

DET KGL. DANSKE VIDENSKABERNES SELSKAB  
HISTORISK-FILOLOGISKE MEDDELELSER, BIND XXX, NR. 1

---

RECHERCHES SUR  
LES FORMES ANTIQUES DE MARIAGE  
DANS L'ANCIEN DROIT ROMAIN

PAR

C. W. WESTRUP



KØBENHAVN  
I KOMMISSION HOS EJNAR MUNKSGAARD  
1943



Det Kgl. Danske Videnskabernes Selskabs Publikationer i 8<sup>vo</sup>:

Oversigt over Selskabets Virksomhed,  
Historisk-filologiske Meddelelser,  
Arkæologisk-kunsthistoriske Meddelelser,  
Filosofiske Meddelelser,  
Matematisk-fysiske Meddelelser,  
Biologiske Meddelelser.

Selskabet udgiver desuden efter Behov i 4<sup>to</sup> Skrifter med samme Underinddeling som i Meddelelser.

Selskabets Adresse: Dantes Plads 35, København V.

Selskabets Kommissionær: *Ejnar Munksgaard*, Nørregade 6, København K.

---



DET KGL. DANSKE VIDENSKABERNES SELSKAB  
HISTORISK-FILOLOGISKE MEDDELELSER, BIND XXX, NR. 1

---

RECHERCHES SUR  
LES FORMES ANTIQUES DE MARIAGE  
DANS L'ANCIEN DROIT ROMAIN

PAR

C. W. WESTRUP



KØBENHAVN  
I KOMMISSION HOS EJNAR MUNKSGAARD  
1943



Printed in Denmark.  
Bianco Lunos Bogtrykkeri A/S.



## AVANT-PROPOS

Dans une communication faite aux Journées de la *Société d'Histoire du droit* de Paris tenues à Bruxelles, en juin 1926, j'avais présenté un aperçu de quelques observations sur les formes primitives du mariage romain, et particulièrement, en partant du droit comparé, sur les origines du mariage dit sans *manus*. Ces considérations faisant plaisir aux historiens du droit, elles furent incessamment publiées par le *Recueil Sirey*, Paris\*. Depuis lors, ces problèmes relatifs aux formes antiques de mariage, qui sont non seulement d'une si haute importance pour comprendre l'ancienne famille romaine, et avant tout pour nous faire une idée historiquement documentée de la *patria potestas*, mais encore probablement d'un intérêt considérable pour l'histoire politique de la lutte des plébéiens pour l'égalité civile, ont été remis en discussion.

En effet, des hypothèses nouvelles ont été avancées pour résoudre les problèmes qui nous occupent, et bien des détails des textes ont été examinés afin de fonder et d'éclaircir les nouveaux points de vue. Cependant, jusqu'à présent, personne n'a tenté d'aborder une étude d'ensemble des nombreux problèmes spéciaux, de caractère fort divers et souvent d'une explication bien difficile, en partie jamais discutés, qui entourent sûrement l'ancien droit matrimonial romain. Dans ces circonstances il m'a paru opportun d'étudier à nouveau tous ces problèmes de plus près, et, en particulier, de faire un nouvel examen, approfondi, minutieux et méthodique, non seulement des textes juridiques d'une époque ultérieure mais encore, et surtout, des textes de la

\* GEORGES CORNIL, *Revue de l'Université de Bruxelles*, No 4 1927.



littérature archéologique, et bien entendu, avant d'entrer dans le cœur du problème même du mariage sans *manus*, de faire précéder ces nouvelles études par des investigations détaillées sur l'antique mariage sacré établi par la *confarreatio*.

Tel est l'objet de ce mémoire, que je me permettrai maintenant de remettre, en vue de recherches plus approfondies, aux mains de mes savants confrères.

Copenhague, février 1943.



PREMIÈRE PARTIE  
LE MARIAGE SACRÉ

**Le mariage patricien avec *manus*.**

GAI. I 112: *Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificiū quod Jovi Farreo fit; in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur; conplura praeterea hujus juris ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis, praesentibus decem testibus, aguntur et fiunt. Quod jus etiam nostris temporibus in usu est; nam flamines majores, id est Diales Martiales Quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nati non leguntur: ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt.* Edit. KÜBLER 1928. ULP. *Regulae IX 1: Farreo convenitur in manum certis verbis et testibus X praesentibus et sollemni sacrificio facto, in quo panis quoque farreus adhibetur.* Edit. SCHULZ 1926.

SERV. *Georg. I 31: . . . apud veteres nuptiae fiebant: . . . farre, cum per pontificem maximum et Dialem flaminem per fruges et molam salsam conjungebantur . . . unde confarreatio appellabatur . . .* BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*, II<sup>7</sup> 78. SERV. *Aen. IV 103: quid est enim aliud «permittere dextrae», quam in manum convenire? quae conventio eo ritu perficitur, ut aqua et igni adhibilis, duobus maximis elementis, natura conjuncta habeatur: quae res ad farreatas nuptias pertinet, quibus flaminem et flaminicam jure pontificio in matrimonium necesse est convenire.* IV 339: *quid si fit legitimae nuptiae . . . confarreatione conjunctus . . . ut flamini et flaminicae convenit . . . ad ignem pertinet, per quem mos confarreationis firmabatur . . . ne aut legitime jugatam contra fas reliquisse videretur . . .* IV 374: *mos enim apud veteres fuit, flamini ac flaminicae, dum per confarreationem in nuptias convenirent. sellas duas jugatas ovilla pelle superinjecta poni ejus ovis, quae hostia fuisset, ut ibi nubentes velatis capitibus in confarreatione flamen ac flaminica residerent.* Edit. THILO.

1. Le mariage constitue dans l'ancien droit le fondement sur lequel repose le vieil édifice de la famille patriarcale dont le centre est le foyer domestique et dont le maître pilier est l'autorité du chef de famille, la *patria potestas*. La fin de l'association de l'homme et de la femme ne se trouve pas dans les époux eux-mêmes; son but essentiel est d'assurer la perpétuité de la race, et d'en accroître la puissance par la procréation des enfants.

Le mariage romain était, comme le disent les textes, contracté *liberorum quaerendorum causa*<sup>1</sup>. Sp. Carvilius Ruga, le premier qui, d'après la tradition romaine, ait divorcé, se justifia en disant que, sa femme étant restée stérile, il manquerait au serment sacré qu'il avait dû prêter devant les censeurs; il s'était marié pour avoir des enfants<sup>2</sup>. Le terme *matrimonium* lui-même signifie proprement «maternité [légale]»<sup>3</sup>. Chez les anciens Grecs le mariage, γάμος, était également formé παίδων ἐπ' ἄρότῳ γνησίῳν. Ce terme consacré faisait souvent, semble-t-il, partie des formules solennelles mêmes qui étaient prononcées lors de la formation du mariage par l'ἐγγύησις<sup>4</sup>. Mais au-dessus de cette conception «juridique» et élémentaire du mariage s'élevaient, en effet, sous une forme nationale et proprement romaine, les antiques idées sur le sens religieux de la perpétuation de la race. Pour les anciens Grecs le mariage était le complément de la vie humaine, τέλος<sup>5</sup>. Les dieux qui président aux unions conjugales et le protègent sont appelés θεοὶ τέλειοι. Celui qui n'a pas de posté-

<sup>1</sup> ENNIUS, *Cresphontes* 120: *ducit me uxorem liberorum sibi quaesendum gratia*. Passage cité chez FESTUS v. *quaeso*. Édité LINDSAY.

<sup>2</sup> AULU-GELLE, *Noctes Atticae* IV 3, 2: *quod iurare a censoribus coactus erat uxorem se liberum quaerendum gratia habiturum*. Cf. XVII 21, 44. Édité HOSIUS.

<sup>3</sup> AULU-GELLE, XVIII 6, 9: (*matronam*) *dictam ita esse a matris nomine, non adepto iam, sed cum spe et omine mox adipiscendi, unde ipsum quoque «matrimonium» dicitur*. Cf. ci-dessous.

<sup>4</sup> Kleisthènes, tyran de Sicyle en Péloponèse, prononce cette formule à l'occasion du mariage de sa fille avec l'Athénien Mégaklès: Je donne ma fille Agariste en mariage à Mégaklès des Alkméonides conformément aux lois athéniennes (νόμοισι τοῖσι Ἀθηναίων). Hérodote VI 131. Voir dernièrement W. ERDMANN, *Die Ehe im alten Griechenland* (1924) 243 s. cf. 155 ss. Γάμος signifie proprement «copula carnalis»? BOISSACQ, *Dictionnaire étymol. de la langue grecque* (1916) v. γάμος. Chez les Hindous la femme mariée est appelée du nom de *jāyā*, «celle qui enfante». Voir d'ailleurs, pour le droit comparé, mon *Introduction to early Roman Law*, vol. I, *Community of Cult* (1943), Book II, *The sacral Family*, chapt. 1 I 2.

<sup>5</sup> POLLUX, *Onomastikon* III § 38 (Édit. BETHE), dit que dans les anciens temps, au lieu d'appeler le mariage par son nom particulier (γάμος), on le désignait simplement par le mot τέλος.



rité est ἡμι-τελής<sup>1</sup>. Le mariage des *gentes* patriciennes de l'ancienne Rome était un sacrement, la cérémonie sacrée par excellence. Pour les anciens Romains comme pour les Hindous et les anciens Grecs le mariage consistait par essence en une communauté de culte<sup>2</sup>.

Le mariage de l'ancien droit romain civil qui, à l'origine, se confondait avec le droit sacré patricien, était une union *sainte*, établissant entre l'homme et la femme une « société complète de vie », *consortium omnis vitae*, c'est-à-dire une communion absolue d'intérêt divin et humain, une « association de Droit divin et humain », *divini et humani juris communicatio*, comme dit la définition célèbre du mariage que donneront encore les juristes classiques<sup>3</sup> — sous l'influence de la philosophie grecque — dans un temps où elle ne sera plus qu'une réminiscence lointaine du caractère de l'antique mariage sacré. Et de même que le mariage, par essence, consistait avant tout en une communauté de culte, de même son objet, *liberorum procreatio*, présentait un caractère fortement religieux. Son but essentiel était de procurer à la famille l'*heres sacrorum* qui pût perpétuer le culte des ancêtres. Or, du moment que cette solidarité sacrée de la famille et des générations formait l'élément constitutif de la notion même du mariage, il fallait surtout, pour l'établissement d'un mariage légitime, que les enfants qui en naissaient participent aux *sacra* de la famille, dont ils allaient assurer la perpétuité. Mais dès lors la mère elle-même devait forcément être associée au culte privé de cette *domus*, elle devait faire pleinement partie de la famille agnatique du mari et par conséquent être soumise à l'autorité du chef de famille; elle devait être soumise à la puissance générale du *paterfamilias* sur sa *domus*, cette entière puissance, qui, dans ses relations variées, s'est différenciée

<sup>1</sup> E. HRUZA, *Beiträge zur Geschichte des griech. u. röm. Familienrechtes* I (1892) 127. ERDMANN 135 s.

<sup>2</sup> *Introduction* I, Book II, chapt. 1, *Community of Cult* I—II. Sur les caractères fondamentaux du culte ancestral en Grèce, voir dernièrement WERNER KAMPS, « Les origines de la fondation culturelle dans la Grèce ancienne », *Archives d'Histoire du Droit oriental* I (1937) 145 ss. Cf. L. R. FARNELL, « Greek Hero Cults and Ideas of Immortality », *Gifford Lectures* (Oxford 1921) 343 ss.

<sup>3</sup> MODEST. *Dig.* XXIII 2, 1. Voir ci-dessous. Cf. DION. *Halie.* II 25, 1: κοινῶν πάντων χρημάτων τε καὶ ἱερῶν. BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*<sup>7</sup> I 6. MACROB. *Sat.* I 15, 21: (*postridie autem nuptam*) *in domo viri dominium (incipere debet adipisci) et rem divinam facere.*

avec le temps et a pris des noms distincts, mais qui, à l'origine, portait probablement pour toutes les variétés un nom identique: *manus*<sup>1</sup>. Et c'est, en effet, de cette puissance du *paterfamilias* sur la femme que venait, selon la conception antique, sa puissance sur les enfants.

Cette association de la femme à la famille agnatique du mari qui, d'après le droit sacré patricien, manifestait tout d'abord l'initiation de la femme aux *sacra* de cette *domus*, devait être de notoriété publique. Du moment que le but du mariage était de procurer à la famille l'héritier légitime qui seul pourrait continuer le culte des ancêtres et assurer ainsi — par la puissance tutélaire et protectrice des «pères» — l'existence de la race, il fallait pour la contractation du mariage certaines conditions, si l'on veut, de forme et de fond, capables de rendre indubitable et notoire la légitimité de la participation du *fils* aux *sacra* de la famille. Seul le fils légitime pouvait dûment célébrer le culte<sup>2</sup>.

Cette nécessité sacrale de certaines conditions, requises par le droit sacré coutumier, pour la validité du mariage, a dû certainement, dès le début, recevoir une base plus profonde dans les restes des conceptions antiques particulières qui, de bonne heure, à côté des idées populaires sur l'âme et la mort, étaient devenues une partie substantielle de toute forme pleinement évoluée du culte des ancêtres: la croyance en une sorte d'immortalité *personnelle*, c'est-à-dire l'idée transcendantale que la personnalité pleine et entière du progéniteur de la race, du *paterfamilias* par excellence, en vertu d'une succession ininterrompue, continue à s'affirmer immortellement dans sa postérité et assure ainsi, par une incarnation perpétuelle, l'existence de la race. Et, en effet, cette autre série d'idées primitives qui devaient leur origine commune à un sentiment particulier et fortement religieux de la solidarité, pour ainsi dire, organique des générations, faisait simplement de la communauté de culte, une communauté de *sang*. Le pieux maintien des sacrifices aux pères défunts devient une condition de l'immortalité des ancêtres dans la descendance. Cette idée que dans le fils se perpétue la vie du père a dû avant tout constituer un élément fondamental

<sup>1</sup> Voir mon *Introduction to early Roman Law*, Vol. III, *Patria potestas*, 1 «The Nascent Law» (1939), Book II 2, p. 153 ss.

<sup>2</sup> *Introduction* I, Book II, chap. 1 I 1.

de la conception du mariage et par conséquent de sa formation même: seul le fils légitime du père, c'est-à-dire le fils de son sang, pouvait recevoir et continuer la personnalité du *paterfamilias*. Or, il s'ensuivait que certaines cérémonies et certaines formes déterminées, susceptibles, dans l'esprit des anciens, d'assurer la légitimité de la reproduction perpétuelle du *paterfamilias*, étaient, en ces temps anciens, indispensables pour la conclusion d'un mariage complet<sup>1</sup>.

2. Dans la pensée des patriciens de la Rome ancienne, était seul réputé *justae nuptiae*<sup>2</sup>, le mariage accompli par la cérémonie dite *confarreatio*<sup>3</sup>: en présence du grand pontif et du *flamen Dialis*, le flamine de Jupiter, et devant dix témoins, un gâteau fait avec de l'épeautre, *farreus panis*, était offert, au milieu de la récitation des «paroles solennelles», à Jupiter Farreus<sup>4</sup>. Le texte de Gaius dit seulement que le sacrifice consistait en l'offrande d'un gâteau de *far*<sup>5</sup>. Mais Servius nous donne sans doute des renseignements supplémentaires de la plus haute importance pour préciser le caractère de ce gâteau même, en particulier au point de vue de l'histoire de la culture. Il signale que le mariage s'établissait par *far* si le mari et la femme étaient unis *per fruges et molam salsam*<sup>6</sup>. Outre le gâteau d'épeautre le sacrifice comprenait donc des grains des champs. Et le *farreus panis* était fait de *mola salsa*, «mouture salée», ce qui veut dire de blé grossièrement moulu, mêlé de sel, la nourriture toute primitive des anciennes peuplades agraires<sup>7</sup>. Or, s'il en est bien ainsi, nous avons sous nos yeux un sacrifice<sup>8</sup> qui remonte cer-

<sup>1</sup> Voir mon *Introduction* III 1, Book III, *Genius*. Cf. le compte-rendu de RUDOLF DÜLL, *Zeitschr. der Sav.-Stift. Röm. Abt.* LX (1940) 7 (extrait).

<sup>2</sup> SERV. Aen. IV 339: *quid si fit legitimae nuptiae... confarreatio conjunctus...* Édité. THILO. Les «*nuptiae*» proprement dites: «les noces».

<sup>3</sup> GAL. I 112. ULP. Reg. IX 1. SERV. Georg. I 31. SERV. Aen. IV 339: *mos confarreationis*. IV 374: *per confarreationem in nuptias convenire*. IV 103: *farreatae nuptiae*.

<sup>4</sup> GAL. I 112. ULP. Reg. IX 1.

<sup>5</sup> GAL. I 112.

<sup>6</sup> SERV. Georg. I 31. Cf. ci-dessous FEST. v. *immolare*.

<sup>7</sup> PLIN. *hist. nat.* XVIII 7. La fabrication de *mola salsa* à l'usage des sacrifices constituait encore une fonction importante des vestales. SERV. Ecl. VIII 82. GEORG WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*<sup>2</sup> (1912) 159 cf. 411.

<sup>8</sup> Cf. FEST. v. *mola*. De *mola*: *immolare* «immoler», «sacrifier». Cf. FEST. v. *immolare*: *est mola, id est farre molito et sale, hostiam perspersam sacrare*. SERV. Aen. V 745: «*farre pio*», *vel quia exinde sacrificabant: vel quia mos fuit apud majores ut divinum ignem farre servarent...*



tainement aux temps très anciens, à une époque, antérieure à l'usage du pain de froment, où on se servait encore des moulins de pierre à main<sup>1</sup>. Nous retrouvons pareil rite dans le rituel brahmanique des Hindous et probablement des traces dans le mariage de l'ancienne Grèce<sup>2</sup>.

Le sacrifice à Jupiter comportait de plus, comme nous l'apprend également Servius, l'immolation d'un mouton. Festus dit expressément que c'est une *hostia*. Ce sacrifice constituait donc un rite expiatoire destiné à rendre les dieux propices, un *piaculum*. Le mariage nécessitait une purification de la famille, de même que le début de la récolte nouvelle exigeait *piaculi gratia* le sacrifice de la *porca praecidanea* offerte à Cérès et à *Tellus Mater*<sup>3</sup>. Chez les Étrusques les cérémonies du mariage étaient accompagnées d'un sacrifice semblable, avec cette seule différence que l'*hostia* consistait en un porc<sup>4</sup>. Il est possible que l'*hostia* romaine ait également été à l'origine de la même espèce.

La *confarreatio* comprenait un autre élément très caractéristique et au point de vue historique bien remarquable: Dans la cérémonie (*in confarreatione*) les *nubentes* étaient assis ensemble, *velatis capitis*, sur un siège — *sellae duae jugatae*<sup>5</sup>, comme dit Servius — couvert de la peau du mouton immolé<sup>6</sup>. Sans doute ce rite est une survivance de temps encore plus reculés, c'est-à-dire de la phase de la vie pastorale où table et bancs étaient inconnus. Le rite, à l'origine peut-être un rite magique dont l'objet était de rompre le tabou sexuel, basé sur des instincts mystérieux de doute ou de vénération, et qui probablement par une inoculation mutuelle mettait l'homme et la femme en com-

<sup>1</sup> *Mola* «meule» de *molo*. Cp. goth. *malan*, germ. «mahlen». ERNOUT et MEILLET, *Diét. étym. lat.* (1932) v. *molo*.

<sup>2</sup> LEIST, *Allarisches jus gentium* (1889) 159 s. FUSTEL DE COULANGES, *La Cité antique*<sup>25</sup> 45. W. WARDE FOWLER, «Confarreatio. A Study of patrician usage», *Journal of Roman Studies* VI (1916) 186 s. (FRAZER, *Golden Bough*. CRAWLEY, *Mystic Rose*, WESTERMARCK.)

<sup>3</sup> Cf. SERV. *Aen.* III 136: *apud veteres neque uxor duci neque ager arari sine sacrificiis peractis poterat*. — AULU-GELL., IV 6, 7. 8. VARRON chez NONIUS II p. 163, 17. FEST. v. *praecidaneam porcam*. Une description de la cérémonie: CATON, *de agr. cult.* 134. WISSOWA 193 s. Cf. 411 s.

<sup>4</sup> VARRON, *de re rust.* II 4, 9.

<sup>5</sup> D'où le nom de *conjugium* «union conjugale»? Cp. gr. συζυγία. ARISTOT. *Politika* I 3 p. 1253 (σύζευξις). Cf. ζυγόν γαμήλιον. *Corp. inscr. graec.* III N° 6240. HRUZA I 129<sup>20</sup>. [Le terme n'a sûrement aucun rapport avec *jugum* «joug»: «accouplement» des jeunes mariés. Cf. ISIDOR. IX 7, 20.]

<sup>6</sup> SERV. *Aen.* IV 374.



munion mystique<sup>1</sup>, s'est maintenu dans la suite comme symbole de la vie commune et perpétuelle. Pareille cérémonie se retrouve dans le mariage brahmanique, apparemment à titre de rite de fécondité<sup>2</sup>. Pour ce qui est du rite de «voiler la tête» (*velatis capitis*<sup>3</sup>), cette cérémonie a évidemment été considérée par les anciens eux-mêmes comme le plus important des rites «nuptiaux», puisque c'est de cet acte que les noces ont tiré leur nom. D'autre part, la signification primitive de ce mot est bien discutable et, en effet, elle a été maintes fois remise en discussion. Pourtant un examen linguistique aboutirait certainement à une explication plausible, qui peut s'accorder avec des considérations d'ordre sociologique.

Le terme *nuptiae* est dérivé de *nubo*. Mais il y a doute sur la question du sens premier de ce mot. Les anciens rattachaient *nubo* (*nupta*) au gr.  $\nu\mu\phi\eta$ <sup>4</sup>. Mais ils établissaient aussi un rapport entre *nubo* et *nubes*<sup>5</sup>. Or, *obnubo* n'a d'autre sens que «voiler (la tête)», et il semble difficile de le séparer de *nubo*. Si le rapprochement est bien exact, *nubere marito* voudrait dire proprement «prendre le voile à l'intention du mari», et l'acte du mariage aurait été désigné par la cérémonie de la prise du voile (*flammeum*) symbolisant la perte de la liberté pour l'épouse, et sa réclusion dans la demeure du mari<sup>6</sup>.

La consécration à Jupiter d'un pain de *far*, c'est-à-dire d'un

<sup>1</sup> CRAWLEY, *The Mystic Rose*, chapt. XIV. The idea that all contact of man and woman is dangerous forced men to devise a plan for counteracting such danger. «The ceremonies of marriage are intended to neutralise these dangers, and to make the union safe, prosperous and happy. With this is connected the wish to bind the one to the other, so as to prevent, if possible, later repudiation.» Cf. FOWLER l. c. 190 ss.

<sup>2</sup> Cp. le rite hindou: *Pāraskara* I 8, 10. *Açvalāyana* I 8, 9 s. LEIST. 153 ss. Cf. E. SAMTER, *Familienfeste der Griechen und Römer* (1901) 100 ss.

<sup>3</sup> SERV. Aen. IV 374.

<sup>4</sup> FEST. v. *nuptam*: *nuptam a Graeco dictam. Illi enim, (novam) nuptam*  $\nu\mu\phi\eta\eta\nu$  *appellant.* Édité. LINDSAY 173.

<sup>5</sup> VARRO *de ling. Lat.* V 72 cite un mot *nuptus* «*opertio*»: *... nuptu i. e. opertione, ut antiqui, a quo nuptiae nuptus dictus.* Cf. FEST. v. *nuptias*: *nuptias dictas esse ait Santra ab eo quod  $\nu\mu\phi\eta\eta$  dixerunt Graeci antiqui γάμον...; Aelius et Cincius, quia flammeo caput nubentis obvolvatur, quod antiqui obnubere vocarint.* LINDSAY 174. FEST. v. *obnubit*: *obnubit, caput operit; unde et nuptiae dictae a capitis opertione.* LINDSAY 201.

<sup>6</sup> *Nubo* serait ainsi à *nubes* comme *caelo* à *caedes* etc. Citation textuelle de ERNOUT et MEILLET v. *nubo*. Voir pourtant plus loin.

*Certa et solemnia verba?* Prononcés par les prêtres ou par les parties elles-mêmes? En ce dernier cas: formules rituelles par lesquelles les *nubentes* déclarent leur volonté d'établir une vie commune? KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte* II (1901) 156. Ou plutôt prières (FUSTEL DE COULANGES 47) pour obtenir la bien-

gâteau de *mola salsa*, a dû jouer un rôle fort important dans la conclusion même de la *confarreatio*, car c'est elle qui donnait son nom au mariage. Et, en effet, ce *farreum libum*, offert au *Iovi Farreo*, le dieu protecteur du mariage, au milieu d'une pompe religieuse, était ce qui rendait sensible d'une manière très simple l'idée même du mariage, en particulier si nous sommes fondés à voir dans ce rite une sorte de communion sacramentelle: les jeunes mariés partageaient, c'est-à-dire mangeaient ensemble<sup>1</sup> un morceau du gâteau consacré avant de le jeter dans le feu du sacrifice. Dans cette hypothèse, il serait encore plus facile de comprendre le nom expressif de *con-farreatio*: le partage du *farreus panis* unissait les deux époux en une communion de culte et de bien.

La cérémonie de la *confarreatio*, qui sans doute se passait en public, dans un temple ou plutôt, au moins par la suite, dans la *curia*<sup>2</sup> où était adorée Junon, la déesse du mariage, comme *Juno Juga*<sup>3</sup>, était suivie d'un autre rite dit *aqua et igni accipere* dans la maison du mari<sup>4</sup>. Sur le seuil de la maison, la femme était accueillie aux *sacra* domestiques avec «l'eau et le feu»,

veillance des dieux protecteurs et ainsi la fécondité du mariage? [Cf. ci-dessous SERV. AEN. III 136.] ROSSBACH, *Röm. Ehe* (1853) 111. P. E. CORBETT, *The Roman Law of Marriage* (Oxford 1930) 73.

<sup>1</sup> DION. *Halic.* II 25: τὸ δὴ κοινωνοῦς τῆς ἱερωτάτης τε καὶ πρώτης τροφῆς γενέσθαι γυναικῶς ἀνδράσι (?) KARLOWA II 155 s. A. DIETERICH, *Eine Mithrasliturgie*<sup>2</sup> (1910) 122 cf. 121. 230 f. Dans le mariage brahmanique les époux futurs partageaient l'offrande de riz. Pour les Grecs voir PLUT. *Solon* 20. *Praecepta conjug.* I. QUINTE-CURCE VIII 4, 27 (Macédoniens). FUSTEL DE COULANGES 45. PFISTER, PAULY-WISSOWA-KROLL, *Real-Encyclopädie der class. Altertumswiss.* XI col. 2173 s.

<sup>2</sup> Dans ce sens MARQUARDT-MAU, *Das Privatleben der Römer* (1886) 35 f. KARLOWA II 155. FOWLER 187 ss. Voir pourtant ROSSBACH, *Röm. Ehe* 109: dans la maison paternelle de la mariée comme à Athènes. Cf. d'ailleurs «Supplement» to *Introduction to early Roman Law* 1934—43.

<sup>3</sup> Cp. Ἥρα Ζύγια des Grecs. FEST. v. *jugarius*: *Juno Juga quam putabant matrimonia jungere*; v. *curiales mensae*.

<sup>4</sup> SERV. AEN. IV 103: *in manum . . . conventio eo ritu perficitur, ut aqua et igni adhibitis . . .* IV 339. FEST. v. *aqua et igni*: *aqua et igni accipiuntur nuptae, videlicet . . .* Cf. FEST. v. *facem*. VARRO *ap.* SERV. AEN. IV 167: *aqua et igni mariti uxores accipiebant*. VARRO *de ling. Lat.* V 61: *ignis et aqua; ideo ea nuptiis in limine adhibentur quod conjungit*. OVID. *Fasti* IV 788. 792: *ignis et unda . . . his nova fit conjux*. DION. II 30, 6: Romulus maria les Sabines κατὰ τοὺς πατέριους ἐκάστης ἐθισμοὺς ἐπὶ κοινωνίᾳ πυρὸς καὶ ὕδατος ἔγγυῶν τοὺς γάμους. ROSSBACH 361. SAMTER, *Familienfeste* 15.

Analogies présentées par des coutumes d'autres peuples: SAMTER, *Geburt, Hochzeit u. Tod.* (1911) 72 s. *Familienfeste* 14 ss. O. SCHRADER-A. NEHRING, *Reallexikon der indogerm. Altertumskunde* I (1917—23) 473 (Samagites et Lithuaniens). ED. HERMANN, «Die Eheformen der Urindogermanen», *Ges. d. Wiss. zu Göttingen. Nachr. Phil.-hist. Kl. Fachgr.* III. N. F. I. (1934) 62 s. Cf. ERDMANN, *Die Ehe im alten Griechenland* 252 s.

symboles des deux éléments naturels requis pour la vie commune<sup>1</sup>. Par cette *aqua et igni communitio*<sup>2</sup>, étroitement liée à la cérémonie de la *confarreatio*<sup>3</sup>, étaient confirmées les *farreatae nuptiae*, comme dit Servius<sup>4</sup>. Par *aqua et igni nova fit conjux*<sup>5</sup>. La célébration de la *confarreatio* était, à l'origine, précédée de la prise des auspices, les *auspicia nuptiarum* proprement dits, afin de connaître la volonté des dieux<sup>6</sup>. Au début sans doute rite particulièrement patricien, cet usage, devenu formalité vaine, s'établit par la suite pour tout mariage<sup>7</sup>.

Les cérémonies religieuses qui entouraient l'ancien mariage sacré romain présentent certainement, en grande partie, des analogies frappantes avec les rites matrimoniaux qui existaient non seulement chez les anciens Hindous, mais encore chez les Hittites, et qui sont en usage chez les Hindous aujourd'hui encore<sup>8</sup>; dans leurs caractères substantiels, quelques-unes de ces cérémonies: le sacrifice nuptial et le rite des *sellae duae jugatae*, se rattachent probablement aussi au vieux rituel pratiqué chez nos ancêtres depuis des temps immémoriaux, peut-être même depuis une époque antérieure à la séparation des races indo-européennes. La *confarreatio* telle qu'elle apparaît dans nos textes comprenait donc pour partie de vieilles cérémonies religieuses du mariage dans leur forme originaires. La *confarreatio* historique est sans doute le résultat d'une longue évolution pré-romaine. Cependant, l'ensemble des cérémonies qui accompagnaient anciennement dans l'usage des Romains la conclusion

<sup>1</sup> Cf. ci-dessus SERV. *Aen.* IV 103: ... *ut aqua et igni adhibitis, duobus maximis elementis, natura conjuncta habeatur*... FEST. v. *aqua et igni*: *videlicet quia hae duae res humanam vitam maxime continent*. Cf. v. *facem*. OVID. *Fasti* IV 787 ss.

<sup>2</sup> FEST. v. *facem*: ... *sive ut ignem atque aquam cum viro communicaret*. Cf. SERV. *Aen.* IV 103.

<sup>3</sup> SERV. *Aen.* IV 103: *quae res (aqua et ignis) ad farreatas nuptias pertinet*. IV 339: *ad ignem pertinet, per quem mos confarreationis firmabatur*.

La cérémonie de *aqua et igni accipere* s'est perpétuée et se présentait, liée à la *in domum deductio*, non seulement dans le mariage par *coemptio*, «l'achat» fictif, mais encore dans le mariage historique *sine manu*. Cf. CORBETT 73 s.

<sup>4</sup> SERV. *Aen.* IV 339.

<sup>5</sup> OVID. *Fasti* IV 788. 792.

<sup>6</sup> SERV. *Aen.* I 346: *praecipue nuptias*. VARRO *ap.* SERV. *Aen.* IV 45. Cf. PLIN. *hist. nat.* X 21. Cf. SERV. *Bucolica* VIII 29: *ut Iovis omine matrimonium celebretur*. SERV. *Aen.* IV 339. cf. 166.

<sup>7</sup> CIC. *de divin.* I 16, 28. VAL. MAX. II 1, 1. BLÜMNER, *Die röm. Privataltertümer* (1911) 354 s.

<sup>8</sup> ED. CUQ, *Les lois hittites* (1924) 29: Sacrifice d'une brebis et offrande d'un pain d'épeautre.



d'un mariage complet, portait, depuis longtemps, l'empreinte particulière de la pensée religieuse et morale des Romains, ou de leurs plus proches aïeux. Le rite dit *aqua et igni accipere*, avait évidemment pris un caractère proprement romain; et il en est de même, et davantage encore, pour la prise des auspices. Et pour ce qui est des dieux protecteurs du mariage, cette partie du rituel est assurément tout à fait romaine, et même d'une provenance relativement tardive. Le sacrifice *farreus panis* était, d'après les textes, offert à Jupiter Optimus Maximus et administré par le *flamen Dialis* sous le contrôle du *pontifex maximus*<sup>1</sup>. Or, l'introduction du culte de Jupiter doit assurément être postérieure à l'établissement de la grande Rome, la Cité des Tarquins, et à l'institution d'un culte d'État<sup>2</sup>. La présence du flamme de Jupiter et du grand pontife, représentant du culte de la Cité, se rapporte donc, elle aussi, à une date tardive.

Nous devons croire que c'est jusqu'aux origines mêmes de la *confarreatio* des textes que remonte la prescription, signalée par Gaius, suivant laquelle c'était une condition nécessaire pour obtenir les sacerdoces des *flamines majores* et du *rex sacrorum* que les candidats pussent prouver non seulement qu'ils étaient mariés *farreo*, mais encore qu'ils étaient issus *ex farreatis*. En tant que forme de mariage valable au point de vue social et juridique, la cérémonie religieuse de la *confarreatio* historique a probablement commencé par être un mariage exclusivement sacerdotal. Le mariage *farreo* a donc fait sa première apparition dans le cercle restreint des grands prêtres, d'où il s'est étendu bientôt dans la vieille aristocratie patricienne. Un changement du caractère de certaines cérémonies du vieux rituel nuptial par suite d'une évolution des idées religieuses et d'un changement des mœurs, ainsi qu'une modification de l'ordre chronologique des rites, ont même pu se produire dans la suite. Mais dans sa substance, l'ensemble des cérémonies de la *confarreatio* que la tradition romaine fait remonter à Romulus est sans doute resté toujours le même.

A une certaine époque, autant que nous pouvons en juger en un temps où la vieille aristocratie patricienne était en voie

<sup>1</sup> A l'origine le *rex*, le chef de la communauté? FOWLER 188.

<sup>2</sup> WISSOWA 38 s. Cf. PIERRE NOAILLES, «Les rites nuptiaux *gentilices* et la *confarreatio*», *Revue historique de droit* XV (1936) 414 ss. «*Les dii nuptiales*», *Rev. hist. de droit* XVI (1937) 549 s.



de se consolider comme *classe* au point de vue politique et social, comme caste fermée, probablement aux temps de la création de la grande Rome, la Cité des Tarquins, les patriciens s'étaient formulé leur propre droit matrimonial. Désireux de garder et de se réserver le rituel sacré des ancêtres, tel qu'il s'était transformé sous l'influence des idées sociales et religieuses proprement romaines, ils avaient donné aux vieilles cérémonies nuptiales d'origine purement religieuse une existence indépendante, se suffisant à elles-mêmes pour fonder un mariage: ils en avaient créé une forme spécialement patricienne de *mariage* valide devant la loi civile<sup>1</sup>. C'est pourquoi Gaius désigne la *confarreatio* comme un *jus ordinandi gratia*<sup>2</sup>. Et c'est pour cette raison que le droit coutumier patricien avait prescrit la présence de dix témoins civils.

L'accomplissement de ces formes et de ces cérémonies sacrées étaient certainement la condition d'existence d'un mariage pleinement valide d'après les principes des patriciens<sup>3</sup>. Les prescriptions, imposées aux activités individuelles par les besoins de la vie religieuse et sociale se révélant dans le droit sacré, étaient, en effet, généralement — si l'on veut juridiquement — obligatoires: les règles d'actions dont la nécessité sociale était reconnue d'une manière décisive constituaient, dans ces temps anciens, simplement des règles dites de droit<sup>4</sup>. N'étaient considérés comme époux légitimes que ceux qui étaient unis dans une communauté de culte par le sacrement du *farreum*, ceux qui étaient *confarreatione conjuncti*<sup>5</sup>. Et n'étaient considérés comme *justi* (*patris liberi*) que les enfants issus d'un tel mariage.

Vraisemblablement simple rite religieux à l'origine, destiné à confirmer à l'égard des *sacra* un mariage préexistant, un mariage contracté probablement sous l'aspect de l'ancien

<sup>1</sup> Voir mes «Quelques observations sur les origines du mariage par *usus* et du mariage sans «*manus*» dans l'ancien droit romain» (Paris 1926) 19 s. 29. Cf. PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano* (Roma 1925) I 43. PAUL KOSCHAKER, «Die Eheformen bei den Indogermanen», *Zeitschr. für ausl. u. intern. Privatrecht* XI (1937), Sonderheft p. 84 s. HANS JULIUS WOLFF, «Trinoctium», *Revue d'histoire du droit* (Haarlem) XVI (1938) 155.

<sup>2</sup> GAL. I 112: *complura praeerea hujus juris ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis*.

<sup>3</sup> Cf. GAL. I 112: *jus ordinandi gratia*. Cf. KARLOWA II 154. CORBETT 75. Autrement KOSCHAKER l. c. 84 s. [Cf. *Rev. hist. de droit* XVI (1937) 746 ss.]

<sup>4</sup> *Introduction* III 1 p. 74 ss.

<sup>5</sup> SERV. Aen. IV 339: *confarreatione conjunctus . . . ut flamini et flaminicae convenit*. Cf. GEORG. I. 31 (*conjungebantur*).

«mariage par achat», ce *mos confarreationis* était donc devenu, probablement dans la Rome des Tarquins — une forme de mariage, un mariage religieux<sup>1</sup> exclusivement et purement patricien, pour finir par être — une seconde fois — un mariage exclusif à certains sacerdoce patriciens<sup>2</sup>.

3. L'union conjugale établie par la *confarreatio* n'était pas seulement un mariage religieux parce qu'elle était célébrée au cours de cérémonies religieuses. En constituant une communauté de culte, elle était par essence une union sacrée, une union *sainte*<sup>3</sup>. Et étant une association de deux vies, dont le but essentiel ne se trouvait pas dans les deux époux eux-mêmes, mais dans la procréation d'enfants qui pussent assurer la perpétuité du culte des ancêtres, elle était certainement en principe indissoluble. Rien ne pouvait dissoudre les *ἱεροὶ γάμοι*, dit Denys d'Halicarnasse, le seul mariage que Romulus aurait réglementé<sup>4</sup>. Le mariage du flamine de Jupiter des temps historiques, que la mort seule devait rompre<sup>5</sup>, reflète sans doute l'indissolubilité originaire de tout mariage *farreo*<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> DION. II 25, 2: *ἱεροὶ γάμοι* PLIN. *hist. nat.* XVIII 3, 10: *in sacris nihil religiosius confarreationis vinculo erat.*

<sup>2</sup> BOETH. in CIC. *Topica* III 14: *sed confarreatio solis pontificibus conveniebat* Fontes II 73. Boèce emploie évidemment «pontifices» pour prêtres en général.

<sup>3</sup> Sur le *flammeum*, le voile nuptial, d'une couleur jaune rougeâtre, la couleur de flamme, la flamme du feu du sacrifice, voir ROSSBACH 279 ss. BLÜMNER 352. Cf. SAMTER, *Familienfeste* 52 ss.

<sup>4</sup> DION. II 25, 6. — A. ESMEIN, *Mélanges d'histoire du droit* (1886) 17 s. (APULEIUS, *Metam.* VI). Sur la contradiction apparente entre DION. II 25, 6 et le texte de PLUT. *Romulus* 22 (voir ci-dessous), cf. BRINI, *Matrimonio et divorzio nel diritto romano* II (Bologna 1889) 103. KARLOWA II 185 ss. CORBETT 220 s.

<sup>5</sup> FABIVS PICTOR chez AULU-GELLE X 15, 23: *matrimonium flaminis nisi morte dirimi ius non est.* Édité. HOSIUS. FEST. v. *flammeo*. LINDSAY p. 79. Cf. PLUT. *Quaest. romanae* 50. SERV. Aen. IV 29. Voir STEPHAN BRASSLOF, «Die Erneuerung des Flamines», *Studi Bonfante* II (1930) 368 s.

<sup>6</sup> D'ailleurs, l'assistance même de prêtres indique a priori le caractère indissoluble du mariage *farreo*. Le fait que le divorce de Sp. Carvilius Ruga, dont la date approximative est l'an 230 av. J. C., fût, d'après la tradition romaine, le premier divorce à Rome, révèle probablement encore l'opinion commune des Romains de l'indissolubilité originaire du mariage romain.

D'autre part, les termes insérés dans les définitions traditionnelles du mariage, modelées sur des conceptions de la philosophie grecque: «*consortium omnis vitae*» dans la définition des MODESTINUS, *Dig.* XXIII 2, 1, et «*individuum consuetudinem vitae continens*» dans la définition des INSTITUTIONES JUST. I 9 § 1, n'expriment certainement pas l'idée d'une «union à vie» et d'une «communauté indissoluble de vie». Depuis longtemps je les ai rendus par «association complète de vie» et «impliquant une communauté d'existence indivisible». *Omnis (vitae)*, équivalant à *tota*, exprime la totalité et signale le mariage comme une communauté

Le mariage *farreo* était indissoluble, c'est-à-dire que l'ancien droit sacré n'en admettait la dissolution que pour des motifs déterminés par la coutume religieuse et limités à certaines fautes particulièrement graves. Plutarque nous raconte quels étaient ces cas singuliers<sup>1</sup>. C'est dans un texte de la « Vie de Romulus », dont la valeur historique a été mise en doute ou niée par plusieurs auteurs récents<sup>2</sup>, mais qui assurément représente une tradition historique assez certaine<sup>3</sup>. Les causes qui ont donné au *paterfamilias* le droit, ou plutôt qui lui ont imposé l'obligation de répudier (ἐκβάλλειν) l'épouse, avaient été: φαρμακεία τέκνων « l'empoisonnement d'enfants » (non encore nés) ε: l'avortement provoqué par un poison, une boisson magique(?), κλειδῶν ὑποβολή « falsification de clés » (clés de la cave à vin), et l'adultère. Ces motifs sans doute obligatoires pour expulser la femme de la maison, venaient, en réalité, tous les trois, comme nous allons le voir, d'une infraction des prescriptions imposées par la loi religieuse du mariage, actes qui troublaient l'existence même du culte des ancêtres, et de ce fait portaient atteinte au centre de la vie de la *maison*. Et de ces infractions du mariage et de la religion qui faisait le mariage, l'*adulterium*, la violation de l'obligation de fidélité pesant sur la femme et sur la femme seule, est, dans l'esprit des anciens, le plus grand des malheurs qui peuvent menacer la famille, la race<sup>4</sup>.

totale de vie, une « association complète de vie ». Voir dernièrement mon *Introduction I* (1943) *Introductory*.

<sup>1</sup> PLUT. *Rom.* 22. BRUNS, *Fontes I* 6. P.-F. GIRARD, *Textes de droit romain*<sup>4</sup> 6. Voir mon étude « Plutarchs romuliske Lov om *divortium* », *Tidsskr. f. Filologi.* 4. Rk. VIII 117 ff.

<sup>2</sup> PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano* (1925) I 275. GIRARD, *Organisation judiciaire des Romains I* (1901) 35. — Sur les lois dites *leges regiae* voir mon *Introduktion til Romerretsstudiet I* (København 1920) 24 ss. « Alcune osservazioni circa le fonti e i metodi nell'investigazione del primo diritto romano, » *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto* VII (1937) 393 ss. Je reprendrai mes recherches anciennes sur les *leges regiae* dans le « Supplement » to *Introduction to early Roman Law* 1934—43.

<sup>3</sup> PIERRE NOAILLES, « Les tabous du mariage dans le droit primitif des Romains », *Annales sociologiques*, série C, fasc. I 2 (1937) 6 ss. Cf. JÉRÔME CARCOPINO, « Les prétendues lois royales », *Mélanges d'Archéologie et d'Histoire* LIV (1937) 31 s.

<sup>4</sup> Sur l'idée primitive du « droit de propriété » de l'homme sur la femme (le « mariage par achat ») et sur la notion antique de la *fidélité* et son rapport avec le culte des ancêtres, voir mon « Über den sogenannten Brautkauf des Altertums ». *Rechtsvergleich. Studien. Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss.* XLII (1927) 74 ss. 106 ss. (Cf. KOSCHAKER, « Die Eheformen » l. c. 80 ss.), et « la Propriété primitive devant l'histoire comparative », *Rev. hist. de droit* 1933 p. 229 ss. et *Sur la*



L'adultère en lui-même souillait le sang de la race et rendait ainsi impurs les enfants à naître. Mais il y a plus; il pouvait toujours avoir comme conséquence l'introduction dans la famille d'un élément de vie, d'un élément de *sang* étrangers, et, de ce fait, produire ce trouble de l'ordre de la naissance, *turbatio sanguinis*, cette confusion de part dont parle encore la jurisprudence classique en rapport avec l'incertitude de filiation en cas de second mariage. Il rendait impur le foyer même et souillait ainsi le culte des ancêtres. L'adultère constituait donc en même temps une souillure du *sang*, dont l'écartement exigeait une expiation, un sacrifice expiatoire, un *piaculum*<sup>1</sup>, et une violation de la loi religieuse même du mariage, qui devait être rétablie.

C'est d'un tel sacrifice expiatoire que parle Plutarque dans la disposition finale du texte de la «Vie de Romulus»: τὸν δ'ἀποδόμενον γυναῖκα θύεσθαι χθονίοις θεοῖς<sup>2</sup>, si nous sommes fondés à établir la traduction suivante: «mais celui qui a répudié (τὸν ἀποδόμενον) sa femme (c'est-à-dire dans les trois cas prévus) offre (θύεσθαι) un sacrifice aux dieux souterrains (*dii manes*)». Le passage doit, en effet, être interprété dans son contexte, portant exclusivement sur *repudium*. Le sens technique du verbe ἀποδίδομι est sûrement «vendre». Pourtant il est bien probable que dans ces temps primitifs, la répudiation s'opérait sous l'aspect d'une «vente». Mettre la dernière partie en rapport avec εἴ δ'ἄλλως τις ἀποπέμφαιτο, et, en donnant à θύεσθαι la valeur passive «être immolé», traduire le texte «et celui qui répudie (ainsi) sa femme (c'est-à-dire sans «cause juste») doit être (lui-même) immolé aux dieux infernaux», ce serait donner une interprétation inacceptable pour des raisons syntactiques. Le τὸν δὲ est évidemment disjonctif. Au point de vue historique aussi cette interprétation est fort improbable.

La loi sévère — c'est-à-dire le droit coutumier religieux — permettait au mari de réagir immédiatement, et lui concédait la faculté de mettre à mort la femme coupable et, sans doute,

*notion antique de la fidélité* (1927) 11 ss. cf. 8 ss. (*Rev. internationale de Sociologie* 1926). *Introduction* I, Book II, chapt. 4 I 4.

<sup>1</sup> Cp. le sacrifice expiatoire PLUT. *Num.* 12: *Numa officium lugendi...: et si qua prius nupserit, bovem fetam immolare debebat ex illius lege.* Traduct. de BRUNS, *Fontes* I 9.

<sup>2</sup> Cf. mon «Plutarchs romuliske Lov om divortium» *I. c.* 128 ss. Cf. BRINI, *Matrimonio* II 75 ss. Dernièrement NOAILLES 15 ss.



avec elle son complice<sup>1</sup>: seule la mort de tous les deux était capable d'expier entièrement un tel forfait. La loi permettait, également suivant Plutarque, au chef de la maison, en vertu de sa *patria potestas*, d'épargner la vie de la femme coupable et de la répudier<sup>2</sup>, et d'expulser avec elle le fils né de l'adultère, un sang étranger, un bâtard: la loi lui imposait de les exclure tous les deux de la famille.

Entre l'adultère du texte de la «loi» que Plutarque fait remonter à Romulus et l'acte désigné dans le même texte comme κλειδῶν ὑποβολή, il y a assurément un rapport assez étroit. Le sens de ce terme est, en effet, extrêmement douteux, et on a cherché, depuis longtemps, à l'interpréter. L'explication courante était autrefois que par «falsification de clés», il fallait entendre les clés de la maison en général<sup>3</sup>. Cette interprétation est sans doute fautive, comme j'ai essayé de le démontrer autre part<sup>4</sup>. Dans l'ancienne famille romaine l'épouse du chef de la maison, la *materfamilias*, étant la personne à qui incombait spécialement le gouvernement intérieur de la maison, portait — ainsi que la mère de famille germanique — les clés du logis en signe de sa dignité de «maîtresse de maison», comme symbole de son autorité, de son *in domo viri dominium*: dans l'ancien droit romain la reprise solennelle des clés (*claves adimere*) était — de même que dans le droit germanique — une des formalités à remplir lors de la dissolution d'un mariage avec *manus*, c'est-à-dire l'acte qui symbolisait la cessation du rapport juridique constitué par la *manus*<sup>5</sup>. Mais s'il en est bien ainsi, l'expression «la falsification de clés» ne peut pas se rapporter à ces clés que la femme avait justement entre ses mains. Elle a nécessairement un sens spécial. Le terme ὑποβολή a dû désigner l'appropriation de certaines clés qui n'étaient pas en la possession de la mère de famille et que, par conséquent, elle avait à s'approprier. Et nous sommes donc portés à penser aux clés de la cave à vin. Il y a, en effet, dans les autres textes que nous possédons, un rapport direct entre l'adultère manifeste et l'acte de boire du vin. Et il y a également une relation entre l'interdiction faite aux femmes romaines de boire du vin et les clés du cellier. Ce sont encore ces deux actes, constituant des fautes semblables, qui figurent l'un à côté de l'autre dans les textes qui autorisaient le mari à mettre à mort sa femme<sup>6</sup>.

Fabius Pictor chez Pline l'Ancien rapporte une vieille légende où

<sup>1</sup> Cf. CATO *ap* AULU-GELLE X 23, 5. Cf. NOAILLES 30 ss. *Introduction* I, II 4 I 1. DION. II 25, 6. *Fontes* I 6. Pour la Grèce ERDMANN 294.

<sup>2</sup> Cp. le droit grec: PS. DEMOSTH. c. *Neaeram* 87 (répudiation obligatoire sous peine d'atimie). Pour le droit comparé voir *Introduction* I, II 4 I.

<sup>3</sup> «Plutarchs romuliske Lov om *divortium*», *l. c.* 125 ss.

<sup>4</sup> Cf. FIDÉLITÉ 15 s.

<sup>5</sup> Voir plus loin.

<sup>6</sup> AULU-GELLE X 23. DION. II 25, 6.

il est dit expressément qu'une mère de famille romaine avait été condamnée par le conseil de famille (*a suis*) à mourir de faim parce qu'elle avait rompu le sceau de la cassette où étaient gardées les clés de la *cella vinaria*<sup>1</sup>. L'usage des boissons capiteuses (*temetum*) était, encore au temps de l'ancienne république, interdit aux femmes<sup>2</sup>. De là vient, dit Caton l'Ancien dans son traité *de dote*, que les parents baisaient les femmes sur la bouche (*jus osculi*), et si l'odeur les trahissait, elles étaient réprimandées<sup>3</sup>. Cette prohibition de boire du vin, qui pesait encore aux temps historiques sur la femme<sup>4</sup>, trouvait son explication chez les Romains eux-mêmes dans le fait que l'usage de *temetum* conduisait facilement à l'adultère et que l'adultère était la mère de tous les vices<sup>5</sup>. Et d'après Caton, la femme qui avait bu du vin était aussi sévèrement condamnée que celle qui se rendait coupable d'adultère<sup>6</sup>. Visiblement, les anciens Romains ont considéré le simple usage du vin comme une infraction aussi grave que l'adultère à la loi religieuse de la fidélité conjugale et le regardait par conséquent comme une cause de répudiation aussi juste que le délit consommé d'adultère. Il n'est donc pas improbable que le terme « falsification de clés », c'est-à-dire l'appropriation des clés de la *cella vinaria*, ait été l'expression métaphorique de cette violation particulière de l'obligation de fidélité. Le fait de boire du vin constituait à lui seul un adultère<sup>7</sup>.

Au sujet de l'acte désigné comme φαρμακεία τέκνων, c'est-à-dire l'avortement provoqué par un poison, il nous faudra certainement le mettre en rapport avec la stérilité de la femme<sup>8</sup>. Partout chez les peuples indo-européens de l'antiquité, cette stérilité semble avoir constitué, quelle que fût la sainteté de l'union conjugale, une cause de *repudium*, sans doute obligatoire au point de vue sacré. Elle est, dans les idées des anciens, un corollaire du but même du mariage, de procurer à la famille *l'heres sacrorum*. Le plus grand malheur était de mourir sans

<sup>1</sup> PLIN. *hist. nat.* XIV 13, 89 sq. Cf. POLYB. *Hist.* VI 2, 5 sqq.

<sup>2</sup> AULU-GELLE X 23, 1. PLIN. XIV 13, 89. [Trad. française GÉRAULT 1845.] VAL. MAX. II 1, 5. VI 3, 9. PLUTARQUE, *Parallèle de Numa et de Lycurgue* 3. *Quaest. rom.* 6. AELIEN, *Varia historia* II 38. LACTANCE, *Inst. divin.* I 22. HORACE, *Odes* III 12. CIC. *de re publ.* IV 6.

<sup>3</sup> AULU-GELLE X 23, 1. Cf. PLUT. *Quaest. rom.* 6. POLYB. VI 2. PLIN. XIV 13, 89 s. SCHNEIDER, *Pauly-Wissowa-Kroll, Real-Encycl. der class. Altertumswiss.* X art. *jus osculi*. NOAILLES 22 s. PAIS, *Storia di Roma* III<sup>s</sup> 392 y voit une trace de la communauté primitive des femmes.

<sup>4</sup> Sur la signification originaire de la prohibition générale du vin, qui remonte à une très haute antiquité, comprenant au début les hommes aussi, et la liaison probable avec les idées de tabou, cf. NOAILLES 26 s. CARCOPINO 29 s.

<sup>5</sup> VAL. MAX. I c. DION. II 25, 6.

<sup>6</sup> AULU-GELLE X 23, 3.

<sup>7</sup> *Introduction* I, Book II, chapt. 4 II 1.

<sup>8</sup> Pour le droit comparé voir *Introduction* I, Book II, chapt. 1 I 4.

laisser un fils de son sang. Pour ce qui est de la Rome des temps historiques, nous n'avons, il est vrai, aucun texte qui nous en donne directement un témoignage sûr<sup>1</sup>. Mais l'histoire de Carvilius Ruga reflète probablement encore la conception antique. Il sacrifia, dit-il pour sa défense, son amour et ses affections à la religion du serment. De même que l'adultère menaçait le culte des ancêtres et de ce fait l'existence de la race, de même la stérilité de la femme privait la famille d'espérance pour l'avenir, mettant par là directement en péril la perpétuation de la race. Et il en est de même pour l'avortement provoqué<sup>2</sup> et peut-être encore pour l'acte de se faire stérile<sup>3</sup>.

Il fallait pour la rupture extraordinaire du lien sacré conjugal qui faisait cesser la communauté de culte (et en même temps la *manus* du mari), une nouvelle cérémonie religieuse, un acte inverse de celui qui avait servi à conclure le mariage: la *diffarreatio*, rite, qui comportait lui aussi le sacrifice d'un *farreum libum*. En présence d'un prêtre et de témoins, on présentait aux deux époux un pain d'épeautre. Mais alors, au lieu de le manger ensemble, ils le repoussaient, et au lieu de réciter des prières, ils prononçaient des formules «d'un caractère étrange, horrible et triste»<sup>4</sup>, une malédiction par laquelle, on l'a conjecturé<sup>5</sup>, la femme renonçait au culte et aux dieux du mari.

L'union conjugale romaine établie par *confarreatio* avec tant de rites fortement religieux était nécessairement, dans son essence, indissoluble<sup>6</sup>. Dans un mariage religieux la dissolution volontaire est impossible, et dans les cas où un *repudium* est possible, il

<sup>1</sup> Il est possible que le passage du texte de Plutarque «si quelqu'un renvoie sa femme pour un autre motif (ἄλλως)» se rapporte à un fait qui, dans le passé, avait constitué une cause juste de répudiation: la stérilité de la femme. «Plutarchs romuliske Lov om *divortium*», l. c. 131 s. *Introduction I*, Book II, chapt. 1 I 4.

<sup>2</sup> Cic. *pro Cluentio* XI 32: *quae spem parentis, memoriam nominis, subsidium generis... sustulisset*. Droit hindou: *Nārada* XII 92 s. (avortement provoqué), J. JOLLY, *Indo-arische Philologie, Recht und Sitte*, II 8, p. 66.

<sup>3</sup> Droit hindou: BAUDHĀYANA IV 1, 20. LEIST, *Altarisches jus gentium* 498.

<sup>4</sup> FEST. (Verrius Flaccus) v. *diffarreatio*: ... *dicta diffarreatio, quia fiebat farreo libo adhibito*. *Fontes* II 7. Inscription du temps de Commodus C I L X 6602: *sacerdos confarreationum et diffarreationum*. Cf. PLUT. *Quaestiones romanae* 50. (Mariage d'un *flamen Dialis* au temps de Domitien une innovation? Cf. FOWLER 192<sup>3</sup>.) — Édité. H. J. ROSE: «through numerous horrible, extraordinary and dismale rites».

<sup>5</sup> FUSTEL DE COULANGES 48.

<sup>6</sup> En effet la *confarreatio* allait toucher à sa fin du moment où elle serait reconnue dissoluble en principe.



est en même temps obligatoire. La dissolubilité du mariage romain *farreo* n'est, en effet, nullement incompatible avec l'idée du mariage religieux. Elle est tout au contraire conforme aux idées qui ont créé le mariage lui-même, la défense de la perpétuation de la race.

4. Le mariage religieux accompli par la cérémonie de la *confarreatio* était, autant que nous puissions en juger sans l'appui de texte sûr, dès l'origine et de sa nature, une union exclusivement patricienne, et continuait probablement à l'être<sup>1</sup>. Tout d'abord il est, assurément, bien peu vraisemblable que les plébéiens, inaptes à toute participation au culte de la Cité, fussent capables de contracter un mariage dont la conclusion était accompagnée de tant de pompe, de tant de cérémonies fortement religieuses et en particulier d'un sacrifice administré par le *flamen Dialis* sous le contrôle du *pontifex maximus*. Le fait que la *confarreatio* ait survécu plus longtemps comme forme de mariage obligatoire pour les *flamines maiores* et le *rex sacrorum*, les derniers privilèges que gardaient les patriciens, témoigne bien, semble-t-il, lui aussi, du caractère exclusivement patricien de ce mariage religieux. Ce caractère se révèle encore dans le fait même que la *confarreatio* perdit son droit à l'existence et, lentement, peu à peu, fut abandonnée, comme institution civile, à mesure que le mariage devenait licite entre patriciens et plébéiens. Un argument de texte pourrait probablement encore être tiré du passage du *Pro Flacco*, où Cicéron veut prouver que la femme plébéienne Valeria n'était pas mariée *cum manu* avec son mari plébéien Andro<sup>2</sup>. Cicéron n'y fait pas mention de la *confarreatio* comme mode d'acquérir la *manus*. Pour quelle raison? Parce qu'elle n'était plus du tout pratiquée de son temps? Assurément non. Parce qu'elle n'était pratiquée que par les grands flamines et le *rex sacrorum*?<sup>3</sup> C'est évidemment possible. Mais, l'explication la plus probable, c'est après tout que cette forme de mariage était au temps de Cicéron, bien qu'en général

<sup>1</sup> *Brautkauf* 54 ss. Cf. KARLOWA II 165. BONFANTE, *Corso* I 43. CLARK, *History of Roman private Law* III (1919) 78 s. GEORGES CORNIL, *Ancien droit romain* (1930) 47. CORBETT 75 ss. Dans le même sens aussi WOLFF, «Trinoctium» l. c. 155. Voir pourtant KOSCHAKER 84 s.

<sup>2</sup> *Cic. pro Flacco* XXXIV 84.

<sup>3</sup> CORBETT 77.



moins recherchée par les patriciens, encore inaccessible aux plébéiens.

C'est, en effet, de la conception antique patricienne du mariage comme une union sainte, créant un *foedus* sous la protection particulière de Jupiter<sup>1</sup>, que découle l'interdiction du *conubium* entre patriciens et plébéiens<sup>2</sup>: aucune *communio sacrorum* ne pouvait s'établir entre les plébéiens, qui étaient en dehors de la *religion* de la Cité, et les patriciens; et en particulier aucune femme plébéienne ne pouvait être associée aux *sacra* d'une famille patricienne.

On a conjecturé que la *confarreatio* était, à l'origine, la forme du mariage entre patriciens de *gentes* différentes. Par là s'expliquerait la présence du grand pontife et du flamme de Jupiter, dont parle Servius, c'est-à-dire l'intervention des représentants du culte public. Dans ce cas, et dans ce cas seul, la *confarreatio* créant l'association de la femme et de l'homme dans le même culte, et comportant une *detestatio sacrorum* préalable, aurait été nécessaire. On voulait prévenir les inconvénients qui résulteraient de la confusion des cultes des deux *gentes*. Et dans cette hypothèse, on a encore conjecturé que la *coemptio* — la *coemptio* historique, sous l'aspect d'un achat fictif — était employée aux mariages entre patriciens appartenant à la même *gens*, la *confarreatio* étant en ce dernier cas inutile, puisqu'il existait auparavant une communauté des *sacra gentilicia*<sup>3</sup>. Mais, d'abord, il n'y a aucun texte à l'appui direct de cette assertion. La *confarreatio* avait certainement d'après les textes donnés une application plus étendue. De plus, le procédé de la *confarreatio* était assurément tout autant une condition préalable pour constituer la *communio sacrorum* entre patriciens de la même *gens*. L'assistance et le contrôle du grand pontife étaient également nécessaires dans ce cas, en raison de la grande importance religieuse

<sup>1</sup> SERV. Aen. IV 339: *aut foedus i. e. fidem rupisse perpetuae castimoniae . . . , aut haec in foedera veni matrimonii*. VIII 701. Cf. LEIST, *Altarisches jus civile* I (1892) 434 ss. — Varro chez SERV., *Bucolica* VIII 29: *ut Iovis omine matrimonium celebretur*. Éd. THILO.

<sup>2</sup> Sur le *conubium*, considéré au sens large originaire: «la capacité de contracter mariage» (SERV. Aen. I 73: *conubium est jus legitimi matrimonii* . . . Cf. ULP. *Reg.* V 3, 4. *conubium est uxoris jure ducendae facultas*) et sur les problèmes relatifs à la loi dite *lex Canuleia* de l'an 445 av. J.-C., voir plus loin.

<sup>3</sup> CUQ, *Institutions juridiques des Romains* (1928) 156. Cf. WOLFF, «Tri-noctium» l. c. 154. 174.

et sociale de la *transitio in sacra* que comportait l'initiation de la femme aux *sacra* de la famille du mari<sup>1</sup>. Et la présence du *flamen Dialis*, le prêtre de Jupiter, était exigée parce que le sacrifice de *farreum* est offert à Jupiter, et probablement encore fait par le *flamen* lui-même<sup>2</sup>, et parce que *Jupiter Farreus* était, semble-t-il, considéré comme témoin divin et garant du *foedus* entre l'homme et la femme qu'établissait le mariage sacré<sup>3</sup>.

D'après une autre opinion, la *confarreatio* a servi, dès l'origine, à établir un mariage religieux exclusif à certains sacerdoces. Comme argument on a invoqué que la *confarreatio* des textes que nous possédons est toujours signalée comme un mode de mariage particulièrement sacerdotal<sup>4</sup>. Mais le texte de Gaius mentionne d'abord et avant tout la *confarreatio* comme une institution ordinaire<sup>5</sup>; c'est seulement après cette observation générale qu'il dit que ce *jus (ordinandum)* est «encore de notre temps» en usage chez les flamines majeurs etc.<sup>6</sup> Cette doctrine s'appuie sur un autre argument tiré de la considération suivante: Le rôle dans la *confarreatio* du *pontifex maximus* et du *flamen Dialis* qui, loin d'être de simples témoins, la contrôlent et l'autorisent, est bien compréhensible dans le cas d'une forme particulière de mariage réservée à certains prêtres, soumis à l'autorité du grand pontife; il est cependant tout à fait inconcevable s'il s'agit d'une forme générale de mariage, parce qu'un tel contrôle contiendrait une restriction importante de la souveraineté du *paterfamilias*. Dans l'exercice de son libre arbitre, le chef de famille pouvait dans certains cas déterminés être restreint par le *judicium familiae*, mais jamais par l'intervention de l'État. Pourtant cette argumentation semble tourner, à vrai dire, dans un cercle vicieux. Elle suppose ce qu'il fallait démontrer. Elle

<sup>1</sup> Cf. FOWLER l. c. 188.

<sup>2</sup> STEPH. BRASSLOFF, «Die Erneuerung des Flaminates», *Studi Bonfante* II 372<sup>20</sup>.

<sup>3</sup> WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*<sup>2</sup> 119. Cf. WARDE FOWLER, *Roman Ideas of Deity*, lecture II. Pour cette raison la *confarreatio* était frappée de déchéance en cas que, par un coup de foudre, Jupiter manifestait sa disgrâce, SERV. Aen. IV 339: [*foedus i. e. fidem rupisse perpetuae castimoniae, quia*] *cum fuissent juncti, scirent tonuisse, quae res dirimit confarreationes.*

<sup>4</sup> KOSCHAKER 84 s.

<sup>5</sup> GAL. I 112: *Farreo in manum conveniunt per...* Cf. ULP. IX 1.

<sup>6</sup> GAL. I 112: *quod jus etiam nostris temporibus in usu est; nam flamines majores...*

considère, suivant l'opinion commune et traditionnelle, comme étant donnée d'avance la puissance sans aucune restriction du *paterfamilias*<sup>1</sup>.

5. Dans le très ancien droit civil, formé par les idées sociales et religieuses des patriciens, la femme mariée (*con*)*farreatis nuptiis* était par le seul fait de son initiation au culte de la famille de son mari soumise à la puissance du *paterfamilias* de cette *domus*; l'union *farreo* était par essence un mariage avec *manus*. Il est bien probable que la *confarreatio* ne produisait pas dès les débuts la *manus* sur la femme: l'ensemble des cérémonies de la *confarreatio*, simple rite religieux à l'origine, établissait, comme nous l'avons suggéré, seulement l'association de la femme aux *sacra* de la famille du mari. Ce n'est que plus tard, en un temps où la Cité patricienne des Tarquins<sup>2</sup> avait commencé à formuler son propre droit civil, national et proprement romain, droit matrimonial imprégné de la religion aristocratique de la *civitas*, qu'elle est devenue une forme particulièrement patricienne de mariage ayant pour conséquence immédiate l'établissement de la *manus* comme le montrent les textes<sup>3</sup>. C'est peut-être ce qui explique qu'elle soit nommée dans les textes après l'*usus*: chez Gaius, en tant que mode d'acquisition de la *manus*, et chez Servius, en tant que forme d'établissement du mariage<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Sur ce problème, relatif à la *patria potestas*, voir provisoirement *Introduction* III, *Patria potestas*, 1 «The nascent Law» (1939) p. 231 ss. cf. 143 ss. WARDE FOWLER *l. c.* 193 envisage l'hypothèse de deux sortes de *confarreatio*: (1) la forme de mariage ordinaire et exclusivement patricienne, qui a tiré son nom du sacrifice à Jupiter d'un *farreus panis*, l'élément le plus important des cérémonies du mariage patricien, et (2) un rite particulièrement solennel, exclusivement applicable au mariage du *flamen Dialis* et de la *flaminica* et, entre autres cérémonies que nous ne connaissons pas, consistant en l'usage des *sellae duae jugatae*, couvertes de la peau du mouton immolé. SERV. Aen. IV 374 cf. 103: *farreatas nuptias, quibus flaminem et flaminicam juris pontificio in matrimonium necesse est convenire*. GAI. I 112 s.

<sup>2</sup> Cf. NOAILLES 18.

<sup>3</sup> GAI. I 112: *farreo in manum conveniunt...* (ULP. *Regulae* IX 1). Cf. SERV. *Georg.* I 31: *nuptiae fiebant... farre, cum per pontificem maximum... conjungebantur*. Voir encore la connexion entre *conventio in manum* et la cérémonie de *aqua et igni accipere*, à l'origine étroitement liée à la *confarreatio*. SERV. Aen. IV 103: [*In manum*] *conventio eo ritu perficitur. ut aqua et igni adhibitis...*, *natura conjuncta habeatur; quae res ad farreatas nuptias pertinet*. Cf. IV 374: *... dum per confarreationem in nuptias convenirent*. *Fontes* II 76.

<sup>4</sup> GAI. I 110. SERV. *Georg.* I 31: *nuptiae fiebant... farre, cum pontificem maximum...* Cf. Aen. IV 374.



La formule rituelle: *ubi (quando) tu Gaius, ego Gaia*<sup>1</sup>, prononcée par la jeune femme, au dire de Cicéron<sup>2</sup>, dans le mariage par *coemptio*, signifiait sans doute que l'épouse déclarait solennellement qu'elle prenait — comme *materfamilias*<sup>3</sup> — le *nomen gentilicium* du mari, c'est-à-dire qu'elle entraînait dans la *gens* du mari<sup>4</sup> et de ce fait passait sous la *manus* du *paterfamilias* de cette *domus*. Cette formule date de temps très anciens et se rapporte sans doute aux *certa et solemnia verba* qui, d'après Gaius<sup>5</sup>, accompagnaient l'antique mariage *farreo*<sup>6</sup>. C'est probablement encore cet effet civil de la *manus* que produisait immédiatement la *confarreatio* qui nous explique la présence des dix témoins civils, soit qu'ils représentent les dix curies que comprenait chaque tribu<sup>7</sup> ou que le chiffre se rattache aux dix *gentes* qui auraient constitué chaque curie<sup>8</sup>, ou bien qu'il vienne simplement de ce que la famille de chacun des époux était représentée par cinq témoins (*vicini*)<sup>9</sup>.

Toute union légitime d'après les principes de l'ancien droit civil patricien impliquait la *manus* du chef de la famille sur la femme: seul le mariage avec *manus* constituait de *justae nuptiae* et seule la cérémonie religieuse de la *confarreatio*, qui initiait la femme aux *sacra* de la famille du mari et de ce fait même produisait la puissance du chef de famille sur la femme, pouvait établir la *manus* au sens du droit civil patricien. Toute autre union conjugale que ce mariage sacré n'était pas un mariage complet; accomplie sans les rites religieux du droit sacré patricien, elle était aux yeux des patriciens sans aucune valeur d'après le *jus proprium civium Romanorum*.

L'ancien mariage plébéien «par achat», la *coemptio* du style primaire<sup>10</sup>, était assurément, lui aussi, entouré des rites religieux

<sup>1</sup> PLUT. *Quaest. rom.* 30: ὅπου σὺ Γαῖος, ἐγὼ Γαῖα. *Script. Graeca Bibl. Plut. Moralia.* I 385.

<sup>2</sup> CIC. *pro Murena* XII 27.

<sup>3</sup> Cf. AULU-GELLE XVIII 6, 9. Cf. SERV. *Aen.* XI 476. ISID. IX 7, 13. *Fontes* II 74.

<sup>4</sup> MOMMSEN, *Röm. Forschungen* I 11 ss. — Cp. la formule hindoue *Çāṅkhāyana* I 13. LEIST. *Altarisches jus gentium* 150 s.

<sup>5</sup> GAL. I 112: *conplura praeterea . . . cum certis et sollemnibus verbis . . . aguntur et fiunt.*

<sup>6</sup> Cf. QUINT. *Inst. oratoria* I 7, 28: *quia tam Cajas esse vocitatas quam Cajos etiam ex nuptialibus sacris apparet.* Édit. BUTLER 1921. — Voir *Brautkauf* l. c. 59 ss.

<sup>7</sup> GIRARD, *Droit romain*<sup>3</sup> (1929) 165.

<sup>8</sup> Cf. CORBETT 75.

<sup>9</sup> A.-E. GIFFARD, *Droit romain*<sup>3</sup> (1938) 227.

<sup>10</sup> Sur le caractère juridique du mariage dit «par achat», voir provisoire-

qui le distinguaient d'une union purement passagère. Mais ces vieux rites populaires, aussi anciens sans doute que les actes eux-mêmes qu'ils accompagnaient, n'étaient pas ceux des patriciens. L'ensemble complet des cérémonies religieuses à accomplir au milieu de la récitation des prières et des formules saintes, était révélé aux sacerdoces patriciens et fixé par eux dans le droit sacré. Les plébéiens, hors de la *religion* de la Cité patricienne, ne le connaissaient pas. Pour les plébéiens il n'y avait pas de *justae nuptiae*, pas de mariage légitime ayant pour conséquence immédiate la *manus* et le principal effet juridique qui en découle: la paternité légitime et la *patria potestas* sur les enfants<sup>1</sup>. Le plébéien pouvait avoir, il est vrai, sur la femme et sur les enfants une puissance naturelle et de fait, le pouvoir que donne le droit de propriété au sens primitif du terme; mais la puissance du droit civil patricien, la *manus*, n'existait pas pour lui. Et sans *justae nuptiae* impliquant l'initiation de la femme au culte de la famille du mari et créant ainsi cette solidarité sacrale des générations, qui dans la Rome primitive était l'élément constitutif de la parenté civile, il n'y avait point de lien agnatique, et sans *agnatio* point de famille. C'est pourquoi les patriciens pouvaient dire des plébéiens: *gentem non habent*<sup>2</sup>.

C'est probablement cette conception patricienne de la famille plébéienne qui se reflète dans la définition singulière du *patricius*, que donne en termes rhétoriques P. Decius Mus chez Tite-Live au cours de la discussion sur la *lex Ogulnia*: «patricien est, dit-il, celui seul qui peut citer un père»<sup>3</sup>. Denys d'Halicarnasse et Plutarque la reprennent sous la forme plus précise: «patricien est celui qui seul peut faire preuve (ἀποδείξει) d'avoir un père», ce qui veut dire «celui qui seul a un père légitime»<sup>4</sup>. Cette définition doit être de très ancienne date, puisque

ment *Brautkauf* I. c. 74 ss. Cf. dernièrement KOSCHAKER, «Die Eheformen» (1937) 79 ss. [Je compte reprendre plus tard mes études anciennes en présence des dernières recherches.]

<sup>1</sup> Sur ces problèmes voir plus loin.

<sup>2</sup> TITE-LIVE X 8, 10. Cf. AULU-GELLE X 20, 5.

<sup>3</sup> TITE-LIVE X 8, 10: *patricios qui patrem citare possunt*... ESMEIN I. c. 6. *Brautkauf* 58. J. BINDER, *Die Plebs* (1909) 403: Les plébéiens vivaient encore sous le régime de «la famille maternelle». Cf. WOLFF I. c. 153<sup>2</sup>.

<sup>4</sup> DION. II 8: ὅτι πατέρας εἶχον ἀποδείξει μόνοι. PLUT. *Romulus* 13. (Pour TITE-LIVE comme pour Dionys les premiers patriciens étaient les descendants des cent sénateurs élus par Romulus. TITE-LIVE I 8. DION. II 8. Cf. CIC. *de re publ.* II 8, 14.)

nous la retrouvons chez plusieurs auteurs anciens, considérée comme quelque chose dont le sens originaire échappait à la science certaine. La phrase n'est pas bien claire. Et en effet, P. Decius Mus n'apporte pas trop de lumière sur le sens du passage par son explication supplémentaire: «c'est-à-dire (*id est*) celui qui était simplement ce que nous nommons *ingenuus*»<sup>1</sup>. Pourtant P. Decius Mus a probablement voulu dire que pour les plébéiens, dans la pensée des patriciens, il n'y avait rien de ce qui pouvait s'appeler *gens*: il n'y avait pas pour eux de famille au sens strict des patriciens, puisqu'ils ne pouvaient citer leur père. Nous pouvons peut-être aller plus loin et mettre cette conception patricienne de la famille plébéienne en rapport avec les idées religieuses fondamentales de la Rome primitive patricienne. Pour le plébéien, étant en dehors de la *religion* de la Cité patricienne, et, de ce fait, sans culte, il n'y avait pas, aux yeux des patriciens, d'ancêtres. Si haut qu'il pût remonter dans la série de ses aïeux, il n'arriverait jamais à un chef de famille, à un *pater familias*, au sens social et religieux, à un *pater*: il n'avait pas de père légitime. Par contre, le patricien, en remontant la série de ses ancêtres, rencontre toujours un *pater*, un *paterfamilias* au sens du droit civil patricien; le patricien lui-même était un *patricius*, ce qui veut dire «un fils de père» (*gentem habet*)<sup>2</sup>. Si ces hypothèses sont bien exactes, nous sommes portés à croire que P. Decius Mus n'entend pas par le terme «*ingenuus*» («l'ingénu») au sens technique de «né libre», mais au sens social et religieux de «né en mariage légitime», à savoir celui qui est reconnu «légitime», ce qui veut dire celui qui a un père légitime, un *pater*. Et nous pouvons assez aisément comprendre le rapprochement singulier de *patricius* et d'*ingenuus*.

6. Dans l'opinion commune, l'union avec *manus* accomplie par la *confarreatio* produisant les effets du droit civil patricien:

<sup>1</sup> TITE-LIVE X 8, 10: *id est, nihil est ultra quam ingenuos*. Cette explication se retrouve chez CINCIUS dans un fragment de son traité *De comitiis*, qui nous a été transmis par FESTUS v. *patricios*: *Patricios Cincius ait in libro de comitiis, eos appellari solitos, qui nunc ingenui vocentur*.

<sup>2</sup> *pater* a, dès le début, une valeur sociale, et partant religieuse: *pater* est le chef de la maison (*domus*), de la famille, le *paterfamilias*. Cf. mon *Introduction* II 19 f. Les *patres* étaient les chefs de famille des générations successives. Et *patricius* est dérivé de *patres* dans ce sens social (politique) et religieux. Cf. ERNOUT et MEILLET v. *pater*. BONFANTE, *Histoire du droit romain* I (1928) 114: *patres* ou *patricii*, c'est-à-dire maîtres ou descendants de maîtres.



la *patria potestas* sur les enfants et la parenté civile, l'*agnatio*, constituait, à l'origine, le seul mariage vrai, le *juste* mariage. Et cette conception dominante a dû de bonne heure entraîner une évolution parallèle dans le droit romain commun en matière matrimoniale: A l'origine, la *manus*, au sens du droit civil patricien, s'établissait comme une conséquence immédiate de l'initiation de la femme aux *sacra* domestiques du mari, ayant pour corollaire son admission dans la famille agnatique du mari, la *conventio in manum*<sup>1</sup>. La *manus* au sens du *jus civile* constituait dès lors une institution particulière patricienne: elle ne pouvait se faire que par la cérémonie de la *confarreatio*. A une époque donnée, sans doute à la suite de la reconnaissance d'un mariage légitime sans *manus*, il s'est opéré dans l'opinion commune qui se manifestait dans le droit coutumier patricien, un changement important du mode de formation de la *manus*. Il vint un temps où, par l'effet d'une évolution sociale, l'établissement direct de la *manus* fut possible par les procédés particuliers et indépendants de l'*usus* et de la *coemptio*. Dans certaines conditions, en vertu de la consécration du temps, la vie commune ininterrompue pendant plus d'un an (*usus anno continuo*), l'*usus* historique, et plus tard l'acte purement civil de la *coemptio*, application détournée de la *mancipatio*<sup>2</sup>, conféraient la *manus* à un mariage valable préexistant. L'acquisition de la *manus* créait un mariage légitime d'après le droit civil, un mariage avec *manus*. C'est probablement pour cela que Gaius désigne la *coemptio* comme *matrimonii causa facta*<sup>3</sup>. La *coemptio* était aussi peu que l'*usus* historique un mode de formation du mariage; elle n'était, en effet, qu'un mode de formation de la *manus*. Et l'établissement de la *manus* entraîna — ou a fini par entraîner — dès lors, dans les deux cas, les mêmes effets, vraisemblablement

<sup>1</sup> La *domus* antique romaine comprenait aussi, il est vrai, dès le début, des personnes (*servi* etc.) qui étaient soumises à la puissance du *paterfamilias* sans toutefois participer aux *sacra* de la famille. Mais assurément cette puissance n'était pas la puissance agnatique, la *manus* du droit civil patricien, qui impliquait l'association à la famille agnatique et l'initiation aux *sacra* domestiques. Voir pourtant WOLFF 152.

<sup>2</sup> Sur l'histoire de l'institution de la *coemptio* (historique) et son caractère juridique, voir *Brautkauf* 56 ss. Cf. d'ailleurs ROSSBACH 74 ss. ESMEIN 5. KARLOWA II 158 ss. 165 ss. MUIRHEAD, *Hist. Introduct. to the private Law of Rome*<sup>3</sup> 60. BINDER 412. GIRARD 165. CUQ 156. CORNIL 47. CORBETT 79 ss. Voir dernièrement KOSCHAKER 83 ss.

<sup>3</sup> GAI. I 114. *Brautkauf* 54.

encore au point de vue sacré, qu'avait à l'origine la cérémonie de la *confarreatio*: l'association de la femme plébéienne aux *sacra* de la famille patricienne du mari.

Au début, la *manus* sur la femme était une condition essentielle et nécessaire des *justae nuptiae* de l'ancien droit patricien. Et dans ce droit primitif, seuls étaient soumis à la *patria potestas*, et par conséquent tenus pour légitimes, les enfants dont la mère, d'après le droit civil, était *in manu mariti*.

Les idées «juridiques», si l'on veut, qu'exprimaient ces notions antiques de l'autorité du père sur l'enfant, dérivant de la puissance sur la mère, avaient sans doute, dès le début, passé sensiblement par une lente évolution profonde pour finir par prendre ce caractère proprement romain que nous trouvons dans l'ancienne Rome patricienne. D'après le principe primitif, la femme mariée appartient tout simplement à l'homme en vertu d'un droit de propriété, c'est-à-dire, au sens mystique primitif du terme: une émanation de sa *personnalité*, et les enfants appartiennent à l'homme qui possède la mère, à l'homme à qui «appartient le lit»<sup>1</sup>. Nous retrouvons des traces de ces idées dans le droit hindou. En dehors de toute considération de paternité de fait, les enfants que la femme mettait au monde appartenaient *de droit* à son mari, de même que les fruits d'une chose appartenaient au propriétaire de cette chose<sup>2</sup>. Le mariage lui-même constituait, pour ainsi dire, l'acte juridique par lequel l'homme acquérait le droit de propriété sur la femme<sup>3</sup>. Par contre, entre la mère et l'enfant il n'y avait par le seul fait de la maternité que le lien naturel du sang (*cognatio*). Il n'existait une parenté ayant des effets juridiques de droit civil: la parenté civile (*ag-*

<sup>1</sup> La conception primitive que le rapport entre le père et l'enfant, né de la mère, reposait sur le «droit de propriété» pourrait être ramenée à l'opinion, visiblement répandue dans l'antiquité, que seule la semence de l'homme avait de l'importance dans la procréation. *Introduction* III 1, p. 228 s.

<sup>2</sup> *Brautkauf* 107. KOSCHAKER, «Die Eheformen» (1937) 99.

<sup>3</sup> Si le but du mariage était avant tout la perpétuation de la famille, il semble que le fils, qui est le propagateur direct de celle-ci, eût dû en être, dans les idées primitives, le personnage principal. Mais au point de vue du système matrimonial, la femme devait en former l'élément central: la *manus* sur la femme était la notion initiale et la (*patria*) *potestas* sur les enfants le dérivé. Plus tard, quand apparut aussi un mariage *sans manus* tout à fait valable, ce qui a vraisemblablement conduit à la différenciation terminologique dans les notions de *manus* et de (*patria*) *potestas*, et quand, surtout, le mariage avec *manus* perdit socialement son importance prédominante, la *patria potestas* devint l'autorité prototypique de la famille.

*natio*), que dans le cas où la mère était mariée avec son mari en mariage *cum manu*<sup>1</sup>.

Anciennement les deux idées de mariage légitime d'après le droit civil patricien et de *manus* devaient se confondre. La règle des XII Tables relative à l'*usus* suppose encore la *manus* comme le complément naturel du mariage romain. La *manus* s'établit automatiquement par le seul fait que la vie commune n'a pas été expressément interrompue<sup>2</sup>. Cependant, à un moment donné, dès avant la fin de la République, l'idée du mariage légitime et la notion de *manus* se sont distinguées définitivement. Il existait alors un *justum matrimonium* tant avec *manus* que sans *manus*. La *confarreatio*, déjà peu fréquente au temps de Cicéron, était tellement déchuë sous Tibère, qu'on eut peine à trouver seulement trois patriciens issus de *nuptiae confarreatae*, condition requise pour être nommé flamine de Jupiter<sup>3</sup>. Visiblement la *coemptio* n'est déjà plus au temps de Cicéron qu'une antiquité juridique<sup>4</sup>. A l'époque des juristes classiques le mariage *sine manu* est devenu la forme habituelle.

C'est ainsi qu'un temps est venu où le droit romain a admis que les enfants pussent être soumis à l'autorité du *paterfamilias*, qu'il pût y avoir un mariage légitime, sans que la femme tombât sous la puissance du chef de famille, la *manus* n'étant plus une condition essentielle des *justae nuptiae*. La puissance sur l'enfant n'est plus considérée comme dérivant de la puissance sur la mère, mais simplement de la paternité légitime. Le droit romain a légitimé une union conjugale conférant à la femme une indépendance à la fois personnelle et économique, qui, de fait, n'impliquait pas seulement une rupture décisive avec l'idée sociale et morale que les anciens patriciens se faisaient du mariage, considéré par eux comme une communauté complète d'existence, religieuse et économique, entre l'homme et la femme, mais qui marquait encore, et en particulier, une dérogation essentielle aux principes mêmes sur lesquels reposait au point de vue social

<sup>1</sup> Introduction III 1, p. 155 ss.

<sup>2</sup> Voir plus loin.

<sup>3</sup> Il fallut admettre que la femme du flamine tomberait sous la *manus* de son mari seulement au point de vue religieux et non au point de vue civil. Tac. *Annales* IV 16 (Une loi de l'an 23 av. J.-C.). Cf. Gal. I 111. BRASSLOFF, *Studi Bonfante* II 370 ss.

<sup>4</sup> Des trois modes de former un mariage *cum manu*, celui qui a disparu le premier fut l'*usus*.



et juridique toute l'organisation de l'antique famille patriarcale, c'est-à-dire la soumission générale de l'entière *domus* à la puissance exclusive du chef de famille, à la *patria potestas* du *paterfamilias*.

La question de savoir à partir de quel moment et par quels motifs d'ordre social s'est d'abord introduit dans le droit romain matrimonial un tel système juridique comportant une restriction si fondamentale de la puissance du *paterfamilias* sur sa *domus*, est assurément de la plus grande importance pour qu'on puisse se faire une idée sociologiquement documentée de l'histoire de l'ancienne famille romaine, de l'antique notion du mariage, et, en particulier, de la *patria potestas*.

Prenant pour point de départ l'indépendance à la fois personnelle et économique de la femme mariée, la doctrine traditionnelle a voulu signaler comme date de l'apparition du mariage sans *manus* celle des premiers textes qui supposent l'existence de ce mariage, c'est-à-dire le temps d'Ennius et de Caton l'Ancien. La *lex Cincia* de l'an 204 avant J.-C. implique une règle d'origine coutumière qui interdit les donations entre époux<sup>1</sup>. Or, donations présupposent des biens propres, et des biens propres supposent un mariage sans *manus*. Dans le discours prononcé par Caton dans la discussion sur la *lex Voconia* de 169, la femme est également supposée avoir des biens propres<sup>2</sup>. Enfin dans le fragment de la tragédie «Chresphontes» d'Ennius, écrite peu avant l'an 169, la femme est supposée être restée malgré le mariage sous la *patria potestas* de son *pater*, qui a le droit de dissoudre le mariage en reprenant sa fille<sup>3</sup>. Le mariage sans *manus* se serait introduit vers l'an 200 avant J.-C.: la *manus* était incompatible avec les mœurs nouvelles, qui, sous l'influence de l'individualisme de la philosophie grecque, favorisaient l'indépendance personnelle et économique de la femme et étaient ainsi

<sup>1</sup> PAUL. *Fragmenta Vaticana* 302. GIRARD, *Textes*<sup>4</sup> 562.

<sup>2</sup> CATO ap. AULU-GELLE XVII 6, 8: *mulier et magnam dotem dat et magnam pecuniam recipit*.

<sup>3</sup> AUCT. *ad Herenn.* II 24, 38: La fille fait des reproches à son père en disant: *cur talem invitam invitum linquere cogis?* MERRY, *Fragments of Roman Poetry* 53. Le fragment reflète d'ailleurs peut-être le droit grec. Cf. ERDMANN, *Zeitschr. der Sav.-Stift.*, Röm. Abteil. LVII 433<sup>4</sup>. Voir pourtant E. LEVY, «Verschollenheit und Ehe in antiken Rechten», *Gedächtnisschr. f. Emil Seckel* (1927) 153 s.

en voie de transformer l'antique famille patriarcale<sup>1</sup>. Le mariage *sine manu* serait donc plus récent que le mariage *cum manu*: il en constituait une amélioration.

Mais, en réalité, le mariage établi sans *manus* existait sans aucun doute dès l'époque des XII Tables. L'institution de l'*usus* des textes le suppose<sup>2</sup>. Pour connaître le caractère de ce mariage particulier, sa formation et ses effets juridiques, il nous faudra donc tout d'abord étudier ces textes.

<sup>1</sup> KARLOWA, II 168. GIRARD, *Droit romain*<sup>8</sup> (1929) 162 s. P. VINOGRADOFF, *Outlines of hist. Jurisprudence* I (1920) 242. BUCKLAND, *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian* (1921) 120. E. LEVY, *Hergang der röm. Ehescheidung* (1925) 68. Cf. pourtant *Zeitschr. der Sav.-Stift.* LII (1932) 532. MANIGK, PAULY-WISSOWA, *Real-Encycl.* XIV, art. *manus*, col. 1390—1392. Cf. KUNKEL, *ebenda* XIV, art. *matrimonium*, col. 2261 s. BONFANTE, *Corso* I 42; cf. pourtant 53 f. Cf. H. LÉVY-BRUHL, « Les origines du mariage *sine manu* », *Rev. d'histoire du droit* (Haarlem) XIV (1936) 459 ss. WOLFF 146 s.

<sup>2</sup> Voir mes *Quelques observations sur les origines du mariage par usus et du mariage sans manus dans l'ancien droit romain* (1926) 5 ss. Cf. ESMEIN, 10 s. CUQ 167. CORNIL 48. CORBETT 86 s. 90. JOLOWICZ, *Hist. Introduct to the Study of Roman Law* (1932) 239. R. MONIER, *Manuel élément. de droit romain* I (1935) 336<sup>3</sup>. KUNKEL, *Röm. Privatrecht* (1935) 279. Pour le droit comparé HERBERT MEYER, « Friedelehe und Mutterrecht » *Zeitschr. der Sav.-Stift.*, Germ. Abt., XLVII (1927) 244 ss. KOSCHAKER 121 ss. Voir plus loin.

DEUXIÈME PARTIE  
LE MARIAGE POPULAIRE  
ÉTABLI SANS *MANUS*

I.

**L'*usus* des textes et l'union *matrimonii*  
*causa* à laquelle l'*usus* conférait la *manus*. — Un mariage  
populaire établi sans *manus*\*.**

GELLIUS, *Noctes Atticae* III 2, 12: *Q. quoque Mucium iureconsultum dicere solitum legi non esse usurpatam mulierem, quae, cum Kalendis Ianuariis apud virum matrimonii causa esse coepisset, ante diem IV. Kalendas Ianuarias sequentes usurpatum isset: non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex duodecim tabulis deberet, (quoniam tertiae noctis posterioris sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis)*. Edit. HOSIUS.

GAIUS, *Instit.* I 111: *Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat; quia enim velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat. Itaque lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo cujusque anni usum interrumperet. Sed hoc totum jus*

\* Le premier essai, à mon sens, fondamental de rechercher les origines du mariage sans *manus* et l'évolution historique de l'*usus*, a été fait depuis longtemps par ESMEIN dans son remarquable travail sur « La manus, la paternité et le divorce dans l'ancien droit romain », *Mélanges d'hist. du droit* (1886) p. 9 s. Voir d'ailleurs mon *Mariage par usus* (1926) 27 ss. — Différentes remarques relevant certains détails importants se rencontrent dispersées chez KARLOWA II 167 s. R. SOHM, *Institutionen*<sup>4</sup> (1911) 619 ss. (SOHM-MITTEIS-WENGER, *Inst.*<sup>17</sup> 1924). BINDER 415 s. R. VON MAYR, *Röm. Rechtsgesch.* I 2 (1912) 9. Cf. II 2, 9. CORNIL, *Ancien droit romain* (1930) 47. CORBETT, *op. cit.* 86 s. Voir encore H. LÉVY-BRURL, « Les origines du mariage *sine manu* », *Rev. d'hist. du droit* (Haarlem) XIV (1936) 453 ss. H. J. WOLFF, « Trinoctium », *ibenda* XVI (1938) 145 ss.

Aucun de ces auteurs, cependant, ne fait la distinction de toute importance et de grande portée, au point de vue historique, entre deux institutions d'*usus*: l'une plus récente, l'*usus* historique des textes, et l'autre plus ancienne, l'*usus* primitif. Sur ce problème fondamental, voir plus loin.



*partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est.* Edit. KÜBLER 1928.

SERVIVS in *Georg.* I 31: *tribus enim modis apud veteres nuptiae fiebant: usu, si verbi gratia mulier anno uno cum viro, licet sine legibus, fuisset . . .* Edit. THILO.

BOETHIVS in *Topica* III 14: *Tribus . . . modis uxor habebatur: usu farreo coemptione; sed confarreatio solis pontificibus conveniebat. Quae autem in manum per coemptionem convenerant, eae matresfamilias vocabantur, quae vero usu vel farreo, minime.* CIC. *Top.* III 14: *Genus est uxor, eius duae formae; una matrumfamilias, eae sunt quae in manum convenerunt; altera earum, quae tantummodo uxores habentur.* BRUNS, *Fontes* II<sup>7</sup> 73.

1. Dans un passage, toujours quelque peu négligé, d'un fragment du traité *De jure civili* de Q. Mucius Scaevola (cos. 98), le grand pontife et célèbre juriconsulte, qui le premier fit un exposé systématique du *jus civile*, on trouve le plus ancien texte juridique de caractère authentique où il soit question de l'*usus* en matière matrimoniale. Ce texte, qui nous a été conservé par Aulu-Gelle, suppose que le délai de l'*usus* avait pour point de départ le jour où la femme avait commencé à vivre «*apud virum matrimonii causa*»<sup>1</sup>. Il en ressort qu'à l'époque historique l'*usus* a été appliqué à une union *matrimonii causa* établie sans formes civiles, «*sine legibus*», comme le dit Servius dans son commentaire des «Géorgiques»<sup>2</sup>, c'est-à-dire sans les formes solennelles de la *confarreatio* ou — à une époque ultérieure — sans le procédé de la *coemptio*. C'est donc en ce sens qu'il faut chercher à comprendre le texte bien connu où Gaius donne pour une condition de l'*usus* que (*feminam*) *anno continuo nuptam perseverasse*<sup>3</sup>.

Les textes ne nous fournissent aucun renseignement direct sur le caractère juridique de cette union *matrimonii causa* à laquelle se rapporte l'*usus*. Tout ce que nous en savons, c'est que l'*usus*, tel qu'il apparaît dans nos textes, par le seul usage prolongé pendant un an (*anno continuo*), par une sorte (*velut*) d'usucapion, produisait les mêmes effets civils que l'acte

<sup>1</sup> AULU-GELLE III 2, 12 sq. MACROB. *Sat.* I 3, 9.

<sup>2</sup> SERV. *Georg.* I 31: *si . . . mulier anno uno cum viro, licet sine legibus, fuisset.*

<sup>3</sup> GAL. I 111.

juridique: la *coemptio*. Selon Gaius, *nupta in familiam viri transibat filiaque locum obtinebat*, c'est-à-dire qu'au bout d'un an de vie commune ininterrompue, la *nupta* entrait dans la famille agnatique du mari et passait de ce fait sous la puissance (*manus*) du chef de famille de cette *domus*<sup>1</sup>. L'examen purement linguistique des textes ne nous donne pas non plus, au premier abord, de renseignements décisifs. L'expression *matrimonii causa esse*, employée par Q. Mucius, peut, prise en elle-même, tout aussi bien se concilier avec l'idée d'une union conjugale irrégulière ou préliminaire qu'avec celle d'un mariage régulier. Quant au terme de *nupta* dont se sert Gaius, il n'a pas un sens technique plus précis que le mot grec *νύμφη*, d'après les anciens de même origine<sup>2</sup>, et peut signifier tout aussi bien «la femme mariée»<sup>3</sup>, «la nouvelle épouse»<sup>4</sup>, que simplement «la fiancée acquise *matrimonii causa*, et non encore définitivement épousée»<sup>5</sup>.

Pourtant il est certain que l'union à laquelle l'*usus* des textes conférait la *manus* était quelque chose de plus qu'une simple union de fait: c'est ce qui ressort de la règle de l'interruption de la vie commune, l'*usurpatio trinoctii*, qui nous a été rapportée par les jurisconsultes romains. D'après Gaius, une disposition de la loi des XII Tables stipulait *ut si qua (nupta) nollet eo modo (= usu) in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset*<sup>6</sup>. Si donc, au cours de l'année, la *nupta* s'absentait trois nuits de suite du domicile conjugal, elle interrompait l'*usus* et empêchait de ce fait l'établissement de la *manus*. Un *trinoctium* répété chaque année pouvait par conséquent suffire à empêcher perpétuellement l'*usus*. Or, une telle répétition annuelle, par laquelle la femme manifestait sa volonté, non point de rompre

<sup>1</sup> GAL. I 111 (*filiae loco*). Cf. II 159 (*neptis loco*).

<sup>2</sup> Voir ci-dessus.

<sup>3</sup> Voir par ex. VARRO chez SERV. Aen. IV 166: *Juno uni tantum nupta est*.

<sup>4</sup> Voir par ex. FESTUS v. *aqua et igni*: *tam ... quam accipiuntur nuptae*. Fontes II 3, cf. v. *facem*. Cf. v. *nuptam*: *nuptam a Graeco dictam. Illi enim nuptam νέον νύμφην appellant*. SERV. *Bucolica* VIII 29: *ut nupta matrona sit*. Cf. ci-dessus MACROB. *Sat.* I 15, 21. OVID. *Fasti*. IV 788. 792: *ignis et unda ... his nova fit conjux*.

<sup>5</sup> FEST. v<sup>bis</sup> *cingillo*, *cinxiae Junonis*, *corolla*. Cf. BLÜMNER 351. Voir encore GAL. I 68: *nupta* employé en parlant d'une civis Romana «mariée par erreur» à un *peregrinus* (privé du *conubium*?). Cf. I 64: *nefariae atque incestae nuptiae*. Pour ce qui est du terme «maritus», voir également GAL. I 68.

<sup>6</sup> GAL. I 111. Cf. Q. MUCIUS ap. GELL. III 2, 12: *abesse a viro (usurpandi causa) ex duodecim tabulis*.

effectivement la vie commune — puisque au contraire celle-ci devait se poursuivre —, mais simplement et précisément<sup>1</sup> de ne pas se soumettre à la *manus* de son mari, doit impliquer un état juridique, dans lequel une certaine union *matrimonii causa* établie sans formes civiles et par conséquent contractée *mutuo consensu* des parties elles-mêmes, était reconnue comme mariage légitime.

En effet, au point de vue social, on ne voit guère comment il serait possible d'expliquer autrement le droit accordé, ou plutôt sanctionné par les XII Tables, d'éviter perpétuellement, par l'*usurpatio trinocitii*, l'acquisition de la *manus*, car il est bien invraisemblable que l'opinion commune se révélant dans le droit dit coutumier, ait voulu favoriser par cette disposition la prolongation des simples unions de fait même tolérées. De plus, la transformation automatique, par l'établissement de la *manus*, de n'importe quelle cohabitation *anno continuo* en mariage légitime, aurait été certainement, dans bien des cas, contraire aux intentions des parties et notamment à la volonté de l'homme. En tout cas, le droit coutumier n'aurait pas manqué d'accorder à celui-ci la faculté d'empêcher l'acquisition de la *manus*. Or, d'après les textes, la femme seule était admise à interrompre l'*usus*<sup>2</sup>.

Cette conception est d'ailleurs celle qui répond le mieux aux expressions des textes juridiques: l'*usus* historique, de même que la *coemptio*, n'y est cité que comme un moyen d'acquérir la *manus*<sup>3</sup>. L'*usus* des textes semble donc impliquer, d'après les termes mêmes, un mariage valable préexistant. Et Gaius, parlant de la femme qui au bout d'un an de vie ininterrompue tombait sous la *manus* du mari, dit: *quae . . . nupta perseverabat*. Notons encore que l'expression de Q. Mucius «*matrimonii causa esse*» se retrouve chez Aulu-Gelle au sens de «*matrimonio esse*»<sup>4</sup> et que le mot *nupta* correspond dans le texte de Gaius relatif à l'*usus* à celui de *maritus*, tout comme le terme *mulier* dans le texte relatif à la *coemptio*<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Q. MUCIUS l. c. (*abesse a viro*) *usurpandi causa*.

<sup>2</sup> GAI. I 111: *Itaque lege XII tab. cautum est, ut si quae nollet eo modo . . .* Remarquez «*cautum est*», c'est-à-dire: la loi prescrivait en faveur de la femme . . .

<sup>3</sup> GAI. I 110 cf. 111 ss. CIC. *pro Flacco* XXXIV 84.

<sup>4</sup> AULU-GELLE IV 3, 3. Cf. ci-dessus.

<sup>5</sup> GAI. I 111 cf. 114. Cf. SERV. *Georg.* I 31 (*mulier*).



Il faut donc admettre que l'union à laquelle l'*usus* historique *anno continuo* conférait la *manus* et que, selon les textes, nous définirons provisoirement comme une union *matrimonii causa* contractée *mutuo consensu* sans formes civiles, était en elle-même considérée comme un mariage légitime<sup>1</sup>. Les textes nous permettent même de présumer que cette évolution juridique avait atteint son plein développement dès l'époque antérieure aux XII Tables<sup>2</sup>.

Pour ce qui est des effets juridiques de cette union *matrimonii causa* formée sans *manus*, nous en sommes réduits à de simples hypothèses. Si nous considérons cependant que, selon les termes de Q. Mucius, cette cohabitation conjugale, pendant le cours de la première année de l'*usus*, s'établissait *matrimonii causa*, c'est-à-dire *liber. quaer. causa*, on est dès l'abord bien tenté de conjecturer que les effets de la reconnaissance sociale et légale se sont manifestés avant tout à l'égard des enfants. La mère n'étant pas *jure proprio civium Romanorum*<sup>3</sup> soumise à la *manus* du mari ou plutôt à celle du *paterfamilias* de la famille du mari<sup>4</sup>, il est certain qu'elle n'appartenait pas au sens intellectuel et juridique des anciens Romains patriciens à la *domus* de son mari. Par rapport aux *sacra* de la famille de son mari, elle était par conséquent une étrangère: sans *transitio in familiam mariti*, point de participation au culte domestique<sup>5</sup>. Dans la maison de son mari, elle n'était pas *materfamilias*, mais simplement *uxor*<sup>6</sup>. Par contre, elle continuait à faire partie de sa famille

<sup>1</sup> *Mariage par usus* 8 cf. 6 s. 30. CORBETT 86 s. H. LÉVY-BRUHL *l. c.* 457 s. Cet auteur a voulu tirer un autre argument de texte de CIC. *pro Flacco* XXXIV 84. [M. LÉVY-BRUHL a d'ailleurs mal compris mon explication des textes. Cf. KOSCHAKER «Die Eheformen» (1937) 125.] Dans ce sens aussi WOLFF *l. c.* 148.

Contre cette hypothèse PAUL MEYER, *Röm. Konkubinat* (1895) 15. KARŁOWA II 162 s. GIRARD 162<sup>5</sup>. VINOGRADOFF I 244.

<sup>2</sup> Q. MUCIUS ap. AULU-GELLE III 2, 12. GAL. I 111.

<sup>3</sup> GAL. I 108 ss.

<sup>4</sup> GAL. I 111. Cf. II 159. AULU-GELLE XVIII 6, 9.

<sup>5</sup> GAL. I 111. Cf. SERV. *Aen.* II 156. *Fontes* II 76.

<sup>6</sup> CIC. *top.* III 14 : *tantummodo uxor(?)*. AULU-GELLE XVIII 6, 9 : *matrem familias appellatam esse eam solam, quae in mariti manu . . . esset, quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset*. Cf. ci-dessous SERV. *Aen.* XI 476. 481. ISID. IX 7, 13. *Fontes* II 73. — Sur l'étymologie du mot *uxor* voir ERNOUT et MEILLET, *Dict. v. uxor*. (La «femme prise» par le mari *lib. quaer. causa*). Cf. WALDE, *Etym. Wörterb. d. lat. Sprache*<sup>2</sup> v. *uxor*. (Die «heimgeführte?»). Sur *matrimonium* voir ci-dessus ERNOUT et MEILLET v. *mater*. («Maternité légale»). Cf. WACKERNAGEL, *Festgabe für Kägi* (1919) 41 : «Stellung als *mater familias*». I. B. HOFFMANN chez WOLFF 165.

naturelle, y participait toujours aux *sacra*, et, comme *filiafamilias* de la maison paternelle, restait sous la puissance de son *pater*. Et de même qu'elle était personnellement sans devoirs et sans droits envers la famille de son mari, de même elle n'était pas non plus au point de vue économique rattachée à cette *domus*. Sans *conventio in manum*, point de transfert *dotis nomine*<sup>1</sup> des biens de la femme au patrimoine du mari. Elle n'avait pas non plus — à une époque ultérieure — les droits de succession « ab intestat » *suae heredis loco*<sup>2</sup>. Mais si la légitimité de la mère comme « maîtresse de maison » était sur tous les points essentiels pour le moins bien réduite, il ne peut être que logique de chercher la légitimation incontestable de cette union *matrimonii causa*, ayant assurément certains effets juridiques, dans les rapports à l'égard des enfants.

Il est certain qu'aucun lien de parenté civile, aucune *agnatio*, ne liait directement la mère à ses enfants. Dans la Rome primitive — comme j'ai cherché à le montrer par ailleurs<sup>3</sup> — la communauté religieuse, la solidarité sacrale de la famille et des générations, était l'élément constitutif de la parenté civile: or, la participation au culte de la famille du mari impliquait une *transitio in familiam mariti*. Il n'y avait pas non plus de droit réciproque à l'hérédité *sororis loco*<sup>4</sup>. Mais, à titre de mère des enfants, il était attribué à la femme « dans la maison de son mari », comme « mère de famille », une dignité naturelle, qui devait bientôt comporter une certaine situation juridique.

Dans son commentaire de l'Énéide, où il expose les diverses acceptions du mot *matrona* par opposition à *materfamilias*<sup>5</sup>, Servius se rallie à l'opinion d'après laquelle est appelée *matrona* la femme « qui s'était unie avec un homme en mariage » (*in matrimonium cum viro convenerit*) et « qui restait dans ce mariage » (*in eo matrimonio manserit*), et *materfamilias*, par contre, celle qui était *in manu mariti*. Or, il se peut très bien, et cela est encore fort probable, qu'il ait eu précisément en vue ici l'union *matri-*

<sup>1</sup> Cic. *top.* IV 23.

<sup>2</sup> Cf. Gai. III 3. AULU-GELLE XVIII 6, 9.

<sup>3</sup> *Introduction* II p. 102 ss. Cf. I, Book II, chapt. 5, *Kinship*.

<sup>4</sup> Gai. III 14.

<sup>5</sup> SERV. Aen. XI 476: *alii hoc putant rectius, matronam dici quae in matrimonium cum viro convenerit et in eo matrimonio manserit, etiamsi liberi nondum fuerint; dictam matris nomine, spe et omine, unde et matrimonium dictum...; matrem vero familias eam esse quae in mariti manu... esset.*

*monii causa* établie sans formes civiles que suppose l'*usus* des textes: la seule interprétation plausible de l'expression *et in eo matrimonio manserit*<sup>1</sup> — étant donné le contexte — est en effet de la rapporter à l'exercice annuel du *jus trinoctii*, dont parle le fragment des XII Tables cité par Gaius, et par lequel l'union matrimoniale continuée sans interruption était maintenue perpétuellement libre de *manus*. Mais s'il en est bien ainsi, le sens probablement primitif du mot *matrona*, tel que nous le rapporte Servius, et qui est tout simplement «*mater*» (d'où le nom *matrimonium*)<sup>2</sup>, constitue un indice susceptible de jeter quelque lumière sur la condition faite à la femme «dans la maison du mari» au cas d'une telle union conjugale. *In domo viri* elle était non pas *materfamilias*, mais *mater*; elle était *uxor liberorum quaerendorum causa*. En raison du but de la cohabitation *liberorum procreatio*, elle était honorée du titre de *matrona*, et ce but même suffisait à la légitimer comme épouse et mère de famille<sup>3</sup>.

Les enfants issus de ce mariage étaient anciennement, en tant que nés d'une *uxor* légitime, assurément non pas *spurio patre nati*, selon l'expression de Festus<sup>4</sup>, non pas *vulgo quaesiti* «sans père», mais bien, pour employer un autre terme juridique d'une époque ultérieure, *justi patris nati*: c'étaient des enfants légitimes. Ils avaient — devant la loi civile — un père: ils étaient par conséquent soumis à sa *patria potestas*. Pour les Romains, en effet, aussi loin que nous puissions remonter dans le temps, la paternité légitime était inséparable de la *patria potestas*. C'est seulement par celle-ci que la paternité se révèle<sup>5</sup>.

2. Dans l'ancien droit romain — ainsi que dans l'ancien droit d'autres peuples indo-européens — la paternité légitime vou-

<sup>1</sup> Cp. l'expression de GAI. I 111: *nupta perseverabat*. AULU-GELLE, XVIII 6, 8 qui reproduit le même texte que SERV. Aen. XI 476 mais, n'en comprenant pas le sens, fait une interpolation et remplace *in eo matr. manserit* («qui restait dans ce mariage») par *quoad in eo matr. maneret* («tant que subsistait ce mariage»).

<sup>2</sup> Elle est appelée *matrona* à cause du but de l'union: *liberorum procreatio*. Cf. SERV. Aen. l. c.: *dictam matris nomine, spe et omine, unde matrimonium dictum*.

<sup>3</sup> SERV. Aen. l. c.: *etiamsi liberi nondum fuerint*. Cf. Nonius Marcellus 442, 4: *matronam, quae in matrimonio sit mariti, etiam ante susceptos liberos...* Édit. LINDSAY.

<sup>4</sup> FEST. v. *nothum*.

<sup>5</sup> Cf. ESMEIN, *Mélanges* 8.



lait dire simplement le *droit* (le pouvoir) du père sur l'enfant. Mais ce droit du père sur l'enfant impliquait, en fait, selon d'antiques conceptions communes, la *puissance* (le droit) sur la mère<sup>1</sup>: seul le mariage patricien avec *manu* pouvait établir la *patria potestas*, au sens du droit civil patricien, et la paternité légitime qui n'en est point séparée. Il ressort indirectement, mais, semble-t-il, clairement de la vieille formule de l'adrogation, telle qu'elle nous a été transmise par Aulu-Gelle<sup>2</sup>, que dans la Rome primitive, en vertu de leur naissance, étaient seuls soumis à la *patria potestas* et par conséquent tenus pour légitimes (*justi*) les enfants dont la mère, du fait d'une *transilio in familiam mariti*, était, d'après le droit civil, *materfamilias*, c'est-à-dire *in manu mariti*<sup>3</sup>.

Cette antique notion romaine, qui rendait la *manus* sur l'épouse inséparable de la *patria potestas* sur les enfants, et par suite indispensable à l'établissement d'un *justum matrimonium*, a dû de bonne heure, si notre hypothèse est bien exacte, se modifier sensiblement<sup>4</sup>, puisque avant même l'époque des XII Tables une union *matrimonii causa* contractée *mutuo consensu* des deux parties contractantes mais sans formes civiles, suffisait, sans *conventio in manum*, à produire le principal effet civil du

<sup>1</sup> Voir ci-dessus.

<sup>2</sup> AULU-GELLE V 19, 9: *Velitis, iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset*. Éd. HOSIUS.

<sup>3</sup> *Mariage par usus* 15. Cf. KARLOWA, *Die Formen der röm. Ehe und Manus* (1868) 71. ESMERIN 7 s. KOSCHAKER 113. Autrement WOLFF l. c. 151. 165.

<sup>4</sup> Pour ce qui est du procédé par lequel cette union *matrimonii causa*, établie sans *manus*, mais produisant le principal effet juridique d'un *justum matrimonium*: la *patria potestas*, avait pu s'introduire dans le droit civil, FRANTZ BERNHÖFT, *Zeitschr. f. vergleich. Rechtswiss.* VIII 198 cf. 10. X 300 suppose que cette rupture décisive avec la conception sociale et religieuse que les anciens Romains se faisaient d'un mariage légitime ait dû s'opérer par la voie de la législation positive («durch Gesetz») et que cette réforme ait été faite par la *lex Canuleia* de l'an 445 accordant le *jus conubii* aux plébéiens. Sur le plébiscite Canuléien et le *conubium*, voir plus loin. KARLOWA II 168 («durch einen Gesetz»). KOSCHAKER 126 cf. 105 («im Wege von Vereinbarungen bei der Eheschliessung»). Cf. WOLFF l. c. 147 cf. 155. 164. («durch einen bewussten gesetzgeberischen Akt»). *Moribus introductum?* Longtemps après la loi des XII Tables le droit civil romain resta certainement coutumier. Pour consacrer les transformations du droit civil il ne fallut, en effet, nullement un acte législatif proprement dit. L'application de règles civiles communes s'est toujours généralisée de proche en proche par le procédé coutumier et réalisée définitivement par la voie de l'*interpretatio* des pontifices. Voir *Introduction* III 1, p. 141 ss. cf. 74 ss. Cf. mon «On the antiquarian-historiographical activities of the Roman pontifical College», *Det Kgl. Danske Videnskabernes Selskab, Hist.-filol. Meddelelser* XVI 3 (1929) 6 ss.

mariage légitime : la paternité légitime et la *patria potestas* qui en découle. Ainsi une cohabitation établie sans *manus* avait été non seulement vue sans défaveur par l'opinion commune, mais encore acceptée par les mœurs et reconnue par le droit coutumier comme mariage valable.

D'après les idées des anciens Romains, telles que les avait formulées le droit sacré patricien, cette union *matrimonii causa* n'était assurément considérée que comme un mariage inférieur. Aux termes d'un fragment du traité de Granius Flaccus *De iure Papiriano*, qui nous a été conservé par Paulus, le mot *paelix* était ordinairement (*volgo*) et simplement appliqué, dans les derniers siècles de la République, à la « femme qui a commerce avec un homme marié »<sup>1</sup> : or, Aulu-Gelle nous apprend qu'à une époque antérieure il servait uniquement à désigner, dans un sens infamant, la concubine d'un homme marié dont la femme *matrimonii causa* était *in manu mancipioque*<sup>2</sup>. C'est seulement dans ce cas que, selon l'antique conception romaine, l'entretien d'une maîtresse attentait à la sainteté du mariage : seule la femme légitime, qui était soumise à la *manus*, avait, aux yeux des anciens, dans sa plénitude la dignité de l'épouse. Cette sainteté particulière du mariage avec *manus* se manifestait, suivant Aulu-Gelle<sup>3</sup>, dans l'ancienne prescription religieuse, que les traditions romaines s'accordent pour faire remonter jusqu'au roi Numa et selon laquelle il était interdit à la *paelix* — c'est-à-dire, il est permis de le supposer<sup>4</sup>, toute femme qui vivait avec un homme sans lui être unie en *justae nuptiae*, en un mariage avec *manus* — de toucher l'autel sacré de Junon, la divine protectrice

<sup>1</sup> PAUL. *lib. XII ad leges Iul. et Pap. Dig.* L 16, l. 144 : *pellicem nunc volgo vocari, quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat*. FEST. v. *pelices* : *antiqui proprie eam paelicem nominabant, quae uxorem habenti nubeat*. Le terme *antiqui* apparaît ici sans doute dans le sens de *iuris veteris auctores* (AULU-GELLE V 19, 14 cf. GAL. IV 30. PERNICE, *Labeo* I 5), à savoir « les anciens auteurs » avant Auguste, et peut bien se concilier avec le terme « *nunc* » dans le fragment de Granius Flaccus. Cf. PAUL MEYER. 11 s.

<sup>2</sup> AULU-GELLE IV 3, 3 : « *paelicem* » *autem appellatam probrosamque habitam, quae iuncta consuetaque esset cum eo, in cuius manu mancipioque alia matrimonii causa foret, hac antiquissima lege ostenditur* . . . Édité. HOSIUS. Cf. ESMEIN 26.

<sup>3</sup> AULU-GELLE IV 3, 3 : *paelix aedem Iunonis ne tangito*. Cp. FEST. v. *pelices (aram)*. Fontes II 21. Cf. PAUL MEYER 13.

<sup>4</sup> Cf. MASSURIUS (SABINUS) *ap.* PAUL. l. c. : *quae, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat* (cf. PAUL MEYER 10), et GRANIUS FLACCUS *ap.* PAUL. l. c. *quosdam eam (o) pellicem) quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit*. Voir ci-dessous.

du mariage. Seule la *materfamilias*, seule l'épouse *in manu*, pouvait se permettre de toucher l'autel de Junon. Une différence essentielle séparait donc, semble-t-il, le mariage avec *manus* de toute autre union conjugale formée sans *manus*, bien que considérée comme un mariage légitime.

L'union publique, exclusive et durable *matrimonii causa*, contractée *mutuo consensu* sans formes civiles, *sine legibus*, à laquelle l'*usus* des textes «*anno continuo*» conférait la *manus*, n'a certainement été, d'après les principes du *jus civile*, qu'un mariage d'ordre inférieur. D'un autre côté il semble bien que, dès avant l'époque des XII Tables, cette union formée sans *manus* ait été non seulement tolérée, mais encore admise dans les mœurs: au point de vue du droit civil elle était reconnue comme mariage valable ayant — probablement — l'effet civil de la *patria potestas* sur les enfants.

Le fait que, dès l'époque antérieure aux XII Tables, le droit romain ait reconnu comme mariage légitime une union *matrimonii causa* contractée sans formes civiles, conférant à l'épouse une indépendance personnelle et économique qui marquait une rupture essentielle avec les principes fondamentaux mêmes sur lesquels reposait toute l'organisation patriarcale de l'ancienne famille romaine, c'est-à-dire la soumission générale à la puissance exclusive du *paterfamilias*, devait nécessairement donner à réfléchir. Et, en effet, une telle difficulté n'a pas manqué de frapper certains savants, et les a conduits à émettre des doutes sur l'authenticité du fragment même des XII Tables relatif à *Usurpatio trinocitii* que cite Gaius. Ettore Pais, qui conteste celle de toute la législation décenvirale, y a même vu une preuve en faveur de ses affirmations<sup>1</sup>. Pourtant le droit comparé<sup>2</sup> indique, comme je vais chercher à le démontrer ailleurs, que l'existence, antérieurement aux XII Tables, d'un mariage légitime sans *manus*, n'est point par elle-même d'une telle invraisemblance historique. La rejeter à priori serait s'exposer à tourner dans un cercle vicieux, et tenir pour certain ce qu'il conviendrait de démontrer d'abord. Et pour ce qui est de l'authenticité de la législation décenvirale, il est bien possible que certains des textes qui nous ont été transmis par les archéologues et les juristes de la fin de la République et de l'époque impériale, sous le nom des XII Tables, proviennent en réalité de lois postérieures et aient été insérés arbitraire-

<sup>1</sup> ETTORE PAIS, *Storia di Roma* I 1, p. 584 ss. Cf. BINDER, *Die Plebs* 413 ss.

<sup>2</sup> Voir provisoirement *Mariage par usus* 8 ss. 33 ss. [Cf. BEAUCHEZ, *Hist. du droit privé de la République athénienne* I (1897) 226 : « Dans le droit attique, il n'y a pas d'institution semblable à la *manus* ».] HERB. MEYER, « Friedelehe und Mutterrecht » (1927), en particulier 234 ss. Cf. ED. HERMANN, « Die Eheformen » l. c. (1934) 53 ss. KOSCHAKER, « Die Eheformen » (1937) 121 ss. — Voir plus loin.



ment dans les XII Tables par interpolation, et il se peut même qu'ils soient de pure invention. Aussi chaque fragment de la loi doit-il, avant d'être employé à des recherches d'histoire du droit, être soumis à une épreuve concrète d'authenticité, pour laquelle le contenu même et la *fonction* sociale de la règle juridique en question pourront éventuellement servir de guide. Mais il n'y a, en tout cas, aucune raison de mettre en doute la réalité de la codification décemvirale même<sup>1</sup>. Dans ces conditions, si l'on vient, sous prétexte, par exemple, d'in vraisemblance intrinsèque de leur contenu social ou juridique, à arguer de faux certains fragments — la preuve incombe à celui qui accuse ! Chacun des textes, pris séparément, doit être tenu pour véridique, tant que son inauthenticité ne sera pas démontrée ou rendue vraisemblable ; or, dans le cas présent, elle est simplement affirmée, mais sans preuves.

Par ailleurs les XII Tables elles-mêmes paraissent contenir une présomption en faveur de l'idée d'un mariage véritable sans *manus* pratiqué antérieurement. Dans un fragment, cité par Cicéron sous la forme suivante : « *illam suam suas res sibi habere jussit, ex XII tabulis claves ademil, exegit* »<sup>2</sup>, l'expression *ex duodecim tabulis claves ademil* semblerait peut-être se rapporter à une disposition des XII Tables d'après laquelle un mariage aurait pu se dissoudre sans formes et par le seul acte symbolique de *claves adimere* ; or, si les XII Tables ont connu un moyen de dissoudre sans formes le mariage, il paraît logique qu'elles aient également connu un moyen de l'établir sans formes. Mais, — outre que la lecture du texte en question n'est nullement certaine, *ex duodecim tabulis* pouvant se rapporter soit à l'expression suivante *claves adimere*, soit au terme précédent *jubere* et à la formule verbale — il est extrêmement douteux que l'acte de *claves adimere* ait un rapport direct avec la dissolution du mariage. En signe de sa dignité de « maîtresse de la maison », de son « *in domo viri dominium* », la *materfamilias* de l'ancienne Rome, comme la mère de famille germanique, portait les clés du logis. Mais il ne faut pas oublier que dans l'ancienne famille romaine l'épouse *in manu* pouvait seule être *materfamilias* ; il se peut donc que la reprise des clés ait été la signification symbolique de la cessation du rapport juridique constitué par la *manus* nécessairement liée à l'origine au *justum matrimonium*. S'il en est bien ainsi, l'expression *claves adimere* ne se rapporte pas à un divorce sans formes et n'implique nullement l'existence d'un mariage sans formes : cette cérémonie n'a été qu'un symbole juridique de la cessation de la *manus* lors de la dissolution d'un mariage avec *manus* formé par *confarreatio*<sup>3</sup>.

3. Il n'est guère vraisemblable qu'un besoin général de rompre avec l'ancienne conception patricienne du mariage considéré

<sup>1</sup> Voir provisoirement ADOLF BERGER, *Pauly-Kroll-Mittelhaus, Real-Encycl. der class. Altertumswiss.* VI A. art. *Tabulae duodecim*.

<sup>2</sup> Cic. *Phil.* II 28, 69, *Leges XII tab.* IV 3. GIRARD, *Textes de droit romain*<sup>4</sup> 14. Cf. *Fontes* I 22.

<sup>3</sup> Je reviendrai autre part à ces problèmes.

comme une communauté complète d'existence, religieuse et économique, sur laquelle reposait l'antique famille patriarcale, soit apparu dès le début, ne fût-ce que dans certains cas isolés, au sein de la société patricienne elle-même. Il semble, en effet, tout à fait impossible qu'un mariage où la femme n'était pas soumise à l'autorité du chef de la famille du mari, un mariage sans *manus*, se soit d'abord introduit chez les patriciens dans leurs rapports mutuels: de même que la participation de la femme aux *sacra* de cette *domus* avait pour corollaire la *transitio in familiam sc. agnationem mariti*, de même cette association à la famille agnatique du mari impliquait la *manus* du *paterfamilias* sur la femme. Mais, s'il en est bien ainsi, ce doit être dans la convergence naturelle des forces surgie dès le début entre les deux ordres vivant en fait dans l'État romain, entre les patriciens et les plébéiens, dans le ferment même du contraste entre le droit plébéien et le droit patricien, dans cette dissonance qui devait nécessairement se résoudre, en d'autres termes, dans la lutte naissante des classes d'une importance si grave pour l'évolution entière du plus ancien droit romain, qu'il faut essayer d'en chercher l'explication historique<sup>1</sup>.

En effet, seule une telle explication semblerait susceptible de résoudre les problèmes. Nous n'avons aucun texte, il est vrai, qui puisse nous donner des renseignements positifs à l'appui de cette hypothèse. Mais, assurément, ce n'est point là une raison décisive pour la rejeter sans plus.

Le fait même que la législation des XII Tables qui n'intervient pas en général dans les rapports de la famille autonome, ait reconnu une valeur légale à pareil mariage établi sans *manus*, en réglementant positivement les institutions historiques de l'*usus* et du *trinoctium*, probablement apparues d'abord dans le droit patricien, porte à croire que ces règles qu'elle donne ont eu dès le début une importance sociale et politique particulière. De plus, ce mariage contracté sans formes aucunes du droit civil patricien, *sine legibus*, c'est-à-dire à l'origine sans la cérémonie de la *confarreatio*, a dû être assez fréquent déjà au temps des XII Tables, sinon le code décemviral n'aurait pas jugé nécessaire

<sup>1</sup> *Mariage par usus* 17 ss. Pour la chronologie relative aux institutions juridiques de l'ancien droit matrimonial et aux événements historiques de l'histoire politique de la Rome primitive, cf. ci-dessous.

de fixer expressément des règles spéciales sur les effets de l'*usus* et de l'empêchement perpétuel de l'acquisition de la *manus* par le moyen du *trinoctium*, et ce fait semble indiquer également que c'est parmi les plébéiens que ce mariage établi sans *manus*, probablement apparu d'abord, en certains cas déterminés, dans les rapports matrimoniaux entre plébéiens et patriciens, a pris une existence régulière et générale pour finir par être une institution romaine commune<sup>1</sup>.

A côté du mariage sacré patricien accompli par la cérémonie religieuse de la *confarreatio*, il a dû exister déjà dans le très ancien droit romain, comme dans l'ancien droit hindou, un mariage populaire établi sans *manus*: à l'origine une simple union de fait au point de vue du droit civil patricien, qui s'est fait graduellement reconnaître comme mariage légitime et complet. A la différence du mariage religieux patricien, une telle cohabitation *matrimonii causa*, établie *sine legibus*, c'est-à-dire sans formes du droit civil patricien, a forcément dû être essentiellement et purement un contrat, fait *mutuo consensu* entre les deux familles. Par la seule vertu de son caractère élémentaire d'une communauté de vie ayant pour but essentiel de procréer des enfants afin d'accroître la puissance de la *domus* et la prospérité de la famille, cette union a fini par triompher des anciennes idées religieuses régnantes. En vertu de l'essence même de cette association de l'homme et de la femme, contractée avec l'*affectio maritalis*, c'est-à-dire l'intention d'établir un mariage *lib. quaer. causa*, de fonder une famille, qui la distinguait de l'union passagère, ce mariage issu simplement des exigences de la vie sociale, a, en effet, fini par évincer toutes les formes constructives d'unions conjugales légitimes d'après l'ancien droit civil, pour devenir, en fin de compte, la forme dominante de mariage<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Voir plus loin.

<sup>2</sup> Sur les motifs de cette évolution ultérieure, voir notamment ESMEIN, *Mélanges* 30 ss.



## II.

## Les unions conjugales des patriciens et des plébéiens.

## Les rapports matrimoniaux des plébéiens entre eux.

1. Sur les origines de la plèbe nous ne savons, en fait, rien de certain. Pourtant, il semble que l'on puisse admettre comme assez vraisemblable l'idée, conforme d'ailleurs à la tradition romaine, que la distinction des classes entre patriciens et plébéiens est aussi ancienne que la fondation de la Cité patricienne de Rome elle-même: dès l'instant que Rome comptait des patriciens comme *classe* fermée, elle comprenait également des plébéiens. Sur le caractère originel de cette division, sur la question de savoir si cette distinction était de nature ethnique ou d'ordre purement économique et social ou encore d'origine uniquement politique, nous n'avons également aucune science certaine. La seule chose que nous en sachions avec certitude, c'est qu'il y avait, dès avant — et certainement bien longtemps avant — les XII Tables, entre les patriciens et les plébéiens une lutte sociale et politique qui impliquait un conflit sérieux, en droit civil et en droit public, et que cette lutte de longue durée pour l'égalité des deux ordres portait en particulier sur le *conubium*, la capacité pour le plébéien de contracter avec un patricien une union conjugale produisant les effets civils du droit patricien<sup>1</sup>.

Dans une vieille formule de prière, qui se répétait encore au temps des guerres puniques, et que rapporte Tite-Live, on implore les dieux d'être propices «au peuple et à la plèbe», «*populo plebique Romanae*»<sup>2</sup>. A l'origine la plèbe ne faisait donc pas partie de ce qu'on appelait le *peuple Romain*. Au début les patriciens seuls étaient citoyens complets: Les plébéiens, bien que vivant en fait dans la société romaine, formaient une population en dehors de la *civitas*. Si cette hypothèse est bien exacte, il est probable que les plébéiens, par le seul fait de leur exclusion du droit de cité, ont été, à l'origine, privés du *jus conubii*, du

<sup>1</sup> Aux problèmes relatifs à la formation et aux premiers développements de la *Cité* romaine, en particulier à la lutte sociale et politique des deux ordres et à la législation décenvirale, je compte revenir prochainement autre part. [*Supplement* to *Introduction to early Roman Law* 1934—43.]

<sup>2</sup> Liv. XXIX 27: *Ut ea mihi, populo plebique Romanae . . . bene verruncent*. Cf. Cic. *pro Murena* 1. Voir provisoirement FUSTEL DE COULANGES 277 s.

droit de contracter un mariage *ex jure proprio civium Romanorum*, pour prendre une terminologie ultérieure, et par conséquent de tous les droits qui en découlent: *manus* sur la femme et *potestas* sur les enfants, parenté civile (*agnatio*), avec ses conséquences légales: droit à la succession *ab intestat* et tutelle; en somme, ils ne pouvaient pas fonder une famille d'après le droit civil patricien. Même après leur incorporation dans l'organisation politique de la Cité, probablement par la constitution dite servienne, créant l'état patricio-plébéien, ils ne formaient, en droit civil, qu'une classe inférieure. Toujours privés du *ius conubii* avec les patriciens, ils n'étaient que des «demi-citoyens». Cette inégalité de condition civile, maintenue encore dans les XII Tables, ne fut effacée définitivement, d'après la tradition romaine, que par le plébiscite dit *lex Canuleia* de l'an 445<sup>1</sup>. La lutte plus sévère pour l'égalité politique, on le sait, continua.

Or, à coup sûr, ce n'était pas uniquement à défaut du droit de cité que les plébéiens étaient incapables de contracter un mariage complet, non seulement avec les patriciens mais sans doute encore entre eux. Étant inaptes à toute participation au culte de la Cité, étant hors la *loi* et par conséquent, aux yeux des patriciens, étrangers à la *religion* de la Cité, ils étaient hors d'état de fonder tout mariage légitime d'après le droit civil patricien, puisque seul le mariage avec *manus* sur la femme constituait de *justae nuptiae*: c'est que seul le mariage célébré par le rite religieux de la *confarreatio*, administré par le flamine de Jupiter sous le contrôle du grand pontife, pouvait, à l'origine, faire acquérir la *manus*, et qu'à défaut de participation au culte de la Cité, il ne pouvait y avoir de *confarreatio*.

Pourtant, il est tout à fait invraisemblable que les plébéiens aient été primitivement réduits, comme l'étaient les esclaves selon l'opinion courante, à une simple cohabitation de fait (*contubernium*) sans aucun effet juridique; d'un autre côté, il n'est guère probable qu'une union douée d'une certaine valeur légale ait pu être contractée sans arrangements préalables et sans aucune condition de validité. Il n'est pas douteux par conséquent que, dès les origines de Rome, il n'ait existé, à côté du mariage sacramentel patricien, accompli par la *confarreatio*, un mariage

<sup>1</sup> Sur le problème du *conubium*, voir plus loin.

régulier plébéien sans *manus*, dont la structure juridique, à ce qu'il paraît tout d'abord, a dû être pareille à celle de l'union *matrimonii causa*, que suppose l'*usus* des textes, c'est-à-dire une cohabitation conjugale, publique et exclusive, stable et permanente, contractée sans formes civiles *mutuo consensu* et dotée en fait de certains effets juridiques.

La formation de ce mariage *plébéien* admis et sanctionné par l'opinion commune et accepté par les mœurs, nous est inconnue, et nous en sommes réduits à des hypothèses fort incertaines.

Un fait que j'ai cherché à démontrer ailleurs sur un plan plus étendu et en partant du droit comparé<sup>1</sup>, c'est qu'à l'époque préhistorique, les Romains — ou leurs plus proches aïeux — ont probablement connu, eux aussi, le « mariage par achat », mariage contracté sous l'aspect d'un achat réel de la femme. Dans un lointain passé, la « *coemptio* » sous sa forme première, produisant une simple puissance de fait sur la femme, leur a servi à fonder *liber. quær. causa* une union conjugale reposant sur le consentement mutuel (*mutuus consensus*) des deux parties avec l'intention de mariage (*affectio maritalis*), union à laquelle l'opinion commune, se révélant dans le droit dit coutumier, conférerait effectivement le caractère d'un mariage. Sur les restes de ce « mariage par achat », dans lequel une *dotis datio* a peut-être de très bonne heure remplacé comme élément constitutif du mariage la *filiam dare uxorem* du chef de famille, les plébéiens ont probablement vécu un certain temps, à une époque où les principes juridiques proprement romains avaient commencé à se dégager des anciennes idées indo-européennes communes et à se concrétiser dans le *jus proprium civium Romanorum*, et où le droit sacré patricien était sur le point de développer la conception romaine de la famille et de fixer les *justae nuptiae* dans la forme sacramentelle de la *confarreatio*, établissant immédiatement la *manus*, la puissance du droit civil patricien sur la femme. Les restes de l'ancien « mariage par achat » étaient en voie de transformation.

En ce qui concerne les effets juridiques de ces formes primitives de mariage plébéien, nous en sommes également réduits à de simples conjectures. Néanmoins, étant donné que ce mariage

<sup>1</sup> *Brautkauf* 53 ss.



ne peut avoir eu pour effet l'établissement *jure civili* de la *manus* sur l'épouse, il est hors de doute qu'il n'a pas non plus donné au père la *patria potestas* au sens strict sur les enfants. Le plébéien pouvait avoir, nous l'avons dit, sur la femme et sur l'enfant le pouvoir que donne le droit de propriété au sens primitif du terme, mais la puissance du droit civil patricien: la *manus* avec les effets qui en découlaient: la *patria potestas* sur les enfants et la parenté civile, l'*agnatio*, n'existait pas pour lui. Cette observation concorde d'ailleurs avec la tradition d'après laquelle, à l'origine, les patriciens étaient «ceux qui seuls peuvent citer un père», c'est-à-dire «ceux qui seuls ont un père légitime» (*patricii*). En outre les plébéiens privés des «ancêtres», étaient sans doute à l'origine non seulement exclus du culte de la Cité, mais aussi de toute participation au *fas*. Aux yeux des patriciens ils étaient donc inaptes à toute espèce de culte domestique effectif et probablement même étrangers à toute *religion* de la Cité. D'autre part, l'élément constitutif de la notion de parenté ne consistait pas dans la simple filiation naturelle, mais dans la solidarité sacrée de la famille<sup>1</sup>. Par conséquent, le mariage plébéien ne fondait sans doute pas non plus le lien de parenté civile: l'*agnatio*. C'est de cette condition inférieure, non seulement à l'égard des patriciens, mais aussi dans leurs rapports mutuels, que les plébéiens, poussés par un fort sentiment de dignité, ont exigé la réforme pendant la lutte des deux ordres.

Au cours de cette lutte sociale et politique qui, autant que nous pouvons le conjecturer, remonte jusqu'aux temps de la réforme dite Servienne, c'est-à-dire longtemps avant les XII Tables, les plébéiens ont arraché pièce par pièce à la société patricienne l'égalité civile qu'ils réclamaient. Nous ne sommes d'ailleurs pas en mesure de fixer et de dater par voie directe les différents stades de cette évolution. Nous n'avons pas non plus une science assez certaine du caractère juridique des différentes formes du mariage plébéien de l'époque précédente. Notamment dans nos textes, il n'existe aucune trace directe et incontestable de ce mode de formation du mariage, que nous trouvons partout ailleurs dans les sociétés primitives: le «mariage par achat». Seul, l'examen des diverses couches de formations du

<sup>1</sup> *Introduction* II p. 102 ss. Cf. *Introduction* I, Book II, chap. 5, *Kinship*.

droit coutumier qui se retrouvent peut-être dans les textes transmis par Gaius, Aulu-Gelle et autres archéologues romains, peut nous permettre d'aboutir à certaines conclusions et de soupçonner ainsi, par une voie indirecte, les grands traits de son développement. A cet égard, les passages sur l'*usus* et l'*usurpatio trinocitii* nous sont particulièrement utiles. Encore est-ce seulement par la comparaison des vestiges d'éléments juridiques qu'ils contiennent avec les différentes phases de l'histoire politique de Rome, que nous avons quelque chance d'arriver à saisir l'évolution qui se reflète dans les textes parvenus jusqu'à nous.

Dans leurs revendications, les plébéiens ont cherché avant tout à briser la domination exclusive du droit sacré des patriciens et à procurer à leurs enfants, déjà promus au rang de citoyens romains, la légitimité civile. Il est donc permis tout d'abord de croire que le premier résultat de leur lutte pour l'égalité a été, dès avant les XII Tables, l'attribution d'un certain caractère légitime à leur cohabitation conjugale, formée sans *confarreatio* et jusque-là simplement tolérée par la loi. Leur union publique, exclusive et durable, probablement contractée *liber. quaer. causa* sous l'ancienne forme d'un «mariage par achat», a dès lors été reconnue comme source de la *patria potestas*, et partant de la paternité légitime. Alors même que le mariage ne soumettait pas la femme à la *manus* du mari, les enfants qui naissaient appartenaient, comme nés de sa femme légitime, à sa *domus*, et étaient par conséquent soumis à sa *potestas*: Bien que les enfants fussent issus d'un mariage sans *manus*, ils avaient un père *légitime*<sup>1</sup>. Le premier type de mariage plébéien valable d'après le droit civil a donc été selon toute vraisemblance précisément cette union *matrimonii causa* formée sans *manus* que suppose l'*usus* des textes, et qui, comme le prouve le fragment de Gaius sur l'*usurpatio trinocitii*, constituait, dès avant les XII Tables, un mariage d'une certaine valeur civile.

2. Si l'on veut se faire une idée sociologiquement documentée de la première apparition d'un mariage établi sans *manus* dans

<sup>1</sup> Cf. KOSCHAKER, «Über einige Probleme des Eherechts im Lichte der vergleich. Rechtsgeschichte», *Deutsche Rechtswissenschaft*, Vierteljahresschrift der Akad. f. Deutsches Recht IV 72<sup>1</sup>. KOSCHAKER admet la possibilité d'une tendance semblable à la formation d'une *patria potestas* sur les enfants dans la «muntfreie Ehe» du droit germanique.

L'antique société romaine, on est tout d'abord tenté de s'imaginer que ce mariage s'est introduit comme une union conjugale légitime, bien que d'un rang inférieur, dans les cas où, à défaut du *jus legitimi matrimonii*, comme le dit Servius, c'est-à-dire «la faculté de contracter un mariage légitime d'après les principes du droit civil patricien», l'établissement de la *manus* n'était pas possible<sup>1</sup>. C'est une explication bien simple et logique; elle ne s'appuie pas sur des constructions juridiques fondées subtilement, mais sur un examen direct de la fonction sociale de l'institution même: l'absence du *jus conubii* faisait naître un problème social qui exigeait forcément une solution; en d'autres termes, la nécessité sociale de régler de tels rapports matrimoniaux s'imposait à l'opinion commune se révélant par voie coutumière, c'est-à-dire dans le droit coutumier.

Le droit comparé nous enseigne que des formes différentes de mariage servaient souvent anciennement à des classes ou à des couches diverses de la société, comme le montre en particulier le droit hindou<sup>2</sup>. Il nous enseigne encore que ce sont avant tout des raisons d'ordre social et économique qui déterminaient le domaine d'apparition du mariage dit «libre», et que cette forme de mariage servait de préférence aux unions conjugales de personnes de classes sociales différentes: Une famille noble ne voulait pas marier sa fille à un homme d'un rang inférieur si elle allait tomber par le mariage sous la puissance de celui-ci, de même qu'elle ne voulait pas admettre dans son cercle une femme inférieure<sup>3</sup>.

On est donc amené involontairement à penser aux rapports matrimoniaux entre patriciens et plébéiens<sup>4</sup> dans les temps anciens où un mariage légitime d'après le droit civil patricien, à savoir un mariage avec *manus*, n'était pas possible à défaut de *conubium*, c'est-à-dire selon la théorie traditionnelle, mais

<sup>1</sup> *Mariage par usus* (1926) 47 s. GEORGES CORNIL, *Ancien droit romain* (1930) 47.

<sup>2</sup> J. KOHLER, «Indisches Ehe- und Familienrecht», *Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss.* III 342 ss. J. JOLLY, *Grundriss der indo-arischen Philologie und Altertumskunde*, Recht und Sitte, II 8 p. 49 ss.

<sup>3</sup> Pour le droit comparé voir dernièrement KOSCHAKER, «Die Eheformen» (1937) 133 ss. Cf. HERBERT MEYER, «Friedelehe» l. c. 243 ss. (Le principe de «Ebenburt»).

<sup>4</sup> A cette opinion se rallie KOSCHAKER dans sa communication «Le mariage dans l'ancien droit romain», faite aux *Journées d'Histoire du Droit* tenues à Lausanne en Juin 1936. *Rev. hist. de droit* XVI (1937) 748.



certainement inexacte, jusqu'au plébiscite dit *lex Canuleia*. Aucune communauté de culte ne pouvait s'établir entre eux (ce qui explique avant tout l'interdiction du *conubium*); mais sans communion de culte, point de *confarreatio*, et sans *confarreatio*, point de mariage avec *manus*: sans association de la femme aux *sacra* de la *domus*, point d'admission dans la famille agnatique du mari, et par conséquent point de passage de la femme sous la puissance du chef de famille, point de *conventio in manum* d'après l'ancien droit patricien.

Un juste mariage, un mariage avec *manus*, était certainement impossible d'après l'antique conception patricienne. D'autre part, tout porte à croire qu'il existait d'ancienne date, malgré l'interdiction du *conubium* entre patriciens et plébéiens, des mariages contractés sans formes du droit civil patricien, probablement sous l'aspect du «mariage par achat», la «*coemptio*» du style primaire.

Sur l'exclusion des plébéiens du *conubium* avec les patriciens, caractéristique évidente de l'inégalité civile des deux ordres, sur ses origines historiques et son histoire ultérieure, nous n'avons, en fait, aucune connaissance certaine. La seule chose que nous en sachions en toute certitude, c'est que la tradition annalistique nous apprend que la loi des XII Tables, dans une des deux dernières tables des seconds *decemviri*, avait décrété la défense du *conubium* entre les *patres* et les plébéiens: *conubia . . . ut ne plebi cum patribus essent*<sup>1</sup>. En dehors de cette prescription du code, probablement authentique, nous savons seulement par la tradition annalistique que le tribun Canuleius, cinq ans après la législation décemvirale, aurait proposé et obtenu une loi *de conubio patrum et plebis* par laquelle le *jus conubii* fut accordé aux plébéiens, le plébiscite dit *lex Canuleia* de l'an 445<sup>2</sup>. En matière matrimoniale, l'égalité civile des deux ordres serait donc établie définitivement. Mais que veut dire que les XII Tables aient défendu le *conubium* ou plus tôt sanctionné une ancienne coutume préexistante du droit civil patricien et que le plébiscite Canuléien eût autorisé les mariages mixtes? Et notamment: un

<sup>1</sup> Cic. *de rep.* II 36, 61 sqq. Cf. Dion. X 60, 5. Liv. IV 4, 5: *ne conubium patribus cum plebe esset*. Cf. IV 4, 6. 7. *Tabula XI* 1. *Fontes* I<sup>7</sup> 37 sq. Cic. *l. c.* II 37, 63.

<sup>2</sup> Liv. IV 1 sqq. XXIII 4. Dion. X 60. XI 28. Cf. BINDER, *Die Plebs* 399 s.

mariage valable devant la loi civile, bien que d'un rang inférieur, était-il — à l'origine ou ultérieurement — complètement impossible entre patricien et plébéen?

D'après la théorie courante<sup>1</sup>, qui se base exclusivement sur un simple commentaire textuel du langage de Tite-Live: *ne conubium patribus cum plebe esset*, il n'existait anciennement aucune espèce de mariage légal entre patricien et plébéen. Selon une autre opinion, celle de Mommsen, l'interdiction du *conubium* se rapportait seulement au mariage d'un patricien avec une plébéienne; le seul objet de l'interdiction aurait été de prévenir l'adultération des *gentes* patriciennes. En d'autres termes un plébéen pouvait contracter légalement un mariage avec une femme patricienne<sup>2</sup>. Dans l'état actuel de nos connaissances nous sommes assurément réduits à de pures hypothèses. Pourtant, il nous faudra certainement, en principe, nous joindre à Mommsen dans sa manière de voir les problèmes relatifs à l'exclusion des plébéiens du *conubium* avec les patriciens et, bien entendu, aller encore plus loin, en nous appuyant sur des considérations historiques fondées sociologiquement.

Selon les idées religieuses et sociales des patriciens, dès qu'ils s'étaient consolidés comme classe fermée, comme *caste*, et qu'ils avaient commencé à formuler leur propre droit matrimonial, le plébéen ne possédait pas la capacité de contracter avec un patricien un *juste* mariage parce qu'une communauté de culte ne pouvait pas s'établir entre eux. Au cours de la discussion sur l'*arogatio* Canuléienne, les patriciens faisaient valoir, au dire de Tite-Live<sup>3</sup>, que les innovations monstrueuses de Canuleius entraîneraient des suites funestes: un bouleversement général des familles (*gentes*), une perturbation des auspices privés et publics; le mélange impur de tous les sangs, et au milieu de cette confusion universelle, l'impossibilité absolue de reconnaître ni soi-même ni les siens. «Et quels autres effets pourrait-on attendre de cette promiscuité dans les unions conjugales (*conubia pro-*

<sup>1</sup> Émise depuis longtemps par ROSSBACH, *Römische Ehe* 455. Dans ce sens encore CORBETT 31.

<sup>2</sup> TH. MOMMSEN, *Röm. Staatsrecht* III 1 p. 79. KARLOWA II 167 avance encore l'opinion qu'un patricien pouvait bien épouser une plébéienne par la *coemptio* (du style historique): la femme tombait sous sa *manus*, et les enfants qui naissaient étaient soumis à sa *potestas*, mais la femme plébéienne restait plébéienne, et les enfants ne devenaient pas patriciens.

<sup>3</sup> Liv. IV 2 sq.

*miscua*), de cette copulation bizarre de plébéiens et de *patres*, qui retracerait en quelque sorte l'accouplement désordonné des bêtes, *ferarum prope ritus*, qui laisserait ignorer à chacun le sang dont il sort, les sacrifices auxquels sa naissance l'appelle, et qui en ferait un être moitié patricien, moitié plébéien, un être en désaccord avec soi-même. » Ce langage des patriciens à l'occasion de l'arogation Canuléienne reflète certainement encore pour le fond l'antique conception patricienne du mariage mixte<sup>1</sup>.

Dès l'instant que Rome comptait des patriciens comme un *état*, il n'existait pas, aux yeux des *patres*, de mariage légitime entre plébéiens et patriciens produisant les effets civils du droit patricien : puissance sur la femme et les enfants (*manus*) et parenté civile (*agnatio*) : les plébéiens ne possédaient pas le *jus legitimi matrimonii*, le « droit de mariage », le *conubium*. En effet, il y avait anciennement de fait un empêchement au mariage, à un juste mariage, au mariage avec *manus*, entre plébéiens et patriciens. Or, nous ne sommes tout d'abord nullement en droit d'inférer de ce fait que dès le début aucun mariage valable d'après la loi romaine ne pût exister entre eux. Nous devons croire que de bonne heure, et bien entendu longtemps avant les XII Tables, et malgré l'interdiction du *conubium* et toute l'opposition violente de la société patricienne, un mariage entre plébéiens et patriciens, à savoir un mariage sans *manus*, a commencé à s'établir par voie coutumière, ce qu'indique l'ancienne institution du *jus trinoclii*, prévue par les XII Tables. Le *trinoclium* même fut inventé, comme nous le verrons, par la jurisprudence romaine naissante pour la défense ultime des principes fondamentaux de l'antique système matrimonial patricien. Et c'était, précisément, afin d'enrayer cette évolution funeste que les patriciens réussirent à imposer la loi des seconds *decemviri*, qui décréta l'interdiction positive du *conubium*, cette loi que Cicéron appelle *inhumanissima lex*<sup>2</sup>. Cependant, ce dernier effort pour

<sup>1</sup> L'interprétation de ce texte de Tite-Live, et notamment du passage : *quam enim aliam vim conubia promiscua habere, nisi ut ferarum prope ritu* émise par FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique* 280, où il veut en dégager l'antique conception générale patricienne de l'union conjugale des plébéiens et la résume par : *conubia promiscua habent more ferarum*, est certainement basée sur une évidente erreur de lecture : C'est le mariage mixte patricien-plébéien, les *conubia promiscua*, qui sont comparables à l'accouplement désordonné des bêtes (*ferarum prope ritus*).

<sup>2</sup> Cic. *de re publ.* II 37, 62. Cf. JÖRS, *Röm. Recht* (1927) 5<sup>1</sup>. Cf. Liv. IV 4, 5 : *pestimo exemplo [publico], cum summa injuria plebis*.



redresser l'antique barrière sociale, allant vers sa ruine, resta vain. Les essais des patriciens de s'opposer à la marche des choses demeurèrent peine perdue. L'ancienne interdiction coutumière du *conubium*, rétablie et sanctionnée sans résultat par la loi des XII Tables, fut définitivement supprimée par le plébiscite Canuléien<sup>1</sup>.

Dès avant les XII Tables il existait certainement entre patriciens et plébéiens des mariages sans *manus* — et peut-être encore, dans quelques cas isolés, des mariages avec *manus* du droit civil patricien, c'est-à-dire des unions conjugales dotées de la *manus* par une convention spéciale lors de la contractation du mariage<sup>2</sup>.

Il est donc permis de penser que de bonne heure des unions simples *matrimonii causa* entre patriciens et plébéiens n'ont été en elles-mêmes ni socialement impossibles, ni pratiquement inconcevables. Il est bien possible qu'il ait pu exister entre plébéiens et patriciennes des unions conjugales établies sans *manus*, reconnues par le droit coutumier comme mariages légitimes. Et l'existence de telles relations conjugales sans *manus* entre patriciens et plébéiennes n'est en soi, au point de vue économique et social, aucunement invraisemblable. Ces mariages n'étaient assurément pas légitimes d'après les principes du droit civil patricien, parce qu'ils ne pouvaient pas établir entre patriciens et plébéiens une communauté complète d'existence: la

<sup>1</sup> Dans la communication faite aux « Journées d'Hist. du Droit » en Juin 1936, PAUL KOSCHAKER a touché le problème du *conubium* et fait quelques observations remarquables et suggestives: Il est vrai, dit-il en substance, qu'il y avait un obstacle de fait aux unions conjugales des plébéiens et des patriciens dès que ceux-ci s'étaient formés comme un État. Mais la plèbe ne forma jamais une masse homogène. Il y avait toujours, parmi elle, des familles riches, les *gentes* plébéiennes d'une époque postérieure, qui, reconnues par les patriciens, étaient admises aux unions conjugales avec eux. La loi décemvirale était une mesure réactionnaire, qui ne toucha pas la masse de la plèbe, mais les familles de ses couches supérieures. C'est pourquoi elle fut ressentie comme *lex iniqua* et abolie par la *lex Canuleia*. *Rev. hist. du droit* XVI (1938), extrait 6 s.

<sup>2</sup> Pour ce qui est des effets sociaux et juridiques de l'établissement de la *manus* dans ces cas isolés, il est probable que la femme patricienne, qui tombait sous la *manus* de son mari plébéien, devenait plébéienne, et que les enfants qui naissaient et qui étaient soumis à la (*patria*) *potestas* du *paterfamilias* de la *domus* de leur père, devenaient également plébéiens. Mais dans le cas d'un mariage entre un patricien et une plébéienne, la situation de la femme et des enfants est bien plus obscure. La plébéienne tombait sous la *manus* de son mari patricien et les enfants étaient soumis à la *patria potestas* de la *domus* de leur père. Or, au début, la femme plébéienne devenait-elle patricienne? Certainement non.

femme plébéienne ne pouvait pas être associée comme *mater-familias* aux *sacra* de la famille patricienne de son mari. Et pour des motifs d'ordre social, la femme patricienne ne pouvait pas être soumise à la *manus* plébéienne. C'est, en effet, afin de prévenir cette conséquence juridique de l'*usus anno continuo* que s'est d'abord introduit le moyen du *trinoctium* dans le droit civil patricien.

Ce mariage entre patriciens et plébéiens était forcément sans *manus* dans la mesure où la *manus* ne pouvait pas s'établir. Et ce que cette union était au point de vue juridique au début, elle le resta dans la suite, quand bien même la vie commune s'était prolongée sans interruption pendant plus d'une année. Car assurément l'*usus* ne pouvait remédier à une imperfection originelle du mariage résultant d'un empêchement d'ordre social. Dans ce cas l'*usus* était, en effet, impuissant à parfaire le mariage. On ne voit guère quelle raison suffisante permettrait d'expliquer que la seule (*quasi*)*possessio*, le seul usage prolongé, ait suffi à effacer une telle imperfection du mariage. Cette union spéciale *matrimonii causa* ne pouvait donc pas se transformer, par l'*usus*, en un mariage avec *manus*. Elle n'était pas un simple stade préliminaire de la fondation d'un mariage complet. Dans son essence elle était et elle demeura définitivement une union conjugale sans *manus*. Et c'est bien ce caractère définitif de l'union spéciale *matrimonii causa* entre patricien et plébéien qui a fait de ce mariage, primitivement illégitime quoique toléré par les mœurs, une institution juridique, indépendante et régulière, lui donnant par ce fait même en tant qu'institution générale une place particulière dans l'évolution juridique de l'antique mariage romain. [Dès le moment où il y avait *conubium* — ou plutôt où le mariage avait commencé à s'établir sporadiquement par voie coutumière — il devint cependant nécessaire pour maintenir le caractère définitif de ce mariage patricien-plébéien sans *manus*, de recourir au moyen légal constitutif de la jurisprudence, au *jus trinoctium*, qui permettait d'empêcher continuellement l'établissement de l'*usus* et par suite l'acquisition de la *manus*.]

Ce mariage entre patricien et plébéien était bien sans *manus*, mais selon toute vraisemblance, comme nous l'avons indiqué, il soumettait tout de même — ou a fini par soumettre — les enfants issus de cette cohabitation conjugale à la *potestas*, au sens du droit

civil, du *paterfamilias*. Et s'il en est bien ainsi, ce mariage était donc — ou le devint avec le temps — considéré comme un mariage légitime, produisant le principal effet du *justum matrimonium*: la paternité légitime et la *patria potestas* qui en découle. Or, ce qui était avant tout le propre de cette union particulière, c'était, en effet, qu'il n'y avait aucun passage, aucune *transitio*, de la femme plébéienne à la famille agnatique patricienne. La femme plébéienne mariée à un patricien restait plébéienne, et les enfants qui naissaient ne devenaient pas patriciens. L'union conjugale entre patricien et plébéienne allait — et devait forcément — se constituer comme un mariage plébéen.

C'est seulement du jour où il y avait *jus conubii* entre plébéen et patricien, ou plutôt où il y avait pratiquement et de fait *conubium* entre eux, que l'institution de l'*usus* a pu être appliquée à un pareil mariage et que l'imperfection du mariage, c'est-à-dire une imperfection relative au défaut de formes civiles, aurait été effacée par l'*usus*. Au bout d'un an de vie commune ininterrompue, *usus anno continuo*, l'union conjugale contractée entre un patricien et une plébéienne sans la cérémonie de la *confarreatio* devenait automatiquement un mariage avec *manus*. Et la *manus* établie dans ce cas par l'*usus* comportait certainement — chose remarquable — l'association de la femme plébéienne à la famille agnatique patricienne du mari et son initiation aux *sacra* de cette *domus*. En d'autres termes, la femme plébéienne devenait patricienne, et les enfants issus de pareil mariage devenaient, par conséquent, patriciens. Il en est de même dans la suite pour les effets de l'acquisition de la *manus* par le procédé de la *coemptio*. Pour ce qui est d'un mariage entre un plébéen et une patricienne, l'application de la règle de l'*usus* aurait eu pour effet de soumettre la femme patricienne à la *manus* du mari plébéen. C'est, en effet, afin de protéger la patricienne contre cette conséquence juridique de l'*usus*, pour prévenir que la femme patricienne ne tombât sous la *manus mariti*, qu'il devint nécessaire d'inventer le *jus trinoctii*: le mariage restait par ce moyen légal une union conjugale sans *manus*.

Apparu, à l'origine, dans les rapports matrimoniaux entre patriciens et plébéiens, le mariage *matrimonii causa* établi sans *manus* a donc probablement reçu sa première extension sociale et une reconnaissance juridique plus étendue parmi les plébéiens



entre eux, où il est devenu la première union conjugale plébéienne reconnue et sanctionnée par l'opinion commune comme un mariage légitime et régulier, ayant des effets juridiques, la (*patria potestas* sur les enfants. Dans sa fonction juridique, ce mariage plébéen fait sans formes civiles, différait au début essentiellement du mariage sans *manus* entre patricien et plébéen. Contracté sans formes du droit civil patricien, probablement sous l'aspect d'un achat réel de la femme, par la *coemptio* de l'ancien style, produisant seulement une puissance de fait sur la femme et les enfants, cette union sans *manus* n'était — ou ne devenait — normalement par l'effet de l'institution de l'*usus*, pour ainsi dire, qu'un simple stade préliminaire de la fondation d'un mariage légitime *jure civili*: la vie commune ininterrompue pendant plus d'une année faisait acquérir automatiquement à l'homme la *manus* sur la femme.

Dans leur lutte, assurément d'ancienne date, pour l'égalité civile, les plébéiens avaient, vraisemblablement longtemps avant les XII Tables, obtenu le premier résultat de haute importance, à savoir la reconnaissance légale de leur union conjugale sans *manus* comme source de la *patria potestas*. Mais la lutte des classes continua sans relâche.

Les plébéiens, bien que vivant dans des cohabitations conjugales reconnues comme mariages légitimes d'après le droit civil, quoique d'un rang inférieur, étaient toutefois, dans leurs rapports mutuels, désireux d'avoir un moyen de faire passer la femme sous la *manus* du mari. L'union avec *manus* restait le but des plébéiens, d'abord parce que, étant le mariage patricien, elle était à ce titre un objet d'envie, ensuite parce qu'en dehors de cette revendication égalitaire de pure forme, elle constituait seule, aux yeux des plébéiens mêmes, le véritable mariage, l'union conjugale par excellence: seule, en effet, elle conférait à l'épouse, bien que soumise à l'autorité du chef de famille, la pleine dignité de «maîtresse de maison». Seule la femme *in manu* portait le titre de *materfamilias*. La communauté de vie, de droits et d'intérêts économiques, que créait l'union avec *manus*, la rendait solidaire du mari, son *associée*, et en cas de décès de celui-ci, elle avait — probablement à une époque postérieure<sup>1</sup> — aussi bien que les

<sup>1</sup> *Introduction* II chapt. 5, «*Filia familiae suae finis*», p. 116 ss.

enfants, comme *sua heres*, droit à la succession du patrimoine conservé et accru par le travail commun. De plus, si elle restait, en cas de mariage sans *manus*, dans sa famille natale, *alieni juris*, c'est-à-dire sous la *postestas* de son *pater*, elle était par la *manus mariti* protégée contre le droit de son *pater* de dissoudre le mariage. Pour ce qui est du mari, il était également protégé contre ce droit du *pater* de sa femme. Et surtout le mariage avec *manus* mettait la femme à l'abri d'une répudiation arbitraire du mari, et pour cette raison encore il était considéré comme plus respectable et plus solide.

Au début, les plébéiens utilisèrent entre eux à cet effet, le principe juridique de l'*usus*, apparu d'abord, comme nous allons le voir, dans le droit patricien. L'*usus* fut reconnu, en droit plébéien, comme créateur de la *manus* du droit civil. Les unions conjugales des plébéiens établies sans formes civiles obtenaient par l'*usus anno continuo* les mêmes effets civils que l'ancien mariage avec *manus*, accompli par la *confarreatio* : la *patria potestas* et l'*agnatio*. L'*usus* reçut probablement là sa première extension vaste dans le domaine social, et là seulement une importance juridique d'une certaine étendue. Dès lors un an de vie commune ininterrompue transforma ipso facto le mariage plébéien préexistant en une union avec *manus*.

Cependant, un mariage sans *manus* pouvait souvent être désirable, à une époque ultérieure, particulièrement lorsque la femme était *sui juris* : par exemple si son tuteur légitime ne désirait pas un mariage avec *manus*, qui ferait passer les biens de la femme dans la famille du mari. Dans le mariage sans *manus* la femme conservait la propriété de ses biens et elle restait sous le seul contrôle de ses tuteurs. Et à son décès les agnats de la femme allaient recueillir *ab intestat* ses biens. De plus, le mariage sans *manus* était certainement plus facile à rompre, notamment si la femme était *sui juris*<sup>1</sup>. Si elle était *alieni juris*, son *pater* pouvait rompre arbitrairement le mariage de sa fille. Pour réserver dans de tels cas où l'exigeait la vie pratique, la possibilité d'éviter continuellement la *manus*, les plébéiens utilisaient le moyen du

<sup>1</sup> D'après une opinion émise récemment par H. J. WOLFF, «Trinoctium», *Rev. d'hist. du droit* XVI 170 ss., le mariage sans *manus* que suppose l'*usus* des textes serait, dès le début, simplement le mariage d'une femme *sui juris*. A une époque ultérieure, le mariage sans *manus* contracté *muluo consensu* servait certainement de préférence aux femmes *sui juris*. Mais pour ce qui est du temps des XII Tables, cette conception ne saurait être acceptée, par la seule raison que la femme *sui juris* était sans doute à cette époque un phénomène en tout cas bien rare.

*jus trinoctii*, également apparu d'abord dans le droit civil patricien<sup>1</sup>. Un *trinoctium* répété chaque année suffisait à empêcher perpétuellement l'établissement de l'*usus* et par suite l'acquisition de la *manus*. C'est alors seulement que le mariage plébéen formé sans *manus*, cette union *matrimonii causa* contractée sans formes civiles *mutuo consensu*, et dans laquelle il faut voir le prototype du mariage « libre » ultérieur, est devenu une forme de mariage définitive, constituant un véritable mariage *sine manu*.

Pourtant les revendications égalitaires des plébéens n'étaient pas encore pleinement réalisées, et elles ne le furent que du jour où la jurisprudence romaine naissante eut imaginé le procédé de la soi-disant *coemptio*. A une époque inconnue, peut-être déjà au temps de la réforme dite Servienne, au temps de la création de la grande Rome, la Cité des Tarquins, ils conquièrent par une interprétation de la jurisprudence le droit de contracter immédiatement un mariage avec *manus* à l'aide d'une *imaginaría venditio*, un achat fictif, la *coemptio* historique<sup>2</sup>.

3. Par l'examen des textes que nous possédons, nous avons cherché à expliquer la structure juridique de l'union *matrimonii causa* à laquelle se rapporte l'*usus* historique, afin de déterminer le caractère de l'*usus* lui-même, et nous sommes arrivés à l'hypothèse que cette cohabitation conjugale était un mariage légitime sans *manus*, et que le premier mariage plébéen valable devant la loi civile produisant le principal effet juridique du *justum matrimonium* d'après le droit civil patricien : la paternité légitime et la (*patria*) *potestas* sur les enfants qui en découle, a été cette même union *matrimonii causa* établie sans *manus* que suppose l'*usus* des textes. Et nous avons encore conjecturé que cette forme de mariage a fait sa première apparition, en tant qu'institution du droit civil, dans le droit patricien, et cela à titre d'expédient dans certains cas où, à défaut de *conubium*, l'établissement entre patricien et plébéen d'un mariage avec *manus* par la *confarreatio* était impossible, mais que c'est seulement dans les rapports matrimoniaux des plébéens entre eux que cette

<sup>1</sup> Voir plus loin.

<sup>2</sup> GAI. I 113. — Même après la création de la *coemptio*, la grande masse des plébéens continua sans doute, comme l'indiquerait probablement une étude du développement juridique ultérieur, à employer l'ancien mariage dit « libre » : le mariage sans *manus* et le mariage avec *manus*, établi (par l'*usus* et) par la *coemptio*, coexistaient.



union *matrimonii causa* a commencé à prendre, au point de vue social et juridique, une existence générale. De là, en tant qu'institution régulière, elle s'était étendue, selon toute vraisemblance, dès l'époque antérieure aux XII Tables, dans le droit patricien : il est visible, en effet, que la cohabitation conjugale à laquelle s'appliquait l'*usus* des textes a été une institution romaine commune. Issue simplement des exigences de la vie sociale, cette union conjugale sans *manus* a fini par évincer l'ancien mariage romain avec *manus* pour devenir la forme dominante de mariage.

De plus, nous avons signalé qu'en un temps donné, où les plébéiens étaient sur le point de fixer le premier résultat de leur lutte pour l'égalité civile, ils utilisèrent dans certains cas particuliers les institutions de l'*usus* et du *jus trinoctii*, apparues d'abord isolément, toutes les deux, dans le droit patricien.

L'analyse des documents nous a appris de plus que l'*usus* des textes conférait automatiquement à une union publique et exclusive, établie *matrimonii causa* et contractée sans formes civiles *mutuo consensu*, la *manus* sur la femme, si la vie commune, « l'usage » (*usus*), s'était prolongée plus d'une année sans interruption, et qu'une *usurpatio trinoctii* répétée chaque année, empêchait continuellement l'*usus* et par suite l'acquisition de la *manus*. Mais, en réalité, cet *usus* des textes était déjà dès l'époque antérieure aux XII Tables en pleine transformation. Il avait évidemment subi une évolution qui paraît achevée dès le temps de la législation décenvirale. Le fragment des XII Tables conservé par Gaius montre bien qu'à cette époque l'*usus* avait toujours pour effet d'établir la *manus*. La règle des XII Tables sur l'*usus* suppose encore la *manus* comme complément naturel du mariage romain ; la *manus* s'établit automatiquement par le seul fait que la vie commune n'était pas expressément (*usurpandi causa*) interrompue. Mais la règle elle-même du *trinoctium*, permettant d'éviter facilement l'établissement de l'*usus*, indique, en effet, le commencement d'une transformation essentielle de l'institution tout entière de l'*usus*.

La fonction qu'avait l'*usus*, le rôle positif qu'il jouait à l'origine, c'est-à-dire l'acquisition de la *manus*, passe à l'arrière-plan, et son intérêt pratique se concentre dans la règle du *trinoctium*. L'interruption de l'*usus* est devenue l'essentiel. Par le *jus trinoctium*, l'institution de l'*usus* devient, chose curieuse et remarquable,

un simple moyen de former définitivement un mariage sans *manus*<sup>1</sup>. A l'origine normalement un simple stade préliminaire de la fondation d'un mariage légitime en droit civil, l'union conjugale établie sans *manus* s'est transformée par le *trinoctium* en une forme définitive de mariage sans *manus*. En effet, l'institution de l'*usus* tendait à se dissoudre. Par l'exercice général du *jus trinoctii*, son pouvoir créateur de *manus* lui était progressivement enlevé. La règle du *trinoctium* elle-même perdit de son côté en réalité sa raison d'être du moment où il n'était plus nécessaire, pour éviter l'établissement de la *manus* — et par là établir définitivement un mariage sans *manus* — de recourir au moyen du *jus trinoctii*. Le résultat de cette évolution, c'est que l'institution tout entière de l'*usus* disparut comme un stade préliminaire inutile, une formalité vaine<sup>2</sup>. Désormais la *manus* ne s'obtenait plus, en général, par l'*usus*: elle s'établissait directement par le procédé de la *coemptio*. [La *coemptio* devient la forme de mariage commune aux plébéiens et aux patriciens.] Et un mariage sans *manus* pouvait être immédiatement et définitivement contracté *solo consensu*. La *manus* n'est plus une condition essentielle d'un mariage légitime et complet en droit civil.

4. Maintenant se pose à nous la question de toute importance historique: quand, dans quel cas et pour quels motifs d'ordre social peut-on admettre que l'*usus* surgit tout d'abord dans le droit matrimonial romain? En tant qu'institution du droit civil, il paraît absolument impossible qu'il se soit introduit dès l'origine dans le droit plébéien. D'autre part, il est bien invraisemblable que le *jus proprium civium Romanorum*, tel qu'avaient commencé à le formuler les patriciens dès le début, ait établi comme une règle générale du droit civil qu'une simple union *matrimonii causa*, formée *mutuo consensu* des parties, mais *sine (justis) nuptiis*<sup>3</sup>, c'est-à-dire sans la cérémonie de la *confarreatio*, se transforme automatiquement, par le seul fait d'une cohabita-

<sup>1</sup> Le mariage auquel se rapporte l'*usus* des textes est devenu pratiquement et en réalité, pour reprendre les termes de Q. Mucius, «un mariage par *usurpatio*». Le juriconsulte signale l'épouse comme *usurpata mulier*.

<sup>2</sup> Le mariage *cum manu* établi par l'*usus* existait encore au temps de Cicéron (*pro Flacco* XXXIV 84), mais Gaius le représente comme disparu, partie en vertu des lois, partie par désuétude. GAI. I 111.

<sup>3</sup> GRANIVS FLACCUS *ap. PAUL. Dig. L 16, l. 144: uxoris loco, sine nuptiis*. Cf. SERV. *Georg.* 31: *sine legibus*.

tion conjugale prolongée (*usus anno continuo*), en *justum matrimonium*. Nous devons croire qu'à l'origine c'est seulement en certains cas très particuliers que l'*usus* a fait son apparition première dans le droit civil patricien<sup>1</sup>.

Dans une doctrine très répandue, il est vrai, l'*usus* n'a pas été un mode d'acquérir la *manus*. Il ne serait pas autre chose qu'un simple moyen inventé par la jurisprudence romaine pour suppléer à un vice de forme dans l'établissement d'un mariage établi par la *confarreatio* ou contracté par la *coemptio*<sup>2</sup>. Mais cette conception de l'*usus* est certainement tout à fait inacceptable. Abstraction faite de la mention expresse de l'*usus* dans le texte de Gaius comme un moyen d'acquérir la *manus*, et de ce que l'*usus* est dans ses origines sans aucun doute une institution plus ancienne que les deux autres procédés d'acquisition de la *manus*, on a remarqué justement que la *confarreatio* et la *coemptio* sont des modes formalistes entourés de rites d'une grande notoriété, qu'il est bien peu probable, dès lors, que des défauts de forme aient pu se produire facilement, et en particulier que le droit coutumier ait formé une institution spéciale en vue de cas si exceptionnels<sup>3</sup>. D'autre part, il est également tout à fait invraisemblable, comme nous l'avons indiqué, que l'*usus* ait eu pour fonction d'effacer une imperfection du mariage relative à une condition de validité dont l'absence constituait un empêchement d'ordre social, et notamment au défaut du *conubium* entre patriciens et plébéiens.

Pour ce qui est des origines du *jus trinoctii*, il n'est pas moins improbable au point de vue social que cette institution constructive soit d'abord apparue dans le droit plébéien ou encore dans le droit civil patricien, dans les relations des patriciens entre eux. On est donc tenté de croire que c'est dans les rapports matrimoniaux entre plébéien et patricienne que cette construction juridique, tout comme le mariage sans *manus*, s'est d'abord introduite, en tant qu'institution générale reconnue par le droit coutumier. Dès le moment où il y avait *conubium* entre patricien et plébéien, l'application de la règle de l'*usus* aurait eu pour

<sup>1</sup> Voir plus loin.

<sup>2</sup> Notamment L. MITTEIS, *Röm. Privatrecht* (1908) 252 s.

<sup>3</sup> Dernièrement H. LÉVY-BRUHL, *Rev. d'hist. du droit* XIV 456. WOLFF, *ebenda* XVI 168.



effet, au bout d'un an de vie commune ininterrompue, de soumettre la femme patricienne à la *manus* du mari plébéen, c'est-à-dire de la faire entrer dans une famille plébéienne. Il devint donc nécessaire, pour réserver la possibilité d'éviter la *manus*, d'inventer un moyen légal qui, sans toucher à la validité du mariage existant, permettrait d'empêcher l'établissement de l'*usus*: c'est ce moyen légal que la jurisprudence romaine créa dès ses débuts par le système du *trinoctium* répété chaque année. Il suffisait à la femme patricienne de passer chaque année trois nuits de suite dans la maison de son père — ou dans sa famille paternelle — et d'y prendre part aux *sacra* de cette *domus*<sup>1</sup>.

La seule chose que nous sachions avec certitude sur l'institution du *trinoctium*, c'est qu'elle existait déjà à l'époque antérieure aux XII Tables. Les textes le prouvent. Il est possible qu'elle ait été introduite dans les XII Tables en même temps que la défense positive, mais sans doute inefficace, du *conubium*. Nous avons émis l'hypothèse qu'elle a d'abord été appliquée dans les rapports matrimoniaux entre patriciens et plébéiens, et qu'elle est apparue en premier lieu dans le droit patricien pour protéger la patricienne contre la *manus* plébéienne. Cela suppose, il est vrai, qu'un mariage patricien-plébéen avec *manus* était possible. Si un mariage avec *manus* avait été complètement exclu, le *trinoctium*, comme moyen d'éviter l'établissement de la *manus*, aurait été superflu. D'après la tradition romaine — et la doctrine traditionnelle — l'interdiction du *conubium* de l'ancien droit coutumier patricien n'a été supprimée, comme indiqué, que cinq ans après les XII Tables, par le plébiscite Canuléen de l'an 445. L'hypothèse avancée paraîtrait donc pouvoir tomber pour des raisons chronologiques<sup>2</sup>. Mais, comme nous l'avons vu, des mariages entre patriciens et plébéiens ont, selon toute vraisemblance, commencé de bonne heure déjà à être en usage malgré l'opposition des patriciens.

En vertu des raisons historiques probables de sa création: le désir de prévenir que les mariages mixtes sans *manus*, existant de fait, ne se transforment automatiquement en mariages avec *manus*, par application de l'ancienne règle d'*usus*, le *trinoctium*

<sup>1</sup> BICKEL, «Die Nomenklatur der materfamilias», *Rhein. Mus. f. Philologie*, N. F. LXV 578 ss.

<sup>2</sup> Pour ces motifs BINDER, *Die Plebs* 415, rattache l'institution de l'*usus* aux XII Tables et reporte le *trinoctium* à une interprétation de jurisprudence postérieure.

même, prévu par les XII Tables, est, tout au contraire, si l'hypothèse proposée pour résoudre le problème du *conubium* est juste, en réalité, une preuve que les mariages entre patriciens et plébéiens étaient connus antérieurement aux XII Tables.

Issu de la pratique du droit patricien comme un moyen légal de protéger la patricienne contre la *manus* plébéienne, le *jus trinoctii* s'est généralisé avec le temps et a été employé par les plébéiens entre eux pour empêcher l'établissement de l'*usus* et par là l'acquisition de la *manus*. Si, par exemple, la femme apportait une dot assez considérable, sa famille avait intérêt à éviter que la *conventio in manum* ne fît passer cette dot dans le patrimoine du mari: en pareil cas, il suffisait à son père, pour conserver la dot à la famille, de lui imposer l'interruption de l'*usus* par l'*usurpatio trinoctii*.

Cependant, l'*usus*, dans l'essence une usucapion de la (*quasi*)-*possessio* de la femme, est sans aucun doute une vieille institution matrimoniale qui sous sa forme primitive remonte aux temps archaïques. Pour comprendre l'*usus* historique et son évolution ultérieure il nous faut chercher à l'étudier dans ses origines primitives: dans le droit coutumier patricien.

### III.

#### L'*usus* primitif et l'union conjugale à laquelle il s'appliquait.

1. L'institution de l'*usus* telle que nous la rencontrons dans les textes, évidemment transformée et entrée en dissolution dès l'époque antérieure aux XII Tables, comme le prouve la règle du *trinoctium*, ne peut être, comme le veut la doctrine courante, l'*usus* primitif. Elle doit assurément reposer sur un développement secondaire. Pour arriver à une conception historique de cet *usus* primitif, il nous faut essayer de déterminer le caractère social et juridique de l'union à laquelle il s'est appliqué au bout d'un an de vie commune. En d'autres termes, il nous faut tenter de rechercher dans ses origines la cohabitation conjugale pendant le cours de la première année.

Les documents ne nous donnent pas de renseignements

directs sur l'ancienneté respective des trois procédés d'acquisition de la *manus* qui figurent dans les textes: l'*usus*, la *confarreatio* et la *coemptio*. Il n'y a rien de certain non plus à tirer de l'ordre dans lequel on les trouve énumérés<sup>1</sup>. Étant donné pourtant que l'*usus* y est invariablement cité le premier, il est permis de supposer qu'il en était ainsi parce que ce mode d'acquisition de la puissance sur la femme, signalé comme *manus*, ou plutôt, à l'origine, ce mode de formation du mariage, était considéré par les Romains eux-mêmes comme le plus ancien ou encore qu'il a constitué la forme générale de mariage aux temps primitifs. On a dit, il est vrai, que si l'*usus* figure toujours en premier lieu, c'est qu'il était le premier tombé en désuétude; mais cette explication ne vaut rien dans le cas, par exemple, où Cicéron cite l'*usus* avant la *coemptio*, attendu que les trois formes subsistaient encore de son temps<sup>1</sup>. Quoi qu'il en soit, il est hors de doute que l'acquisition de la puissance sur la femme par l'*usus* est une vieille institution juridique qui remonte aux temps archaïques d'une Rome primitive.

Il ressort du fragment des XII Tables rapporté par Cicéron, que l'acquisition de la propriété par l'*usus (rerum)* était dès cette époque une institution ancienne et enracinée<sup>2</sup>. Le délai de *possessio* qu'elle prévoit est de deux ans pour un *fundus* et d'un an pour les *celerae res*, mais derrière ces conditions inégales on peut penser qu'il a pu exister une *usucapio* plus ancienne, ne comportant qu'une année de possession aussi bien pour les fonds que pour les autres choses. L'idée pratique qui, à n'en pas douter, a été originellement le simple fondement juridique de cette règle de l'*usucapio*, l'idée de la consécration du temps, est, selon l'expression de Cicéron, que la propriété d'une chose ne doit pas rester dans l'incertitude<sup>3</sup>. Et il n'est nullement invraisemblable que, par une sorte d'analogie, le plus ancien droit romain ait également appliqué en certains cas, pour des motifs sociaux, ce principe de l'usucapion à l'acquisition de la puissance sur la femme, signalée comme *manus*, c'est-à-dire à la (*quasi*)*possessio*

<sup>1</sup> GAL. I 110. Cf. CIC. *pro Flacco* XXXIV 84. SERV. *Georg.* I 31. BOETH. in CIC. *Topica* III 14. *Fontes* II 73.

<sup>2</sup> *Brautkauf* 54 s.

<sup>3</sup> CIC. *Top.* IV 23. Cf. GAL. II 42. 54. CIC. *pro Caec.* XIX 54. *Fontes* I 25. GIRARD, *Textes*<sup>4</sup> 15.

<sup>4</sup> CIC. *pro Caec. l. c.* 26: *ne rerum dominia incerta essent.* GAL. II 44.



de la femme. De plus, la théorie avancée depuis longtemps par Stintzing et fortifiée par Esmein, qu'à l'origine l'*usucapio*, pour transformer une maîtrise de fait (*possessio*) sur une chose en une maîtrise de droit (*dominium ex jure Quiritium*), ne requiert que les deux conditions objectives: le délai prolongé et la non-furtivité, est aujourd'hui acceptée de tous<sup>1</sup>. La preuve en est que les XII Tables exigent expressément pour l'usucapion une seconde condition outre le délai de *possessio*: que la chose n'ait pas été *res furtiva*.

La teneur des XII Tables paraît avoir été conçue ainsi: *usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto*<sup>2</sup>: «Usage de deux ans confère autorité sur les fonds, pour les autres choses l'usage est d'un an.» Les deux conditions psychologiques et juridiques que l'usucapion requiert encore à l'époque classique, la *bona fides* et la *justa causa possessionis*, un juste titre d'acquisition, ne sont pas alors des conditions nécessaires. Cela s'explique logiquement par la fonction même de l'usucapion primitive. La *possessio* purement physique, consolidée par l'effet du temps, suffisait, sauf, bien entendu, dans le cas de *res furtivae*. Par analogie, il est donc permis de croire que l'usucapion matrimoniale de la Rome primitive ne supposait comme condition juridique qu'une (*quasi*)*possessio* de fait, poursuivie *anno continuo*, et la non-furtivité. En d'autres termes, la cohabitation conjugale à laquelle l'*usus uxoris* primitif se rapportait, ne constituait qu'une vie commune prolongée, établie sans formes civiles (*sine legibus*). Un acte légal qui justifiait la (*quasi*)*possessio*, une *justa causa (quasi)possessionis*, n'était alors pas nécessaire.

Cette hypothèse trouve des appuis dans le droit comparé. C'est nettement une analogie avec cet *usus* primitif des Romains, l'usage prolongé, que nous retrouvons dans l'ancien droit danois, qui reconnaissait comme union légalement valable, après un certain délai, une simple cohabitation de fait de caractère conjugal: selon la «Loi de Jutland», la concubine qui, vivant publiquement dans la maison d'un homme, avait, pendant trois hivers, partagé sa table et son lit et porté les clés de la

<sup>1</sup> PAUL COLLINET, *Mélanges Paul Fournier* (1929) 71 ss. Cf. JULES FAURE, *Justa causa et bonne foi* (Thèse Lausanne 1936) 15 ss.

<sup>2</sup> P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* II 2 (1928) 204 ss. Cf. F. DE VISSCHER, *Rev. hist. de droit* 1933 p. 618.

maison, devenait automatiquement «dame et juste épouse»<sup>1</sup>. La même règle existait dans le droit norvégien, avec cette seule différence qu'il fallait vingt années de vie commune publique<sup>2</sup>.

L'*usus* originaire n'a donc pas eu pour objet, comme celui des textes, de conférer la *manus* à un mariage légitime préexistant: il a créé le mariage lui-même<sup>3</sup>.

Il est possible qu'il y ait lieu de voir une réminiscence de ce mariage fondé par *usus* dans le passage du commentaire de Servius sur les Géorgiques, où l'*usus* est indiqué comme un moyen par lequel *apud veteres nuptiae fiebant*<sup>4</sup>. En outre, l'*usus* primitif ne demandait, comme conditions juridiques, ni *justus titulus*, ni *bona fides*. Pas plus qu'il n'impliquait une *justa causa (quasi)possessio*, pouvant objectivement servir de base à la *bona fides*, il n'exigeait la *bona fides* pure et simple, c'est-à-dire, en l'espèce, la volonté de contracter un mariage légal d'après le droit civil. Seulement, par analogie avec l'interdiction de l'*usucapio* des *res furtivae*, il paraît certain que la *(quasi)possessio* acquise par voie d'enlèvement proprement dit, l'enlèvement violent, le viol de la femme, n'était pas susceptible de l'*usucapio*<sup>5</sup>.

Mais n'importe quelle union conjugale, allait-elle dans le plus ancien droit patricien se transformer par le seul fait d'une *(quasi)possessio* poursuivie *anno continuo*, en mariage pleinement valable devant la loi civile? Certainement non. Cette solution, déjà fort invraisemblable par elle-même, est en outre inadmissible pour des motifs de pure logique. Il est bien entendu que l'*usus* ou l'*usucapio* n'avaient pour effet proprement juridique que de légitimer un certain état de choses préexistant; mais il s'ensuit alors qu'il fallait une correspondance réelle dans la nature de la cohabitation, entre la simple union de fait et le mariage

<sup>1</sup> *Jyske Lov* I 27.

<sup>2</sup> *Gulathingslov* Art. 125.

<sup>3</sup> Et l'*usurpatio* aurait eu une fonction réelle, à savoir la rupture sérieuse et définitive de la vie commune (*usus*). *Usurpatio* (de *usui-rapere*?): interruption de l'*usus*. *Mariage par usus* 27 s. 30.

<sup>4</sup> *SERV. Georg.* I 31. Cf. *BOETH. l. c. uxor habebatur*. Le fait que la *coemptio*, simple créatrice de *manus*, apparaisse également dans ce passage comme un moyen en vertu duquel *nuptiae fiebant*, doit provenir d'une confusion entre la *coemptio* historique et le primitif «mariage par achat», ce que paraît indiquer l'incidente: *ail* (Vergilius) «*emat*». *Fonles* II 78 cf. 73.

<sup>5</sup> Cf. *Brautkauf* 131 ss. *KOSCHAKER*, «Die Eheformen» (1937) 140. Voir pourtant *CORNIL* 47. *KÜBLER, Röm. Rechtsgesch.* (1925) 33. Sur le mariage dit «par rapt», voir *Brautkauf* 119 ss. Cf. *KOSCHAKER* 138 ss.

légalement reconnu. Le mariage étant par essence monogamique, stable et permanent, la simple union de fait, la (*quasi*)*possessio* à laquelle s'appliquait l'*usus*, devait être exclusive et destinée à durer; de même, le but du mariage étant de fonder une famille, la vie commune devait avoir été établie *lib. quaer. causa*. Nous avons vu, il est vrai, que la formation du mariage par *usus* ne demandait ni *justus titulus*, ni *bona fides*, indiquant l'intention de fonder une union légale. Ce qu'exigeait l'*usucapio uxoris*, c'était simplement que la volonté persistante de l'homme et de la femme d'établir une union durable *lib. quaer. causa* se fût affirmée par des *faits* au lieu d'être déclarée solennellement comme dans les actes légaux d'après le droit civil, la *confarreatio* ou la *coemptio*, qu'elle fût consacrée par l'effet du temps. Pourtant, l'union conjugale devait assurément être accompagnée de certaines circonstances indiquant qu'elle avait été contractée sinon *matrimonii causa*, du moins — s'il est permis d'employer provisoirement cette expression — *pro matrimonio*. C'est justement ce même type de concubinat pareil au mariage que l'on rencontre dans le droit scandinave, où il était exigé expressément que la femme eût pendant trois hivers partagé la table et le lit de l'homme et porté les clés de la maison, insigne de la «maîtresse de maison».

L'existence, dans le plus ancien droit romain, d'un tel «concubinat» particulier, paraît, en effet, ressortir de divers passages de la littérature juridique et archéologique de l'ancienne Rome. Dans les fragments conservés par Paulus du traité de Massurius Sabinus intitulé *Memorialia* et du commentaire de Granius Flaccus *De jure Papiriano*<sup>1</sup>, ces deux auteurs nous donnent une définition concordante du vieux mot latin *paelex*. Granius nous enseigne même quelle a été, au cours des âges, l'évolution de sa signification: De son temps (*nunc*), c'est-à-dire vers la fin de la République, le terme *paelex*, dont l'origine linguistique et le sens primitif sont incertains<sup>2</sup>, s'appliquait communément (*volgo*) à «la femme qui a commerce (*corpus misceat*) avec un homme marié»; par contre, il désignait dans l'ancienne Rome (*apud*

<sup>1</sup> Cf. ci-dessus PAUL. *Dig.* L 16, l. 144.

<sup>2</sup> PAUL MEYER 7 s. [Dérivé du mot sémitique *pilegesch*.? Bessenberger.] ERNOUT et MEILLET v. *paelex*.



*antiquos*), selon Sabinus, celle «qui vivait avec un homme sans lui être unie en mariage légitime» (*cum uxor non esset*), selon une autre définition (*quidam*), sans doute également fort ancienne, celle «qui vit *uxoris loco* dans la maison d'un homme (*in domo sit*) sans lui être unie (*justis*) *nuptiis*».

Nous pouvons donc, sans trop de témérité, avancer cette hypothèse que l'ancien droit romain a effectivement connu un «concubinat» d'un type particulier, toléré par les mœurs<sup>1</sup>, et dans lequel, sans *justae nuptiae*, mais *uxoris loco*, une femme née libre vivait continuellement<sup>2</sup> avec un homme non marié, dans la maison (*in domo*) de celui-ci. Nous avons vu plus haut, dans le passage du commentaire de Servius sur les Géorgiques, que l'*usus* y est mentionné comme un moyen par lequel *apud veteres nuptiae fiebant*; or, les termes qu'il y emploie pour caractériser cette union à laquelle s'appliquait l'*usus*: «*si mulier . . . cum viro, licet sine legibus, fuisset*», rappellent d'une façon remarquable les expressions citées ci-dessus des deux définitions du mot *paalex* rapportées par Paulus<sup>3</sup>. Il se peut donc fort bien que l'ancien «paelicat» romain<sup>4</sup>, défini par Massurius Sabinus et «certains auteurs anciens», et consistant en une union formée *sine* (*justis*) *nuptiis*, mais *lib. quaer. causa*, tolérée par les mœurs et autorisée par la loi, ne soit autre que le «concubinat» *sui generis* que supposait l'*usus* primitif.

<sup>1</sup> L'ancienne prescription sacrale (AULU-GELLE IV 3, 3 cf. ci-dessus FEST. v. *pelices*) selon laquelle il était interdit à la *paalex* de toucher l'autel de Junon, ne prouve nullement que l'antique «paelicat» romain fût considéré de son temps comme déshonorant pour la femme, par la seule raison qu'elle date probablement d'une époque postérieure, où *paalex* avait pris le sens de «femme qui vivait avec un homme marié», et où le terme prit un caractère infamant. D'ailleurs, si la *paalex*, dans le cas mentionné par Aulu-Gelle, ne devait pas toucher l'autel sacré de Junon, c'est que, selon le droit patricien, elle ne possédait pas la dignité de *materfamilias*, qui appartenait seulement à l'épouse *in manu*. Cf. ci-dessus CIC. *top.* III 14. Dans ce sens aussi PAUL MEYER 13. La preuve en est que l'épouse légitime mais mariée sans *manus*, était également privée de ce droit.

<sup>2</sup> Voir chez PAUL. *l. c.* l'opposition des termes «*vivere cum*» (Massurius) et «*corpus miscere*» (Granius).

<sup>3</sup> SERV. *Georg.* I 31. — GRANIUS FLACCUS, *ap. Paul. l. c.*: *quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit*. Cf. MASSURIUS SABINUS *l. c.*

<sup>4</sup> La ressemblance entre cet ancien concubinat *sui generis*, par son caractère juridique tout différent d'un simple «concubinage», avec le concubinat réglementé par Auguste (CORNIL, *Précis de droit romain* (1926) 121 ss. GIRARD, *Manuel* 198 ss. PLASARD, Thèse Toulouse 1921), est si manifeste que l'hypothèse d'une certaine continuité historique peut sans doute être envisagée.

2. Voici qu'un nouveau problème se présente à nos recherches, celui de savoir par quels procédés le droit coutumier d'une Rome archaïque a bien pu commencer à appliquer la règle primitive de l'usucapion à la (*quasi*)*possessio uxoris*. Il nous faudra donc essayer de découvrir derrière cette application proprement «juridique» de la règle de l'*usus*, les motifs d'ordre social et économique qui peuvent historiquement l'expliquer et qui ont permis de transformer, par la seule vertu de la consécration du temps, une simple union de fait en un mariage légalement valable. Mais auparavant il nous faut, en nous appuyant sur le droit comparé, chercher à nous faire une idée plus précise de la conception antique du «juste mariage» par opposition à toute autre forme de cohabitation publique et permanente. En d'autres termes, il faut, je crois — et j'ai cherché à le démontrer par ailleurs, sur un plan plus vaste — commencer à nous efforcer de nous familiariser avec l'idée que le droit primitif de l'Antiquité n'a nullement établi, entre le mariage légitime et certaines autres formes particulières de cohabitation conjugale, une distinction aussi nette qu'on l'a généralement admis jusqu'ici, et qu'il a, au contraire, connu une forme particulière de *concubinat légitime*, facile à dissoudre, et dans laquelle le fils héritait du père.

Le droit comparé présente, en effet, des traces manifestes d'une telle sorte d'union conjugale sanctionnée par la loi. En dehors de l'ancien droit danois qui a connu, comme nous l'avons vu, une institution analogue à l'*usus uxoris* primitif des Romains, elle se rencontre dans quelques sources normandes et anglaises du IX<sup>e</sup> siècle<sup>1</sup> et se retrouve non seulement dans le droit norvégien mais encore dans le domaine du droit germanique occidental et oriental («l'union de *friedel*»)<sup>2</sup>. Le plus ancien droit grec, non seulement le droit homérique mais encore

<sup>1</sup> Voir mon étude «Le mariage des trois premiers Ducs de Normandie», *Normannia* (Caen). VI (1933) 411 ss. Cf. ROBERT BESNIER, «Le mariage en Normandie, des origines au XIII<sup>e</sup> siècle», *ibenda* VII (1934) 69 ss. HERB. MEYER, «Ehe und Eheauffassung der Germanen». *Festschr. Ernst Heymann* (1940) I 28 s.

<sup>2</sup> Voir provisoirement *Mariage par usus* (1926) 36 ss. Cf. HERBERT MEYER, «Friedelehe und Mutterrecht», *Zeitschr. der Sav.-Stift.*, Germ. Abt., XLVII (1927) 243 ss. cf. 198 ss. Le sens fondamental du mot germanique commun *friedel* est «Freundin». Le terme de *Friedel* ne doit pas être confondu avec celui de «Kebse»: il nous faut distinguer nettement entre la «*muntfreie Friedelehe*» et le simple concubinat. F. KAUFMANN, *Deutsche Allertumskunde* I (1913) 450<sup>1</sup>. MEYER 225 ss. «Ehe und Eheauffassung» (1940) 24 ss. KOSCHAKER 123 ss.

celui de l'Athènes préclassique (la *παλλακία*)<sup>1</sup> et probablement aussi l'ancien droit hindou (la *gāndharva vivāha*)<sup>2</sup> ont également connu un tel concubinat légitime *sui generis*<sup>3</sup>.

L'histoire comparative fait donc voir que le plus ancien droit grec et germanique, et probablement aussi le plus ancien droit hindou, ainsi que, dans une certaine mesure, l'ancien droit romain, n'ont nullement fait une distinction nette entre le mariage et le concubinat, entre l'union conjugale pleinement valable d'une part et les diverses formes de rapports passagers ou permanents de l'autre<sup>4</sup>. Au contraire, l'ancien droit a connu, avec différentes modalités d'ordre légal et social, un concubinat légitime : public, durable et fécond, de caractère contractuel, entre citoyen et citoyenne, établi sans formes civiles mais *lib. quaer. causa* — non seulement toléré par les mœurs, mais encore légalement reconnu, bien qu'un mariage inférieur — ayant certains effets juridiques, notamment à l'égard des enfants, qui étaient considérés comme appartenant à la famille du père et recevaient à ce titre un certain droit à l'héritage.

Le droit romain, autant que nous en pouvons juger, ne présente aucune trace d'un concubinat reconnu par la loi et doté d'une certaine validité légale, tel qu'il se rencontre dans d'autres droits anciens. Par contre, la Rome primitive a connu, comme semblent bien l'établir les définitions du mot *paelex* rapportées

<sup>1</sup> *Mariage par usus* 34 ss. Cf. ERDMANN 106 ss. KOSCHAKER 122<sup>1</sup>. Comp. γάμος ἄραφος des papyri égyptiens. L. WENGER, *Ber. der bayer. Akad. der. Wissensch.*, Phil.-hist. Kl. 1928, 4 Abh. p. 22 f. 66 f. 101.

<sup>2</sup> *Mariage par usus* 39 ss. Le mariage dit « d'inclination » du droit sassanide ? BARTHOLOMAE, *Die Frau im sasanid. Recht* (1924) 11. ARTHUR CHRISTENSEN, *L'Iran sous les Sassanides* (1936) 323. Cf. KOSCHAKER 121<sup>1</sup>. Cp. l'union *svayamvara* du droit hindou. *Manu* IX 90 ss. JOLLY 51. Pour le droit celtique comp. l'union conjugale d'une *banchomarba* (« fille désignée », « Erbtochter »). *Lánamnas for bantichur*. H. D'ARBOIS DE JUBAINVILLE, *La famille celtique* (1905) 163 ss. *Studies in early Irish Law* by R. THURNEYSSEN etc., Dublin 1936 : Thurneysen p. 57. 226 s. NANCY POWER 104. Cf. DILLON 132 ss. BINCHY 183 s. ALF. SCHUTZE, *Zeitschr. der Sav.-Stift.*, Germ. Abt., LVII (1937) 481. KOSCHAKER 110.

Au moyen âge, le droit espagnol connaissait aussi une forme de concubinat monogamique et légitime dit *barraganía*. Cette union, sans doute d'origine wisigothe, ne se distinguait du mariage que par la facilité de sa dissolution et par le manque de *dos*. Les enfants nés de ce concubinat légitime étaient appelés à l'héritage à égalité avec les enfants issus d'un mariage légitime. FICKER, *Mitt. des Inst. f. österr. G. F. Erg.* Bd. II 481 ss. Cf. HERB. MEYER, « Friedelehe » 233 f. (Sociétés primitives : EDW. WESTERMARCK, *The History of Human Marriage*<sup>5</sup> (1925) II 308 ff.) cf. 286 ss.

<sup>3</sup> Un concubinat *sui generis*, à savoir un concubinat légitime (l'union conjugale *more danico* du droit normand, la *παλλακία* de l'Athènes préclassique (ISAL de her. *Pyrrh.* §§ 13. 16. 39. Examenation : *παλλακία* ou mariage légitime?), la *gāndharva vivāha* du droit hindou) ou un mariage sanctionné par la loi bien que d'un rang inférieur (l'union de *friedel* du droit germ.), ne se distinguent à tout prendre que par une différence de terminologie.

<sup>4</sup> Cf. PAUL MEYER 6 ss.



par Paulus, une forme *sui generis* de concubinat, tolérée par les mœurs (c'est-à-dire reconnue de fait) et se distinguant aussi bien subjectivement qu'objectivement de l'union purement passagère, à savoir une union dans laquelle, sans *justae nuptiae*, mais *uxoris loco*, une femme née libre vit continuellement avec un homme non marié dans la maison de celui-ci (*in domo sit*)<sup>1</sup>. Le fait même que le plus ancien droit romain ait un terme spécial, dans son sens primitif, pour désigner une union contractée *sine (justis) nuptiis*, mais *pro matrimonio*, suffit à lui seul à indiquer l'existence historique d'un concubinat de cette forme particulière<sup>2</sup>.

Actuellement dénuée de toute validité légale d'après le droit civil patricien, cette simple union de fait, qui probablement n'était autre que la cohabitation *sui generis* que supposait l'*usus* primitif, possédait, cependant, en puissance, une certaine valeur juridique. Tandis que la pallakie grecque et l'union de *friedel* germanique, par le seul effet de leurs mobiles subjectifs, fondaient immédiatement une union légitime, l'ancien «paelicat» romain, en analogie avec le concubinat de l'ancien droit danois, constituait *ipso jure*, au bout d'un certain temps de *quasi possessio*, un an de vie commune ininterrompue (*anno continuo*), et par une application analogique du principe de l'*usucapio*, un mariage valable devant la loi civile: le mariage par l'*usus* primitif de l'ancien droit romain.

En effet, derrière l'application de la règle primitive de l'usucapion, permettant de transformer en mariage légitime une simple cohabitation conjugale, on ne trouve pas seulement la tendance générale du droit coutumier primitif à reconnaître en droit un état de fait préexistant par l'écoulement d'un certain délai. On doit également, sans aucun doute, y rencontrer un motif apparenté aux idées sur lesquelles se fonde «l'essai de mariage» ou «mariage à l'essai» qui, sous diverses formes, apparaît chez les peuples primitifs de l'Antiquité ainsi que des temps modernes<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> GRANIUS FLACCUS ap. PAUL. l. c.

<sup>2</sup> H. J. WOLFF, *Rev. d'hist. du droit* XVI (1938) 166<sup>2</sup> nie sans plus l'existence d'un tel «paelicat» *lib. quaer. causa*. Voir pourtant le même auteur l. c. 181.

<sup>3</sup> D'après une opinion émise par H. LÉVY-BRUHL, «Les origines du mariage sine manu», *Rev. d'hist. du droit* (Haarlem) XIV (1936) 460 ss., le «mariage par usus» ne serait pas, à l'origine, autre chose qu'un tel «mariage à l'essai» contracté sous condition d'avoir le droit de répudier la femme, si elle restait stérile au cours de la première année. Le *jus trinocitii* serait au début simplement un

Beaucoup de peuplades non civilisées ne considèrent, en effet, le mariage comme établi que quand, en règle générale au bout d'un an, la femme a mis au monde un enfant: ou bien la femme reste jusque-là chez ses parents, ou ce n'est qu'alors que l'homme est obligé de payer le «prix d'achat» ou la femme en droit de reprendre sa dot<sup>1</sup>. Ce sont évidemment des réminiscences d'idées analogues que l'on retrouve dans certaines dispositions du droit germanique, d'après lesquelles les effets juridiques du mariage quant aux biens n'entraient en pleine vigueur qu'après la naissance d'un enfant<sup>2</sup>. A côté de ce mariage sous condition ou à terme suspensif, sorte de *noviciat* conjugal, on rencontre aussi, souvent, une forme particulière de mariage provisoire, servant également d'épreuve de fécondité: le mariage, contracté pour un an, n'est renouvelé que si la femme se montre capable d'enfanter<sup>3</sup>. Ce genre de mariage «à l'essai» était en vigueur dans un grand nombre de sociétés de l'Antiquité. Notamment l'ancien droit égyptien le pratiquait. Le droit irlandais du V<sup>e</sup> siècle présente des traces d'un système analogue dans le mariage annuel dont parle le *Senchas Már*.<sup>4</sup>

3. Nous devons croire qu'à l'origine c'est seulement dans certaines hypothèses très particulières que l'*usus* primitif a pu, en droit civil, fonder le mariage. Une dernière question se présente alors à nos recherches: dans quels cas et pour quels motifs d'ordre social peut-on admettre que la jurisprudence romaine naissante ait commencé à appliquer le principe de l'*usucapio* à la (*quasi*)*possessio uxoris* afin d'établir un mariage légitime? Il est bien peu probable, comme nous l'avons observé, que ce principe ait eu pour objet de suppléer à une condition de validité du mariage dont l'absence constituait un empêchement d'ordre social, et notamment au défaut de *jus conubii* entre patricien et plébéien. Mais il en est tout autrement dans le cas de certains défauts qui constituaient un empêchement de mariage

moyen donné au mari, constituant pour ce dernier le mode légal de répudiation de la femme stérile. Cependant, cette conception paraît inacceptable pour la seule raison que le *trinoctium* était assurément un moyen accordé à la femme, à savoir à son *paterfamilias* ou à son tuteur, d'échapper à la *manus* du mari. Voir plus haut. L'auteur a d'ailleurs mal compris le caractère juridique des institutions matrimoniales du droit nordique et grec, rapportées dans *Mariage par usus* 30. 34 ss., sur lesquelles s'appuie sa doctrine. Cf. KOSCHAKER *l. c.* 129<sup>2</sup>. WOLFF *l. c.* 167.

<sup>1</sup> Notamment EDW. WESTERMARCK, *Del menskliga äktenskapets historia* (1893) 24 ss.

<sup>2</sup> OTTO BRUNNER, «Geburt eines lebenden Kindes», *Zeitschr. der Sav.-Stiftl.*, Germ. Abt., XVI (1895) 102 ss. cf. 63 ss. Cf. HERB. MEYER, «Friedelehe» *l. c.* 233<sup>1</sup>.

<sup>3</sup> WESTERMARCK 420.

<sup>4</sup> *Introduction I* (1943), Book I, *Marriage* 1. Cp. Le mariage *handfast* en usage jusqu'au XVI<sup>e</sup> siècle chez les Highlanders d'Ecosse. PAUL VINOGRADOFF, *Outlines of Hist. Jurisprudence I* (1920) 246 ss. *Principes historiques* (1924) 254 ss.

relatif au consentement exigé par le droit civil. Et l'on est ainsi porté à penser au cas où manquait le *consensus* du *paterfamilias*<sup>1</sup>. Or, on voudra bien ne pas oublier qu'ici nous allons une fois encore entrer dans le domaine des conjectures.

Dans le cas où une union *matrimonii causa* s'était établie sans le consentement des deux chefs de famille se manifestant par la « remise » de la femme, la *traditio puellae*, qui au point de vue social et juridique exprimait son admission dans la famille agnatique du mari et par conséquent son passage obligatoire sous la puissance du *paterfamilias* de cette *domus*, la *conventio in manum*, et qui, d'après le droit sacré patricien, exprimait encore quelque chose de plus: son association aux *sacra* de la famille du mari; ou, pour remonter aux temps plus anciens, dans le cas où une telle union formée *mutuo consensu* des deux parties s'était établie sans l'accord des volontés des deux *patres familias* se manifestant dans les « fiançailles », *sponsalia*, anciennement sans doute confirmées par des stipulations réciproques: *filiam in matrimonium datum iri* etc.<sup>2</sup>, dans le cas donc où il y avait, si l'on veut, un enlèvement, ce *raptus in parentes* dans lequel on a souvent voulu voir plus tard un prétendu mariage « par rapt »<sup>3</sup>, il ne pouvait y avoir *legitimum sive justum matrimonium*<sup>4</sup>. Mais si une telle communauté de vie et de culte dénuée de tout effet civil actuel, s'était maintenue sans interruption pendant un an, l'union était de ce fait légitimée et revêtue *eo ipso*

<sup>1</sup> *Mariage par usus* 45 s.

<sup>2</sup> La conclusion du mariage comportait vraisemblablement dans le droit romain primitif comme dans l'ancien droit germanique, hindou et grec, deux cérémonies: les *sponsalia* réciproques, se manifestant sous la forme d'un « achat », et la « remise » de la fiancée, la *datio*, avec la « conduite » solennelle de la femme à la maison du mari (*domum deductio*), la première seule constituant sans doute l'acte juridique principal, tandis que la « remise » et la « conduite » n'étaient que la réalisation matérielle du contrat. Mais, dès une certaine époque préhistorique de la Rome patricienne, les *sponsalia* avaient cessé de jouer un rôle décisif dans la formation du mariage, tandis que la *domum deductio* perdait de son côté toute valeur proprement juridique. La conclusion du mariage s'était entièrement concentrée dans la « remise » de la femme (*traditio puellae*). *Brautkauf* 64 ss. 88 ss. *Mariage par usus* 17 s. Cf. KOSCHAKER, « Die Eheformen » (1937) 89 s. cf. 87 ss.

<sup>3</sup> *Brautkauf* 132 cf. 126 ss. Cf. HERB. MEYER, « Friedelehe » 257 ss. KARL FRÖLICH, « Die Eheschliessung des deutschen Frühmittelalters im Lichte der neueren rechtsgeschichtlichen Forschung », *Hessische Blätter f. Volkskunde* XXVII (1928) 178 cf. 169 s. MEYER, « Ehe und Eheauffassung » l. c. (1940) 21 s. — WESTER-MARCK, *The history of human marriage* II<sup>5</sup> 319 ss.

<sup>4</sup> Pour le droit comparé voir ERDMANN 198. KOSCHAKER, « Die Eheformen » 140. « Probleme » (1939) 72<sup>4</sup>.



de la *manus*: c'est dans cette hypothèse que le rôle de l'*usurpatio*, dans sa forme élémentaire, devient parfaitement compréhensible. Si au cours de l'année le père de la femme n'avait pas interrompu l'*usus* ou forcé sa fille à l'interrompre, il était présumé renoncer à son droit sur elle ou censé avoir donné son consentement tacite au mariage. Par contre, si l'*usus* avait été interrompu, l'union demeurait illégitime. Une fois civilement reconnu par le droit patricien dans certains cas déterminés, l'*usus* sous cette forme primitive, fondant un mariage légitime et par là eo ipso la *manus*, s'est généralisé au fur et à mesure des exigences de la vie pratique.

Nous avons vu que, peut-être dès avant l'époque historique — sans que nous puissions d'ailleurs préciser les détails de cette évolution — l'institution de l'*usus* avait changé de caractère et était devenu un mode commun d'acquérir la *manus* du droit civil. Au bout d'un an de cohabitation ininterrompue, toute union formée *matrimonii causa*, mais *sine legibus*, c'est-à-dire sans *confarreatio*, union reconnue comme mariage légal, bien que d'un rang inférieur, était transformée en mariage légitime et complet *jure civili*. Par la suite, l'institution de l'*usus* a fini par être, spécialement pour les plébéiens, et avant que la jurisprudence naissante eût imaginé le procédé de la *coemptio*, le moyen régulier et indépendant pour conférer la *manus* à un mariage préexistant. Le mariage par *usus* a été probablement le premier mariage plébéien avec *manus*. Et le *jus trinocitii* est devenu le moyen commun d'empêcher l'établissement de la *manus*.

4. Le rôle historique de l'*usus* primitif, dont les origines, comme nous l'avons indiqué, se rattachent probablement à des restes d'idées et de coutumes archaïques, peut-être même indo-européennes communes, ne s'est pas borné à cette fonction directe et positive, qui était son principe même, à savoir de transformer — par l'établissement de la *manus* — une union irrégulière en mariage légitime d'après le droit civil, puis, à un stade ultérieur, un mariage légitime préexistant sans *manus* en mariage avec *manus*. Il est également intervenu, par voie indirecte, d'une façon décisive dans le premier développement du droit matrimonial romain. La cohabitation conjugale qui existait au cours de l'année de l'*usus* primitif n'était assurément

en droit civil qu'une phase préliminaire à l'établissement du *justum matrimonium*. C'est seulement par la vie commune ininterrompue, *usus anno continuo*, qu'elle fut légalisée et devint un mariage légitime et complet. Mais à titre de condition suspensive de l'établissement d'un *justum matrimonium* par l'*usus*, cette communauté de vie *lib. quaer. causa*, bien qu'actuellement dénuée de tout effet juridique en droit civil, constituait, en réalité, dès le début, une union conjugale reconnue par les mœurs. Du jour où un simple délai, le seul « usage » (*usus*), la seule possession prolongée, était suffisant pour transformer automatiquement une union irrégulière en mariage légitime, cette cohabitation conjugale impliquait virtuellement, par le seul fait de l'*affectio maritalis*, l'intention de fonder une famille qui la distinguait de l'union purement passagère, une certaine valeur sociale et juridique. Illégitime à l'origine, simple stade préliminaire à la fondation d'un mariage légitime, c'est-à-dire à un mariage avec *manus*, cette cohabitation, établie *matrimonii causa*, finit — et bien entendu de bonne heure — par acquérir au point de vue social une existence indépendante, à laquelle devait s'adjoindre bientôt par la force des choses une valeur juridique corrélative.

La conception sociale du caractère de la cohabitation conjugale telle qu'elle existait au cours de l'année de l'*usus* a dû changer et de ce fait forcément exercer une influence essentielle sur toute cette évolution juridique qui transforma graduellement l'ancienne union établie sans *manus*, d'abord simplement tolérée, puis acceptée comme un mariage régulier, bien que d'un rang inférieur, en un *justum matrimonium* de droit civil. Dans l'opinion commune, créatrice du droit coutumier, il s'était en fait produit une première rupture décisive avec l'antique conception du droit civil patricien d'après laquelle la *manus* sur la femme était une condition indispensable de l'établissement d'un mariage légitime et complet et sur laquelle reposait en principe l'institution même de l'*usus* historique.

Au cours des temps il est donc arrivé que l'institution de l'*usus* dont la fonction juridique positive, sous sa forme primitive, était simplement de fonder un mariage légitime, c'est-à-dire un mariage avec *manus*, allait former par le moyen légal du *trinoctium*, tout contrairement à son idée première, le passage de l'ancien mariage avec *manus* à l'union dite « libre » des temps

historiques. De plus, en vertu de son droit d'existence naturel, de sa nature morale, pour ainsi dire, l'union *matrimonii causa*, contractée sans formes civiles, s'est maintenue victorieusement plus tard encore lorsque l'institution de l'*usus*, l'*usus* des textes, avait, également dès avant le temps des XII Tables, pour seul but de conférer la *manus* à un mariage légitime préexistant. Issu des besoins de la vie sociale et de motifs d'ordre social, dont nous avons cherché à déterminer les origines, s'est introduit le moyen légal du *trinoctium*, à savoir une interruption de l'*usus* pendant trois nuits de suite, répétée chaque année, et qui suffisait à empêcher perpétuellement l'établissement de l'*usus*, et, de ce fait, l'acquisition de la *manus*. L'union *matrimonii causa*, établie *sine legibus*, et reconnue dans la suite comme un *justum matrimonium*, restait continuellement un mariage sans *manus*: L'institution constructive du *trinoctium* avait fait de l'ancien mariage sans *manus* — mariage par *usurpatio*, si l'on veut — une forme de mariage définitive.



## SOMMAIRE

### Le mariage sacré.

1. Le mariage sacré. Communauté de culte. *Heres sacrorum*. Participation des enfants aux *sacra* domestiques. Initiation de la mère au culte de la *domus* du mari. Association de la femme à la famille agnatique du mari. Soumission de la femme à la puissance générale du *paterfamilias* : la *manus*. Conditions susceptibles de rendre notoire la légitimité du *filis*. La solidarité organique des générations. Communauté de sang.

2. Les cérémonies religieuses de la *confarreatio*. Mariage *farreo*. *Farreatae nuptiae*. *Justae nuptiae*. — La *confarreatio* des textes. Date tardive. Simple rite religieux à l'origine, destiné à confirmer à l'égard des *sacra* un mariage préexistant, le *mos confarreationis* a probablement commencé par être une forme de mariage exclusivement sacerdotale. Ce n'est que plus tard, dans la grande Rome, la Cité des Tarquins, en un temps où les patriciens, formés comme un état, avaient commencé à formuler leur propre droit matrimonial, que la *confarreatio* est devenue une forme particulièrement patricienne de mariage, ayant pour conséquence immédiate l'établissement de la *manus*.

3. L'indissolubilité en principe du mariage sacré. *Justa causa* de la répudiation : l'adultère. — L'adultère de la femme rendait impur le foyer et souillait le culte des ancêtres. Une souillure du *sang*. Expiation. *Piaculum*. La loi sévère. La « falsification de clés », les clés de la cave à vin. — La stérilité de la femme. La *diffareatio*.

4. La *confarreatio* : le mariage patricien.

5. La *confarreatio* et l'établissement de la *manus* sur la femme. *Justae nuptiae*. Effet de la *manus* : paternité légitime et *patria potestas* au sens du droit civil patricien. Les plébéiens. La *coemptio* du style primaire. Une puissance de fait sur la femme et les enfants. Point de lien agnatique (*agnatio*). *Gentem non habent*. Le sens primitif de la définition du *patricius*.

6. Le mariage avec *manus* accompli par la *confarreatio*, à l'origine, le seul mariage vrai. L'établissement de la *manus* une conséquence immédiate de l'initiation de la femme — par la cérémonie de la *confarreatio* — aux *sacra* domestiques du mari : la *manus* au début une institution patricienne particulière. Un changement du mode de formation de la *manus*. L'établissement direct de la *manus* par les procédés indépendants de l'*usus* (*anno continuo*) et de l'acte purement civil de la *coemptio*, conférant la *manus* à un mariage préexistant. Produisant les

mêmes effets qu'à l'origine la cérémonie de la *confarreatio*. — La *manus* sur la femme et la *patria potestas* sur les enfants. Seuls soumis à la *patria potestas*, et par conséquent tenus pour légitimes, les enfants dont la mère était *in manu mariti*. — Idées primitives. La relation entre le père et l'enfant. «Le droit de propriété» de l'homme sur la femme. La femme appartient à l'homme à qui «appartient le lit». Une évolution du droit romain matrimonial. L'idée du mariage légitime et la notion du *manus* se distinguent. Un mariage légitime sans *manus*. Système impliquant une restriction importante de la puissance du *paterfamilias*. Première apparition dans le droit de la Cité romaine?

## Le mariage populaire établi sans *manus*.

### I.

L'*usus* des textes et l'union *matrimonii causa* à laquelle l'*usus* conférait la *manus*.

1. L'*usus* appliqué à une union *matrimonii causa* établie sans formes civiles, *sine legibus*, c'est-à-dire sans les formes solennelles de la *confarreatio* ou sans le procédé de la *coemptio*. Condition de l'*usus*: l'usage de la femme prolongé pendant un an (*anno continuo*). Une sorte d'usucapion, produisant les mêmes effets que la *coemptio*. Caractère juridique de la cohabitation conjugale au cours de l'année de l'*usus*. L'institution de l'*usurpatio trinoctii* prévue dans les XII Tables. Un mariage légitime. Effets juridiques de cette union *matrimonii causa* se manifestant dans les rapports à l'égard des enfants. A titre de mère des enfants, il était attribué à la femme, «dans la maison de son mari», une dignité naturelle, qui devait bientôt comporter une certaine situation juridique. *Matrona* par opposition à *materfamilias*. «La femme qui s'était unie avec un homme en mariage et qui restait dans ce mariage». *Uxor libera causa*. Les enfants issus de ce mariage étaient des enfants légitimes. Paternité légitime et *patria potestas*.

2. Selon l'antique conception romaine, le droit (le pouvoir) du père sur l'enfant impliquait la puissance (le droit) sur la mère: seul le mariage patricien avec *manus* pouvait établir la *patria potestas* au sens du droit civil patricien, et la paternité légitime qui en découle. La vieille formule de l'adrogation. De bonne heure, dès avant les XII Tables, cette antique notion a donc dû se modifier sensiblement. L'union publique, exclusive et durable *matrimonii causa*, contractée *mutuo consensu* sans formes, *sine legibus*, à laquelle l'*usus* des textes *anno continuo* conférait la *manus*, était, il est vrai, un mariage légitime, mais elle n'a assurément été, d'après le droit civil patricien, qu'un mariage d'ordre inférieur. L'authenticité du fragment des XII Tables relatif à l'*usurpatio trinoctii*.

3. Première apparition d'un mariage sans *manus* dans le droit de la Cité romaine? La lutte naissante des deux ordres. Les rapports matrimoniaux entre plébéiens et patriciens. Un mariage populaire établi sans *manus*.

## II.

Les unions conjugales des patriciens et des plébéiens. Les rapports matrimoniaux des plébéiens entre eux.

1. Les plébéiens. La lutte pour l'égalité civile des deux ordres. Les plébéiens privés du *jus conubii*. Le mariage primitif des plébéiens. «Mariage par achat». Effets juridiques au point de vue du droit civil patricien. Pouvoir de fait sur la femme et sur l'enfant. Point de *manus* au sens du droit civil patricien : point de *patria potestas* ni de parenté civile (*agnatio*) qui en découlent. Revendications des plébéiens. Légitimité civile à leurs enfants : paternité légitime et *patria potestas* qui n'en est pas séparable. Le premier type de mariage plébéien valable devant la loi civile.

2. Première apparition d'un mariage sans *manus* dans les cas où l'établissement de la *manus* à défaut du *jus conubii* était impossible : Les unions conjugales des patriciens et des plébéiens. *Conubium*? Caractère juridique de ce mariage mixte. Première extension sociale plus vaste du mariage sans *manus* dans le domaine des rapports matrimoniaux des plébéiens entre eux. La fonction sociale et juridique du mariage plébéien sans *manus*. Le désir des plébéiens d'un mariage avec *manus*. L'application de l'antique institution de l'*usus*. Effets juridiques : *patria potestas* et *agnatio*. La *coemptio* des textes.

3. Récapitulation. Transformations de l'institution tout entière de l'*usus* des textes. Un mariage sans *manus* de caractère définitif.

4. Le problème des origines de l'*usus*. La doctrine autrefois très répandue. Le *jus trinoclii*, en tant qu'institution générale, s'est d'abord introduit dans les rapports matrimoniaux entre plébéien et patricienne. L'institution du *trinoclium* au point de vue chronologique.

## III.

L'*usus* primitif et l'union conjugale à laquelle il s'appliquait.

1. *L'usucapio rerum* primitive. L'usucapion matrimoniale. Conditions. Mariage par *usus* dans l'ancien droit danois. L'*usus* originaire a fondé le mariage lui-même. Le caractère juridique de l'union conjugale à laquelle s'est appliqué l'*usus* primitif au bout d'un an de vie commune.

2. Un concubinat légitime *sui generis*? Droit comparé. Coutumes archaïques.

3. Les motifs d'ordre social et économique de l'*usus* primitif. L'union *matrimonii causa* établie en l'absence du consentement du *paterfamilias*. *Raptus in parentes*. Une fois reconnu par le droit civil patricien, dans certains cas déterminés, l'*usus* primitif s'est généralisé. Le mariage par *usus* probablement le premier mariage plébéien avec *manus*.

4. Le rôle historique de l'*usus* primitif. Mariage par *usurpatio*.



## TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

<p><i>adulterium</i>..... 17 ss.</p> <p><i>affectio maritalis</i>..... 46, 49</p> <p><i>agnatio</i>..... 29 s., 45, 48, 50</p> <p><i>aqua et igni accipere</i>..... 12 ss.</p> <p><i>auspicia nuptiarum</i>..... 13</p> <p> </p> <p><i>bona fides</i>..... 68 s.</p> <p> </p> <p><i>cella vinaria</i>..... 19 s.</p> <p><i>certa et sollemnia verba</i>.... 11, 26</p> <p><i>claves adimere</i>..... 44 s.</p> <p><i>coemptio</i> (historique)... 23 s., 29, 31, 35, 37, 61, 63 s., 67, 77</p> <p>«<i>coemptio</i>» du style primaire 15 s., 26 s., 49, 53, 59, 69</p> <p><i>communicatio divini et humani juris</i>..... 7</p> <p><i>communio sacrorum</i>..... 23 s.</p> <p><i>confarreatio</i>..... 9 ss., 22 ss., 48 ss.</p> <p><i>confarreatione conjuncti</i>..... 15</p> <p><i>consensus</i>..... 76</p> <p><i>conubia promiscua</i>..... 54</p> <p><i>conubium</i> . 23, 47 ss., 52 ss., 65 s., 75</p> <p><i>consortium omnis vitae</i>..... 7, 16</p> <p><i>conventio in manum</i>. 29, 39, 41 ss., 53, 76</p> <p> </p> <p><i>diffarreatio</i>..... 21</p> <p> </p> <p><i>far</i> (<i>farreus panis</i>)..... 9 ss., 14 ss., 22, 25 s.</p> <p><i>farreatae nuptiae</i>..... 9, 13 s., 25</p> <p><i>farreum libum</i>..... 12, 15, 21</p> <p><i>femina</i> (<i>mulier</i>) <i>anno continuo nupta perseverabat</i>..... 35 ss.</p>	<p><i>ferrarum prope ritus</i>..... 55</p> <p><i>flamen Dialis</i>..... 9, 22, 24</p> <p><i>flamines majores</i>..... 14, 22</p> <p><i>flammeum</i>..... 11, 16</p> <p> </p> <p><i>gentem non habent</i>..... 27</p> <p> </p> <p><i>heres sacrorum</i>..... 7, 20</p> <p><i>hostia</i>..... 10</p> <p> </p> <p><i>in domo viri dominium</i>.. 7, 19, 44</p> <p><i>in eo matrimonio manserit</i>.... 39</p> <p><i>in familiam viri transitio</i> 38, 41, 45</p> <p> </p> <p><i>Juno Juga</i>..... 12</p> <p><i>jus proprium civium Romano- rum</i>..... 26, 38, 48, 49, 63</p> <p><i>jus osculi</i>..... 20</p> <p><i>justa causa</i>..... 68</p> <p><i>justae nuptiae</i>.... 9, 26 ss., 30, 42, 48 ss., 71</p> <p><i>justi (patris liberi)</i>..... 15, 40</p> <p> </p> <p><i>Leges (lex) XII tabularum</i> .. 31, 33, 40, 41, 43 s., 45, 47 s., 50, 51, 53, 55, 56, 59, 62, 65, 66, 67, 68, 79</p> <p><i>lex Canuleia</i>..... 48, 53 s., 65</p> <p><i>liberorum quaerendorum causa</i> 6 s., 20, 38, 40, 46, 49 s., 70 s., 73</p> <p> </p> <p><i>manus</i>.... 7, 22, 25 ss., 28 ss, 36 s., 40 s., 48 ss, 55, 67, 77 s.</p> <p><i>materfamilias</i>. 19, 26, 38 s., 43 s., 59</p> <p><i>(apud virum) matrimonium causa (esse)</i>.... 35 ss., 49, 61, 76</p>
--	---

<i>matrimonium sine manu</i> . . . . .	34 ss., 41 s., 47 ss., 53 ss., 58 ss., 77	<i>sacra gentilicia</i> . . . . .	23
<i>matrona</i> . . . . .	39 s.	<i>sacra privata</i> . . . . .	7, 12, 29
<i>mola salsa</i> . . . . .	9, 12	<i>sellae duae jugatae</i> . . . . .	10, 13, 25
<i>mos confarreationis</i> . . . . .	16	<i>sine legibus</i> . . . . .	35, 43, 45 s., 68, 77, 79
<i>mutuo consensu</i> . . . . .	37, 43 s., 49, 61, 76	<i>sine nuptiis</i> . . . . .	63, 71
<i>nomen gentilicium</i> . . . . .	26	<i>sterilis femina</i> . . . . .	20
<i>nubo</i> . . . . .	11	<i>sui juris</i> . . . . .	60
<i>nupta</i> . . . . .	36 s.	<i>tantummodo uxor</i> . . . . .	38
<i>nuptiae</i> . . . . .	11	<i>temetum</i> . . . . .	20
<i>nuptiae sine legibus</i> . . . . .	35, 42 s.	<i>transilio in sacra</i> . . . . .	24, 57, 75
<i>paelex</i> . . . . .	42, 70 ss.	<i>trinoctio abesse</i> . . . . .	35 ss.
<i>paterfamilias</i> . . . . .	7, 8 ss., 17, 24 s., 28, 31, 32 s.	<i>trinoctium</i> . . . . .	36, 45 s., 55, 57 ss., 63, 64 s., 66, 74 ss.
<i>patria potestas</i> . . . . .	25, 27, 29 s., 32 s., 40, 41 s., 43 s., 50 ss., 58	<i>turbatio sanguinis</i> . . . . .	18
<i>patriciens et plébéiens</i> . . . . .	45 s., 47 ss., 61 ss.	<i>(abesse a viro) usurpandi causa</i> 36 s., 62	
<i>patricius</i> . . . . .	27 s.	<i>usurpata femina (mulier)</i> . . . . .	62 s.
<i>piaculum</i> . . . . .	10, 18	<i>usurpatio trinoctii</i> . . . . .	36 s., 43, 51, 66, 76 ss.
<i>plébéiens</i> . . . . .	22, 26 ss., 47 ss., 61 s., 64 s., 75	<i>usus (anno continuo)</i> . . . . .	29, 35 ss., 57 ss.
<i>pontifex maximus</i> . . . . .	14, 22 s., 24	<i>usus-auctoritas</i> . . . . .	68
<i>(anno continuo) quasi possessio</i> . . . . .	68	<i>usus (primitif)</i> . . . . .	34, 66 ss.
<i>raptus in parentes</i> . . . . .	76	<i>usus (usucapio) rerum</i> . . . . .	67 s.
<i>repudium</i> . . . . .	18 ss.	<i>usus (usucapio) uxoris</i> . . . . .	67 ss.
<i>res furtivae</i> . . . . .	68	<i>uxor (lib. quaer. causa)</i> . . . . .	38, 40
		<i>uxoris loco</i> . . . . .	63, 71 s.

## TABLE DES PRINCIPALES SOURCES

<p>AUCTOR <i>ad Herennium</i>:            II 24, 38..... 32</p> <p>AULUS GELLIUS:  <i>Noctes atticae</i>            III 2, 12 ..... 34, 35 ss.            IV 3, 2 ..... 6                3, 3 ..... 42            V 19, 9 ..... 41            XVIII 6, 9 ..... 6, 26, 38, 39</p> <p>BOETH. <i>in Cic. Top.</i>:            III 14 ..... 16, 35, 67</p> <p>CATO <i>ap. GELL.</i>:            X 23, 1 ..... 20                23, 3 ..... 20                23, 5 ..... 19            XVII 6, 8 ..... 32</p> <p>CICERO:  <i>de re publ.</i> II 36, 61 sq..... 53  <i>pro Flacco</i>            XXXIV 84 ..... 22, 37, 38, 63  <i>pro Murena</i>            XII 27 ..... 26  <i>Philip.</i>            II 28, 69 ..... 44  <i>Topica</i>            III 14 ..... 35, 38            IV 23 ..... 39, 67</p> <p>DIONYSIOS HAL.:            II 25, 1 sq. .... 7, 12, 16, 19, 20                8 ..... 27, 28</p> <p>ENNIUS, <i>Chresphontes</i> 120 ..... 6</p>	<p>FABIUS PICTOR <i>ap. GELL.</i>:            X 15, 23 ..... 16</p> <p>FESTUS:  <i>aqua et igni</i> ..... 12, 36  <i>diffarreatio</i> ..... 21  <i>facem</i> ..... 13  <i>flammeo</i> ..... 16  <i>jugarius</i> ..... 12  <i>mola</i> ..... 9  <i>immolare</i> ..... 9  <i>nuptam</i> ..... 11, 36  <i>nuptias</i> ..... 11  <i>obnubit</i> ..... 11  <i>patricios</i> ..... 28  <i>pelices</i> ..... 42</p> <p>GAIUS:            I 111 .. 31, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 63                112 ..... 9, 15, 24, 25                113 ..... 61</p> <p>GRANNIUS FLACCUS <i>ap. PAUL Dig.</i>:            L 16, 144 ..... 42, 63, 71</p> <p>LIVIUS:            IV 1 sqq. .... 53                2 sq. .... 54 s.                4, 5 sqq. .... 53, 55            X 8, 10 ..... 27            XXIX 27 ..... 47</p> <p>MACROBIUS:  <i>Satirae</i>            I 15, 21 ..... 7, 36</p>
---	---



MASSURIUS SABINUS <i>ap. PAUL Dig.:</i>	PLUTARCHOS:
L 16, 144..... 42, 71	<i>Romulus</i>
MODESTINUS, <i>Dig.:</i>	22..... 17 ss.
XXIII 2, 1..... 7, 16	QUINTILIANUS:
Q. MUCIUS <i>ap. GELL.:</i>	<i>Inst. oratoria</i>
III 2, 12..... 34 s., 36, 37 s.	I 7, 28..... 26
OVIDIUS:	SERVIUS:
<i>Fasti</i>	<i>in Aeneidem</i>
IV 788, 792..... 13, 36	I 73..... 23
PAULUS:	IV 103..... 5, 9, 12, 13, 25
<i>Fragmenta Vaticana</i>	167..... 12
302..... 32	339..... 5, 9, 12, 15, 23, 24
<i>Dig.</i>	374..... 5, 9 s., 25
L 16, 144..... 42, 63, 71	V 745..... 9
PLINIUS:	XI 476..... 39 s
<i>hist. nat.</i>	<i>in Bucolica</i>
XIV 13, 89..... 20	VIII 29..... 13, 23
XVIII 3, 10..... 16	<i>in Georgica</i>
7..... 9	I 31... 5, 9, 25, 35, 37, 63, 67, 71
PLUTARCHOS:	TACITUS:
<i>Numa</i>	<i>Annales</i>
12..... 18	IV 16..... 31
<i>Quaest. rom.</i>	VARRO:
30..... 26	<i>de ling. Lat.</i>
50..... 16, 21	V 61..... 12
	72..... 11
	<i>de re rust.</i>
	II 4, 9..... 10