exemple s'il a été soustrait à notre puissance paternelle, (...).

¹⁴ V. par ex.: Sentences de Paul 5, 1, 1: *Qui contemplatione extremae necessitatis aut alimentorum gratia filios suos vendiderint, statui ingenuitatis eorum non praeiudicant: homo enim liber nullo pretio aestimatur. (...) operae tamen eorum locari possunt*. — Celui qui, pour des raisons d'extrême nécessité ou pour de la nourriture vend ses enfants, ne saurait préjudicier à leur statut ingénu. Un homme libre n'a pas de prix (...) Cependant, il est possible de louer le travail de ses enfants. Ulpien (*lib. 18 ad edictum*) D. 9, 2, 5, 3: *Si magister in disciplina vulneraverit servum vel occiderit, an Aquilia teneatur, quasi damnnum iniuria dederit? et Iulianus scribit Aquilia teneri eum, qui eluscaverat discipulum in disciplina: multo magis igitur in occiso idem erit dicendum. proponitur autem apud eum species talis: sutor, inquit, puero discenti ingenuo filio familias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. dicit igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa: an ex locato, dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti: sed lege Aquilia posse agi non dubito*. — Si un maître tue ou blesse un esclave qu'il instruit, peut-il être tenu de l'action de la *lex Aquilia*, en responsabilité du dommage causé au maître de l'esclave? Julien pense qu'il y a lieu à cette action s'il a éborgné l'esclave, a fortiori s'il l'a tué. Il propose ici l'exemple suivant: Un cordonnier enseigne son métier à un jeune homme libre et fils de famille. Comme ce dernier ne faisait pas bien ce qui lui avait été montré, le cordonnier le frappe à la tête avec un ustensile de cordonnerie et lui crève un oeil. Julien pense qu'il n'y a pas lieu à l'action d'*iniuria*, car le cordonnier a agit dans le but de corriger et d'enseigner. Pourrait-on agir sur base de la location, en raison du fait que l'enseignant n'a qu'un droit de correction limité? Pour ma part, je ne doute pas que l'on puisse agir sur base de l'action de la *lex Aquilia*.

Il nous faudra cependant vérifier dans quelles mesures, ce prérogatives ont effectivement été utilisées.

A. *ius vendendi*

Le *paterfamilias* avait, en principe, le droit de vendre ses enfants comme esclaves. Une limite à ce *ius vendendi* a déjà été apportée par la Loi des XII Tables (451-449 av J.-C.). Il faut éviter de chercher dans cette intervention législative, une volonté novatrice de la part d'un législateur. En réalité, la Loi des XII Tables, est en grande partie résultat d'une codification de règles déjà en vigueur. Il n'est donc pas impossible que Denys d'Halicarnasse ait raison, lorsqu'il prétend que les limites dont il est question dans la Loi des XII Tables soient en réalité antérieures à celle-ci. Denys fait remonter ces règles aux temps de Romulus. Mais quelles sont ces limites?

Désormais (depuis la Loi des XII Tables), si un *paterfamilias* vendait trois fois son fils, ce dernier échappait à la puissance paternelle. In concreto, on imaginait donc que le fils, après avoir été vendu, revenait en possession du *paterfamilias*. Un troisième retour était désormais impossible.

Pour ce qui est des filles et des petits-enfants, ils échappaient à la puissance paternelle dès la première vente.

Alors qu'en droit classique, la vente de ses propres enfants comme esclaves était interdite de manière explicite¹⁵, elle sera à nouveau admise en droit postclassique et en droit de Justinien. On peut voir là, un indice de la grave crise économique qui a sévi en cette période. Alors qu'en droit classique, on vendait son fils pour l'émanciper, par la suite, on l'a à nouveau vendu comme esclave.

B. *ius vitae necisque*

¹⁵ Antonin Caracalla, C. 7, 16, 1: *Rem quidem illicitam et inhonestam admisisse confiteris, quia proponis filios ingenuos a te venundatos. sed quia factum tuum filiis obesse non debet, adi competentem iudicem, si vis, ut causa agatur secundum ordinem iuris.* — Vous confessez avoir fait une chose illicite et malhonnête: vous avez vendu vos propres fils ingénus (ceux qui ne sont pas esclaves). Mais ce que vous avez fait ne doit pas nuire à vos enfants; vous pouvez agir devant le juge compétent afin qu'il décide conformément au droit. Dioclétien, C. 2, 4, 26: *Transactione matris filios eius non posse servos fieri notissimi iuris est.* — Il est notoire que la mère n'a pas le droit de faire de ses enfants des esclaves.

Le *paterfamilias* a, sur ses enfants, un droit de vie et de mort. La doctrine est cependant controversée, quant à la portée et l'usage effectif qui a pu être fait de ce droit. Cette controverse s'explique par les hésitations de nos sources.

On a longtemps cru¹⁶ que le droit de vie et de mort du *paterfamilias* avait survécu jusqu'à la période de Constantin (4^{ème} siècle après J.-C.). Par la suite, il serait tombé en désuétude, ce qui aurait été constaté au plus tard dans le Code de Justinien (6^{ème} siècle après J.-C.). Cette idée était fondée sur une constitution de Constantin que l'on retrouve dans deux Compilations différentes, le Code Théodosien et le Code Justinien. Entre les deux éditions, une légère modification du texte est intervenue. Dans la première¹⁷, il serait dit qu'il est permis de tuer son enfant, alors que dans la seconde¹⁸, il est dit que c'est autrefois que le *paterfamilias* disposait d'un droit de vie et de mort sur ses enfants. La comparaison des deux versions du même texte a donné à penser qu'entre les deux éditions, la situation juridique avait changé. Ce qui était encore permis du temps de Constantin est tombé en désuétude sous Justinien. Les Compilateurs du Code de Justinien auraient donc simplement adapté le texte de loi à la réalité juridique de leur temps.

On constate¹⁹ cependant que, dans le même temps, l'empereur Constantin condamne le père qui tue son fils à la *poena cullei*²⁰. Il s'agit là d'une peine atroce, par laquelle on place le condamné dans un sac, ensemble avec différents animaux sauvages, que l'on jette ensuite à la mer ou dans un fleuve.

¹⁶ Bonfante P., *Corso di diritto romano*, I, rist. Milano 1963, p. 107 ss.

¹⁷ CTh 4, 8, 6: Constantin: *Libertati a maioribus tantum impensum est, ut patribus, quibus ius vitae in liberos necisque potestas permissa est, eripere libertatem non liceret.*

¹⁸ C. 8, 46, 10: Constantin: *Libertati a maioribus tantum impensum est, ut patribus, quibus ius vitae in liberos necisque potestas olim erat permissa, eripere libertatem non liceret.* — La liberté avait une importance telle, aux yeux de nos ancêtres, qu'il n'était pas permis au *paterfamilias*, qui par ailleurs avait sur ses enfants un droit de vie et de mort, de leur prendre leur liberté.

¹⁹ V. Albanese B., *Note sull'evoluzione storica del ius vitae ac necis*, Scritti giuridici I, Palermo 1991, p. 3 ss (Publié également dans: Scritti in onore di C. Ferrini, 3, Milano 1948, p. 343-366).

²⁰ V. CTh. 9, 15, 1 (a. 318) = C. 9, 17, 1: "*Si quis in parentis aut filii aut omnino adfectionis eius quae nuncupatione parricidii continetur fata properaverit, sive clam sive palam id fuerit enisus, poena parricidii punietur neque gladio, neque ignibus, neque ulli alii solenni poenae subijgetur, 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 annem projiciatur: ut omni elementorum usu vivus carere incipat, et ei caelum superstiti, terra mortuo auferatur...*" Que celui qui cause la mort de son père, de sa mère ou d'un de ses ascendants — de son fils, de sa fille ou d'un autre de ses descendants, soit puni comme un parricide, qu'il ait agit publiquement ou en secret. Un pareil criminel (parricide ou infanticide) ne doit pas 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 auxquelles ont joindra des serpents; et, selon l'endroit, 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.

Il y a donc une contradiction entre les deux constitutions de Constantin. L'empereur pouvait difficilement reconnaître au *paterfamilias* un droit de vie et de mort sur sa descendance, et, en même temps, le condamner dans les cas où il usait de ce droit. Cette contradiction se résout, si l'on suit le savant palermitain, Bernardo Albanese²¹, en admettant que Constantin ne traite pas du droit de vie et de mort comme d'un droit en vigueur de son temps, mais du temps des *maiores*, les anciens. La modification justinienne s'expliquerait alors simplement par une volonté didactique des Compilateurs.

Reste alors la question centrale: Quand le *vitae necisque* a-t-il été abrogé? Contrairement à ce qui avait été pensé, cela ne date donc pas d'une période postérieure à Constantin. Il semble également évident que cela ne date pas non plus de Constantin lui-même. Il est en effet impensable d'assimiler la constitution par laquelle cet empereur châtie le père (qui tue son fils) de la même manière que le parricide à une constitution abrogative de la prérogative paternelle.

Le fait est, cependant, que nous n'avons aucune trace d'un éventuel acte d'abrogation du droit de vie et de mort du *paterfamilias*. Comment cela se peut-il? L'explication de se fait se trouve probablement dans la spécificité du mécanisme législatif romain classique. L'évolution ne se fait jamais de manière brutale. Sous le couvert d'une immobilité formelle apparente, le droit civil romain pouvait parfois connaître des modifications profondes. Ainsi, les institutions de droit civil romain — comme en est une le *ius vitae necisque* — ne font que très rarement l'objet d'une abrogation expresse. Les romains ne recouraient à une telle abrogation que dans les cas où même une simple subsistance formelle de l'institution aurait heurté l'équité. Dans les autres cas, l'abrogation se faisait plutôt de manière implicite, par le biais de l'interprétation des jurisprudents ou par le biais du droit prétorien.

On peut donc, sans trop risquer de se tromper, partir du principe qu'il est probable que le *ius vitae necisque* n'a jamais fait l'objet d'une abrogation expresse. Il nous faut donc vérifier s'il n'existe pas déjà des indices d'atténuation de cette prérogative du *paterfamilias*, dès l'ancien droit romain.

Les Institutes de Gaius²² nous fournissent ici quelques renseignements intéressants. Le jurisconsulte classique semble nous indiquer que la **Loi des XII**

²¹ Albanese B., *Note sull'evoluzione storica del ius vitae ac necis*, in *Scritti giuridici*, I, Palermo 1991, p. 343 ss.

²² Tels qu'ils nous sont fournis par le fragment d'Autun (IV, 80), malheureusement en mauvais état: *De filio hoc tractari crudele est sed... non est... r... occidere sine iusta causa, ut constituit lex XII tabularum*.

Tables (451-449 av. J.-C.) limitait déjà l'exercice du *ius vitae necisque* par le *paterfamilias*. Il fallait que le père puisse justifier d'une juste cause, pour exercer sa prérogative. L'état lacunaire du manuscrit d'Autun, par lequel nous a été transmis ce passage des Institutes de Gaius, ne nous permet pas de connaître la portée exacte de la condition de juste cause. Il n'en reste pas moins que l'on peut ici constater un fait important: les limites de ce pouvoir du *paterfamilias* sont très anciennes, voire un corollaire de celui-ci. La Loi des XII Tables constitue en effet le plus ancien droit romain écrit. Au surplus, sa rédaction était probablement en bonne partie la rédaction de règles juridiques préexistantes.

Dans l'ancien droit romain, le frein principal à l'exercice du *ius vitae necisque*, semble avoir été la morale (*mos*). Le fait qu'il se soit agi de règles morales ne doit cependant pas nous tromper sur l'efficacité de celles-ci. En effet, les romains ont très tôt fait la distinction entre le *ius* (droit), le *fas* (religion) et le *mos* (morale). Les trois types de règles étaient également soumises à des autorités différentes: Le grand pontife pour la religion, le préteur pour le droit et le censeur pour la morale. Lorsque le censeur était d'avis qu'un citoyen romain avait enfreint une règle morale, il disposait d'une série de sanctions se référant essentiellement à l'honorabilité du citoyen, mais dont l'efficacité était réelle. Ces sanctions étaient:

- la note (*nota censoria*), par laquelle, le censeur marque solennellement sa désapprobation en apposant, sur la liste des citoyens, une marque à côté du nom de la personne concernée;
- la dégradation du citoyen vers une Tribus inférieure;
- l'exclusion du rang des Sénateurs ou de la chevalerie;
- le calcul d'un impôt élevé.

Il semble donc que, dans un premier temps, le censeur ait joué un rôle important dans la répression des abus de la puissance paternelle.

Par la suite, c'est-à-dire au cours de la **période républicaine**, il semble que les romains aient ressenti le besoin de limiter la *patria potestas* par des moyens plus contraignants que les sanctions du censeur. L'abus de la puissance paternelle est alors entré dans la juridiction des magistrats. Nous avons à cet égard deux témoignages: D'une part, il y a un texte d'Orosius, un apologiste du 5^{ème} siècle après J.-C., d'après lequel, à la fin du 2^{ème} av. J.-C., Q. Fabius Maximus aurait été condamné, sur accusation de Pompée, pour avoir tué son fils adolescent. D'autre part, un fragment du Digeste attribué à Marcellus²³, qui

²³ Marcellus (lib. 5 Dig.) D. 11, 7, 35: *Minime maiores lugendum putaverunt eum, qui ad patriam delendam et parentes et liberos interficiendos venerit: quem si filius patrem aut pater filium occidisset,*

nous montre bien que pour les anciens (*maiores*), et dans certains cas au moins, l'infanticide était aussi grave que le parricide. Une telle affirmation ne peut s'expliquer qu'en admettant que le *ius vitae necisque* faisait depuis longtemps l'objet d'une limitation stricte également sur le plan juridique.

Le phénomène de limitation de la puissance paternelle est encore accru au cours du **Principat**, par l'intervention du pouvoir juridictionnel personnel des différents empereurs.

Il y a de bonnes raisons de croire que l'empereur Trajan (98-117 ap. J.-C.) avait déjà réduit la *patria potestas* à un simple droit de direction et de punition. C'est lui, en effet, qui imposait l'émancipation du fils, maltraité par son père²⁴.

Son successeur, l'empereur Hadrien (117-138), ira jusqu'à déporter le père qui a tué son fils "comme un voleur, plutôt que pour le bien de la patrie²⁵".

Alexandre Sévère²⁶ (222-235) oblige le *paterfamilias* à déférer son fils à la justice, lorsqu'il a commis un délit grave. Il ôte ainsi au père sa juridiction sur son fils.

Enfin, il ne faut pas se laisser impressionner par le côté spectaculaire du *ius vitae necisque*. Il ne semble pas, qu'en pratique, ce droit ait souvent trouvé application. La tradition littéraire ne nous donne en tout cas que de très rares exemples d'utilisation de cette prérogative paternelle. Qui plus est, lorsqu'elle le fait, c'est dans le cadre de narrations légendaires, présentant des pères épris

sine scelere, etiam praemio adficiendum omnes constituerunt. — Nos ancêtres étaient d'avis qu'il ne fallait pas porter le deuil de ceux qui ont anéanti la patrie, massacré parents et enfants. Ils pensaient même que le fils qui tuerait son père ou le père qui tuerait un fils, coupable d'un tel crime, devait être récompensé et non châtié.

²⁴ Papinien (*lib. 11 Quaest.*) D. 37, 12, 5: *Divus Traianus filium, quem pater male contra pietatem adficiebat, coegit emancipare. quo postea defuncto, pater ut manumissor bonorum possessionem sibi competere dicebat: sed consilio neratii prisci et aristonis ei propter necessitatem solvendae pietatis denegata est.* — L'empereur Trajan a forcé un père qui maltraitait son fils, à l'émanciper. À la mort du fils, le père voulu prendre part à la succession de celui-ci, en tant que *manumissor* (celui qui a émancipé). Cela lui a cependant été refusé, sur l'avis de Neratius Priscus et d'Aristo, car l'émancipation faisait suite à un abus de la puissance paternelle.

²⁵ Marcianus (*lib. 14, Institutiones*) D. 48, 9, 5: *Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis quam patris iure eum interfecit: nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.* — On rapporte que l'empereur Hadrien, ayant à juger un homme qui, à l'occasion d'une chasse, avait tué son fils, coupable d'un adultère avec sa belle-mère, le déporta sur une île. Il motiva cette condamnation par le fait que le père avait tué comme un voleur, plutôt qu'en faisant usage de son droit de père. La puissance paternelle doit consister en amour plutôt qu'en fureur.

²⁶ Alexandre. C. 8, 46, 3: *Si filius tuus in potestate tua est, res adquisitas tibi alienare non potuit: quem, si pietatem patri debitam non agnoscit, castigare iure patriae potestatis non prohiberis, artiore remedio usurus, si in pari contumacia perseveraverit, eumque praesidi provinciae oblaturus dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris.* — Si ton fils est sous ta puissance, il n'a pu aliéner les choses qui t'étaient acquises. S'il a manqué de respect envers toi, il ne t'est pas interdit de le punir, en usant de ta puissance paternelle. Tu peux même user de remèdes plus sévères, s'il persiste dans sa désobéissance et le traduire devant le gouverneur de la province, qui le jugera avec ton assentiment.

d'un amour frénétique de la patrie et doués d'une fierté inhumaine. Enfin, ces narrations concernent toutes des temps très reculés.

Comme on le voit, la prérogative exorbitante que représente le droit de vie et de mort du *paterfamilias*, n'est finalement pas le principal vecteur, en fonction duquel il convient d'analyser la situation de l'enfant, dans la civilisation romaine.

C. *ius exponendi*

Le droit d'exposer ses enfants est très proche de celui de les tuer. C'est le pouvoir, pour le *pater*, d'abandonner ses enfants nouveau-nés, refusant par là de les élever. Cet abandon pouvait être une manifestation de refus, de la part du père, de reconnaître la légitimité de l'enfant.

Un règle traditionnelle, attribuée à **Romulus**²⁷, vient poser une première limitation à l'exercice de ce droit. Ce dernier ne pourra être exercé envers aucun garçon, ni aucune fille, si elle est la première fille née de l'union des deux parents. Il ne pouvait être dérogé à cette règle que dans le cas où l'enfant était mal formé ou monstrueux. Si tel était le cas, il fallait montrer l'enfant à cinq voisins, et que ceux-ci approuvent la décision d'exposer l'enfant. En cas de violation de cette réglementation, des amendes étaient prévues, et celles-ci pouvaient aller jusqu'à la confiscation de la moitié des biens du *pater*.

De facto, le *ius exponendi* semble être tombé en désuétude pendant la période du droit classique. Elle connaîtra cependant une recrudescence au cours du 4^{ème} siècle ap. J.-C., en raison de la détresse économique.

Malgré cela, sous **Dioclétien** ((284-305 ap. J.-C.)²⁸, l'abandon est probablement assimilé à l'infanticide, et puni de manière semblable.

Sous l'empereur **Constantin** (307-337 ap. J.-C.), le père qui exposait un nouveau-né perdait automatiquement sa puissance paternelle. Celui qui, éventuellement recueillait un nouveau-né ainsi exposé, pouvait choisir de conférer à l'enfant le statut d'esclave, ou celui d'homme libre.

Justinien, enfin, réprouvera complètement et définitivement la pratique de l'abandon des nouveau-nés, et accordera à tous les nouveau-nés, ayant été

²⁷ Denys d'Halicarnasse, 2, 15, 1 s.

²⁸ C. 5, 4, 16 (Dioclétien./Maximien.): *Patrem, qui filiam exposuit, at nunc adultam sumptibus et labore tuo factam matrimonio coniungi filio desiderantis favere voto convenit. qui si renitatur, alimentorum solutioni in hoc solummodo casu parere debet.* — Il convient que le père qui a exposé sa fille, que vous avez recueillie et élevées à vos frais, consente au mariage de celle-ci avec votre fils. Mais s'il refuse de donner son consentement à cette union, et dans ce cas seulement, il doit être contraint de vous dédommager des aliments que vous avez fournis à sa fille.

abandonné, le statut d'homme libre (*ingenuus*), même s'ils étaient de condition servile.

4. La capacité juridique du *filius familias*

A. Principe de départ: incapacité complète

Comme nous l'avons déjà dit, le *filiusfamilias* est en principe une personne *alieni iuris*, et partant, incapable juridiquement sur le plan patrimonial. Il en va autrement dans la sphère du droit public, où le *filius* est en principe pleinement capable. De même, le *filius* pouvait être tuteur ou curateur, et contracter de justes noces.

B. Possibilité d'être émancipé

Comme nous l'avons mentionné supra, le *pater* pouvait émanciper son fils en le vendant trois fois (une seule fois, s'il s'agissait d'une fille ou de petits-enfants). C'est ce que disait déjà la Loi des XII Tables.

Par l'émancipation, le *filius* perdait tout rapport — même successoral — avec sa famille.

À la période classique (Trajan, v. supra), l'émancipation pouvait être imposée au *pater*, en raison des mauvais traitements qu'il avait fait subir à son fils. Il y a encore d'autres cas de libération légale et automatique, plus anecdotiques, de la puissance paternelle. Il en allait ainsi, notamment lorsque le fils ou la fille assumait une fonction religieuse: *flamen dialis* ou vestale.

C'est avec l'empereur Justinien (527-565 ap. J.-C.) que le *filius* pourra être émancipé sans pour autant perdre ses droits successoraux. De plus, le *filius* devra marquer son accord à l'émancipation. Avec le christianisme, la perte de la *patria potestas* ipso iure sera étendue notamment au cas du *filius* nommé évêque.

C. Le pécule

En tant qu'*alieni iuris*, le *filius* n'a pas de patrimoine propre. Dès la fin de l'ancien droit, le *paterfamilias* aura la possibilité de conférer la gestion d'un ensemble de biens à son fils ou à un autre des *alieni iuris* (souvent, il s'agissait aussi d'un esclave) soumis à sa puissance. Cet ensemble de biens porte le nom de pécule. Le titulaire de ce dernier en a généralement l'usage, la jouissance et

la libre administration. Malgré cela, les biens qui constituent le pécule restent juridiquement la propriété du *paterfamilias*.

À côté du pécule *profectitium*, c'est-à-dire constitué par le père, il y a également deux autres types de péculs qui vont se développer: Ce sont les péculs *castrense* et *quasi-castrense*. Ils concernent respectivement les biens amassés par les fils de famille à l'occasion de leur service militaire et par la biais de leurs fonctions impériales ou ecclésiastiques. Le pécule *castrense* sera considéré comme étant la propriété personnelle du fils de famille dès la fin du Principat. Il put dès lors en disposer librement par acte entre vifs ou à cause de mort. Sous Justinien, le régime du pécule *quasi-castrense* est assimilé au premier.

5. Droits du *filius familias*

A. Droit d'héritier: *Bona materna et infans conceptus...*

Que les enfants soient héritiers de leurs parents n'est pas surprenant. Il est simplement intéressant de noter que pour les romains déjà, l'enfant simplement conçu, en tant que future personne, voit ses droits d'héritier garanti par l'ordre juridique. Chaque fois qu'une succession était ouverte dans de pareilles conditions, il fallait suspendre la procédure en attendant la naissance de l'héritier potentiel. La conservation des biens était alors confiée à un curateur au ventre (*curator ventris*), comme l'appelle encore le Code Napoléon (art. 393²⁹).

En tant qu'*alieni iuris*, les enfants n'avaient pas la capacité de recevoir des biens à titre gratuit. En cas de donation à un enfant, l'objet du don entrait donc de plein droit dans le patrimoine du *paterfamilias*. Cette situation a évolué avec l'empereur Constantin qui décida que les biens qui viendraient aux enfants de la part de leur mère défunte (*bona materna*) seraient la propriété à la fois de ces enfants et du père survivant. Ce dernier avait le droit d'user des biens et d'en percevoir les fruits, mais avait l'obligation de les administrer avec soin.

Plus tard, le régime des *bona materna* fut progressivement étendu à tous les biens acquis à titre gratuit par les enfants (en dehors de ceux qui leur viennent du côté paternel). Justinien clarifia le régime juridique de ces biens en faisant du père un usufruitier et des enfants des nus-propriétaires.

B. les pensions alimentaires - *agnoscere partum*

²⁹ L'art. 393 du Code civil (abrogé en Belgique par l'art. 52 de la Loi du 31 mars 1987) portait: "Si, lors du décès du mari, la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au ventre par le conseil de famille (...)".

Le droit à une pension alimentaire s'est développé au cours du Principat. Avant cela, il fallait compter sur la solidarité familiale. Par contre, ce droit à une pension alimentaire fonctionnait tant dans le sens parents envers leurs enfants, qu'inversement.

Il semble que le point de départ du processus qui a débouché sur l'octroi formel d'un droit à une pension alimentaire soit le sénatus-consulte Plancien. Ce sénatus-consulte date très probablement du règne de Vespasien (69-79 ap. J.-C.). Il permettait à une femme qui affirmait être divorcée d'un citoyen romain dont elle prétendait être enceinte, de lui notifier sa grossesse avant l'écoulement d'un délai de trente jours depuis le divorce. L'ex-mari pouvait réagir de deux manières à cette notification. Il pouvait soit faire une déclaration contraire, soit envoyer des *custodes* auprès de son ex-femme, afin de vérifier si elle était réellement enceinte. Si l'ex-mari ne réagissait pas, la femme pouvait introduire une procédure sommaire devant le préteur, par laquelle l'ex-mari était contraint à *agnoscere partum*. Par là, l'ex-mari était contraint uniquement à la prestation des aliments. En revanche, aucune conséquence n'était tirée sur la filiation, et l'ex-mari pouvait continuer à traiter l'enfant comme n'étant pas son fils. La qualité de père peut-être reconnue dans le cadre d'une autre procédure, qui, à partir d'Antonin le Pieux (138-161 ap. J.-C.) pouvait également déboucher sur l'octroi d'un soutien alimentaire.

Malgré sa sphère d'application limitée, le sénatus-consulte Plancien, a eu un impact profond dans l'histoire du droit romain de la famille. Il a consacré le principe d'après lequel un enfant avait, en règle, le droit de réclamer des aliments à son père. Droit qui sera généralisé un siècle plus tard, sous Antonin le Pieux. Ce droit dépassera également les limites du lien potestatif, puisque les aliments pourront être réclamés même dans les cas où le *filius* n'est plus sous la *potestas* du père. C'est clairement le lien sanguin qui détermine le droit aux aliments. En conséquence, il est apparu normal, au cours de la période classique, d'étendre les devoirs alimentaires réciproques aux petits- et arrière-petits-enfants. Le même droit alimentaire réciproque sera reconnu entre la mère (et les ascendants maternels) et ses enfants (et les descendants de ceux-ci). Ce dernier lien vaudra même dans le cas d'enfants illégitimes.

En revanche, il ne semble pas certain que les romains aient reconnu une obligation aux aliments entre frères ou entre conjoints.

C. Possibilité d'agir en justice contre le *pater*

Pour agir en justice contre un ascendant ou un descendant, il fallait une autorisation expresse du préteur³⁰. Certains moyens procéduraux resteront cependant toujours fermés aux enfants, envers leurs parents; il s'agit notamment des actions infamantes, comme l'action de dol³¹.

Une règle particulière était d'application, lorsqu'un parent était condamné à payer une somme d'argent à son fils par un jugement privé. Si, par le paiement de cette somme, le parent se mettait dans un état de totale indigence, il pouvait toujours obtenir une réduction substantielle de la condamnation³².

Le *filius* ne pouvait pas témoigner contre son père (et inversement) dans un procès³³.

6. Conclusions

A. Le chemin parcouru par le droit romain est grand

Comme on l'a compris, le chemin parcouru par le droit romain est grand. Alors qu'aux origines du droit romain, la *patria potestas* est un droit quasi-illimité, les enfants vont graduellement se voir reconnaître de réels droits envers le *pater*. La puissance paternelle va peu à peu perdre de son ampleur, que ce soit par le biais de la reconnaissance d'une certaine capacité sur le plan

³⁰ V. Ulpien, (*lib. 5 Ad edictum*) D. 2, 4, 4, 1: *Praetor ait: " Parentem, patronum patronam, liberos parentes patroni patronae in ius sine permissu meo ne quis vocet". 2: Parentem hic utriusque sexus accipe: sed an in infinitum, quaeritur. quidam parentem usque ad tritavum appellari aiunt, superiores maiores dici: hoc veteres existimasse Pomponius refert: sed Gaius Cassius omnes in infinitum parentes dicit, quod et honestius est et merito optinuit. 3: Parentes etiam eos accipi Labeo existimat, qui in servitute susceperunt: nec tamen, ut Severus dicebat, ad solos iustos liberos: sed et si volgo quaesitus sit filius, matrem in ius non vocabit. — Le préteur dit: "Personne ne peut — sauf avec ma permission — assigner ses parents en justice: ses parents, ses patrons, ou les ascendants ou les descendants de ces derniers. 2. Par le mot parents, il faut entendre tant les parents masculins que féminins. On s'est demandé si il n'y avait aucune limite de degré. D'aucun pense que le terme "parent" ne s'applique que jusqu'au trisaïeul, les parents plus éloignés, étant appelés "ancêtres". C'est ce que pensaient les anciens, comme nous l'apprend Pomponius. Gaius Cassius pense cependant qu'il n'y a pas lieu de limiter l'acception du mot "parents" de la sorte, et il faudrait l'entendre sans aucune limite de degré, ce qui me paraît convenable. C'est d'ailleurs ce dernier sentiment qui prévaut aujourd'hui. 3. Labéon pense même qu'il faut étendre l'acception du mot "parent" aux enfants nés pendant l'esclavage. Pour Sévère, il ne s'applique pas qu'aux enfants légitimes, car un bâtard ne peut pas non plus assigner sa mère en justice.*

³¹ Ulpien (*lib. 10 ad edictum*) D. 37, 15, 5, pr.: *Parens, patronus patrona, liberive aut parentes patroni patronae, neque si ob negotium faciendum vel non faciendum pecuniam accepisse dicerentur, in factum actione tenentur. 1: Sed nec famosae actiones adversus eos dantur, nec hae quidem, quae doli vel fraudis habent mentionem. — Un parent, un patron, un affranchi ne peut pas se voir intenter l'action in factum (...) 1. On ne peut pas non plus intenter contre eux une action infamante, ou une action qui aurait pour objet de condamner quelqu'un en raison de son dol ou de sa fraude.*

³² D. 37, 15, 7, 1.

³³ V. par ex. Paul (*lib. 1 ad Sabinum*) D. 22, 5, 9: *Testis idoneus pater filio aut filius patri non est. — Le père ne peut témoigner à la cause de son fils, et le fils ne peut témoigner à celle de son père.*

patrimonial; par la possibilité de se soustraire à la puissance paternelle, par l'émancipation forcée; par une nouvelle répartition des droits et obligations entre père et fils; etc.

La puissance paternelle, ce n'est pas vraiment une surprise, a donc évolué, au cours du millénaire qui sépare la Loi des XII Tables et le règne de Justinien. Le rapport de force, au sein de la famille romaine a dès lors suivi une évolution semblable. C'est ainsi que l'on a vu apparaître des normes juridiques qui n'étaient plus fondées sur une structure familiale dans laquelle le *paterfamilias* a tous les pouvoirs, et les enfants (et autres soumis à la puissance paternelle) toutes les obligations. Nous avons vus, dans ce sens: la réglementation des rapports processuels entre enfants et parents; de l'obligation aux aliments, qui est réciproque...

B. Aujourd'hui, de par l'évolution de la structure de la cellule familiale et de la place de la femme, on parle plutôt d'autorité parentale (réforme récente en droit belge)

Rapidement quelques mots sur les dernières évolutions de la puissance paternelle chez nous. Si l'on s'en réfère au prescrit du Code Napoléon, on constate que si l'enfant doit honneur et respect tant à sa mère qu'à son père, seul ce dernier exerce la puissance paternelle (art. 373). Ce n'est que très récemment, en 1965, que les parents pourront exercer conjointement les prérogatives de l'autorité parentale. On constatera le changement de dénomination.

L'exercice conjoint de ce pouvoir a évolué. Alors qu'en 1965, le mari gardait encore une position prépondérante, en cas de désaccord entre les parents. L'égalité complète sera atteinte par la loi du 1^{er} juillet 1973. Dans un premier temps, les pouvoirs conjoints seront exercés de manière concurrente, si les parents sont mariés, et exclusive, s'il ne le sont pas. Par la loi du 13 avril 1995, on en revient à un pouvoir exercé de manière conjointe par les époux. On a donc renversé la principe. Avant, chacun des parents agissait valablement seul, aujourd'hui, il faut que les parents agissent ensemble. En pratique, la portée de cette modification n'est cependant pas énorme. En effet, lorsqu'un des deux parents pose un acte seul, il sera simplement présumé avoir la délégation de l'autre parent³⁴.

³⁴ Notons qu'il s'agit d'une présomption, "règle de fond". Cela signifie que le désaccord éventuel des parents ne peut nuire aux tiers (V. sur ce point: Vieujean E., *Autorité parentale*, in *Chronique de droit à l'usage du notariat* (26 octobre 1995), vol. XXII, p. 194 s.).

C. Le droit ne reflète pas toujours fidèlement l'état des moeurs

Force est de constater qu'en matière de puissance paternelle, les apparences, sont souvent trompeuses. Les pouvoirs du *paterfamilias*, qui, a priori, paraissent tout à fait exorbitants pour quelqu'un qui vit à la fin du XX^{ème} siècle, deviennent, somme toute, relativement normaux, lorsque l'on essaie de voir ce qui se cache derrière les textes de loi. Ici, comme souvent en droit romain — du moins en ce qui concerne le statut des personnes — il y a une importante distorsion entre le droit civil et la réalité sociale. Si au premier coup d'oeil, la puissance du *paterfamilias* sur ses enfants paraît exorbitante, un étude plus approfondie permet de nuancer et d'adoucir une image trompeuse.

Le droit pénal belge offre à cet égard également un exemple très parlant, c'est la réglementation de la peine de mort. Si l'on s'en tient strictement aux textes de loi et au code pénal, il apparaît que la Belgique est un des rares pays d'Europe occidentale à encore prononcer des condamnations à mort. Peut-être, dans vingt siècles, un historien du droit en retirera-t-il l'impression que la législation belge en la matière était bien plus barbare et arriérée que ses homologues européennes.

Par cette constatation, nous voulons simplement souligner qu'une réalité sociale ne se transforme pas uniquement par le biais de textes législatifs. De même, si la Convention de New-York a le grand mérite d'exister, force est de constater qu'elle est très inégalement appliquée.

Un des intérêts d'un tel appel à l'histoire, est précisément de montrer que les valeurs défendues dans une société à un moment donné, ne sont pas nécessairement les mêmes que dans toute autre. Ainsi donc, il nous paraît utile de souligner que la Convention de New-York et les principes qu'elle comporte ont forcément quelque chose de contingent. De même, toute déclaration des droits de l'homme ou des droits de l'enfant, n'a-t-elle de vraiment universel que le nom, tant que la réalité sociale n'a pas assimilé les changements de mentalité qu'elle suppose. Voilà peut-être un nouveau travers de la pensée unique, c'est précisément d'oublier qu'elle ne l'est pas nécessairement...