« THÉMIS »
MANUELS JURIDIQUES, ÉCONOMIQUES ET POLITIQUES

HISTOIRE DU DROIT PRIVÉ

par

PAUL OURLIAC et J. DE MALAFOSSE
Professeurs à la Faculté de Droit et des Sciences économiques
de Toulouse *de Paris*

TOME III
Le droit familial

PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

« THÉMIS »
MANUELS JURIDIQUES, ÉCONOMIQUES ET POLITIQUES
Collection dirigée par Maurice DUVERGER

HISTOIRE DU DROIT PRIVÉ

par

Paul OURLIAC et J. de MALAFOSSE
Professeurs à la Faculté de Droit de Toulouse et des Sciences économiques de Paris

TOME III
LE DROIT FAMILIAL

PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE
108, BOULEVARD SAINT-GERMAIN, PARIS

1968

ABRÉVIATIONS

AG	*Archivio giuridico « Filippo Serafini ».*
AHDE	*Annuario de Historia de Derecho español.*
ASD	*Annali di storia del diritto.*
Ath	*Athenaeum.*
Basil.	Basiliques.
BECh	Bibliothèque de l'Ecole des Chartes.
BGB	*Bürgerliches Gesetzbuch* (Code civil allemand de 1900).
BIDR	*Bullettino dell'Istituto di diritto romano.*
C.	Code de Justinien.
C. C.	Code civil.
C. C. ital.	Code civil italien de 1942.
CIL	*Corpus Inscriptionum Latinarum.*
c. r.	Compte rendu.
CRAI	Comptes rendus de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres.
C. T.	Code théodosien.
D.	Digeste.
Ecloge	*Ius Graeco romanum.*
FENET.....	Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil.
FIRA	*Fontes iuris romani antejustiniani.*
F. V.	*Fragmenta Vaticana.*
GAIUS	Institutes de Gaius.
HEUMANN-SECKEL	*Heumanns Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts.*
Hexabiblos d'Harménopule	*Manuale legum sive Hexabiblos cum appendicibus et legibus agrariis.*
I.	Institutes de Justinien.
itp.	interpolation.
Iura	*Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico.*
Ius	*Rivista di Scienze Giuridiche*

JRS	*Journal of Roman Studies.*
Labeo	*Rassegna di diritto romano.*
L.	*Latomus.*
LQR	*The Law Quarterly Review.*
MATTH.	Evangiles selon saint Matthieu.
MERLIN.....	Répertoire universel et raisonné de jurisprudence.
MHDB	Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romans.
NDI	*Novissimo Digesto Italiano.*
Nov.	*Novelles* de Justinien.
Nov. Léon le Sage	*Novelles* de Léon VI le Sage.
NRH.....	*Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger* (jusqu'en 1921).
Paul Sent.	Sentences de Paul.
Prochiron	*Ius Graeco romanum.*
PW	*Paulys Wissowa Realenzyklopädie des Klassischen Altertumswissenschaft.*
Rec. Bodin	*Recueil de la Société Jean-Bodin.*
R.C.C.	Commission de révision du Code civil.
REL	*Revue des Etudes latines.*
RH	*Revue historique.*
RHD	*Revue historique de Droit français et étranger* (depuis 1922).
RIDA	*Revue internationale des Droits de l'Antiquité.*
SDHI	*Studia et documenta Historiae et Iuris.*
Settimane	*Settimane di studio del Centro Italiano di studi sull' alto Medioevo.*
SHDE.....	Recueil de mémoires et travaux publiés par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit.
TR	*Tidschrift voor Rechts-geschiedenis.*
Xa ou X	Décrétales de Grégoire IX, éd. Friedberg.
ZSS.....	*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung.*

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

Elle a été donnée dans les tomes I et II. Les références aux coutumes et aux auteurs coutumiers sont expliquées dans l'introduction, spécialement p. 12-20.

Une excellente traduction espagnole des tomes I et II a été procurée par les éditions Bosch, le traducteur Manuel Fairen ayant en outre ajouté de très substantiels et remarquables compléments, fort utiles pour la connaissance du droit de la péninsule et des travaux espagnols.

INTRODUCTION

FORMATION ET ESPRIT DU DROIT COUTUMIER

La Révolution a posé comme un principe « simple et incontestable » que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » (art. 6 de la Déclaration des droits de l'homme). Tout le droit français devait être réduit à l'unité que préparaient les résolutions de la nuit du 4 août abolissant la féodalité, les décrets des 22 décembre 1789 et 26 février 1790, supprimant l'ancienne division territoriale, comme les lois des 24 mars et 24 août 1790, constituant un ordre judiciaire nouveau.

Avant 1789, au contraire, tout, pour le droit privé, est diversité. Chaque classe, chaque pays, parfois chaque ville, a ses lois, ses coutumes et ses juges. Nulle part, cette diversité n'est plus grande que pour le droit familial et si elle tient à l'histoire, elle sera dès qu'il y aura une théorie juridique érigée en principe :

1° Historiquement, la famille est antérieure à l'Etat ; ce n'est que lentement, à partir du XIIIe siècle, sous l'influence des idées romaines et scolastiques, par l'action de la royauté, qu'apparaît l'idée d'un « bien commun » dont le roi est institué gardien. Seul, le « commun profit » du royaume permet de faire un « nouvel établissement » (BEAUMANOIR, nos 1043 et 1499). Mais, jusqu'en 1789, les ordonnances du roi ne concerneront pas le droit privé : le roi est « tenu à garder les coutumes du royaume » et ne doit en rien y contrevenir.

Tous les auteurs politiques et les moralistes du Moyen Age répètent que la bonne loi est celle qui s'adapte « à la région, au pays, aux mœurs, aux gens pour lesquels elle est faite ». Elle doit être « une règle de plomb qui ne se puisse fléchir avec ce que l'on doit régler et selon les faits et les circonstances » (*Avis aus Roys*, XIVe siècle, inédit).

Les coutumes ne sont d'ailleurs pas immobiles : elles évoluent — au moins jusqu'à la rédaction du XVIe siècle — avec les besoins nouveaux, ce qui permet d'affirmer qu'elles sont l'expression d'une volonté quasi unanime.

Chaque communauté revendique ainsi le respect de ses libertés et de ses privilèges, qui sont ses lois particulières et le signe de son autonomie. Nulle revendication n'est à cet égard plus âpre et plus précise que celle des familles ; nul domaine n'est mieux préservé de toute atteinte de l'Etat que le droit familial. Il est tout entier régi par les coutumes qui lui consacrent l'essentiel de leurs dispositions : l'étude de ces coutumes, de leur formation et de leur esprit est donc l'introduction nécessaire à une étude de la famille.

SECTION I. — Le droit coutumier jusqu'au XVIe siècle

DROIT ET PRATIQUE A L'ÉPOQUE FRANQUE. — On a pu caractériser le droit de l'époque franque soit — suivant la thèse mise à la mode par Boulainvilliers et Montesquieu — comme un droit germanique s'opposant au « romanisme », soit — avec les auteurs allemands — comme un droit « populaire » *(Volksrecht)*, opposé au droit du roi *(Reichsrecht)*, soit, enfin — c'est la thèse la plus moderne — comme un droit « vulgaire », opposé à l'idée d'un droit commun ou d'un droit savant.

Les trois thèses se complètent, plus qu'elles ne se contredisent :

1) La première position répond à un fait simple. Les invasions barbares mettent en présence, sur le sol de la Gaule, deux peuples dont les modes de vie et les traditions juridiques s'opposent : d'une part les Gallo-Romains, plus nombreux, surtout dans le Midi, plus « civilisés », reconnaissant l'autorité de la loi écrite et des juges impériaux, possédant, au surplus, des corps de lois dont le Code Théodosien (438) sera la dernière expression ; d'autre part, des « barbares », Burgondes, Visigoths et Francs, établis en Gaule dès le Ve siècle et imposant leur domination et leurs conceptions politiques.

Chacun vit, en principe, sous l'empire de sa loi propre, la *lex originis*, et ce principe — la personnalité des lois — est appliqué en toute occasion : l'accusé est jugé « selon sa loi propre » (Loi ripuaire, XXXI, 4) ; la loi personnelle détermine la capacité et, semble-t-il, la condition du débiteur ; mais la femme suit la loi de son mari.

La personnalité des lois — quelle que soit sa portée véritable — permettait à chacun de « vivre sous sa loi », de « professer son droit » ; elle maintenait une diversité de pratiques juridiques, accrue encore par la participation des hommes libres aux jugements et par l'ignorance générale. La loi du nombre joua presque forcément et les conceptions juridiques dépendirent du peuplement, c'est-à-dire de la race : elles auraient été, dit-on couramment, plus germaniques dans le Nord, plus romaines dans le Midi.

2) L'idée du *Volksrecht* insiste justement sur le caractère populaire des coutumes germaniques et des lois barbares qui en procèdent : la loi salique, par exemple, représente le droit national des Saliens vers l'époque où ils pénétrèrent en Gaule ; elle exprime la « conscience juridique » du peuple salien, transmise de génération en génération par les sages et les anciens. Le *Reichsrecht* est, au contraire, le droit du roi qui n'aura d'importance qu'avec Charlemagne et les capitulaires, qui est en principe unique pour le royaume et qui concerne le gouvernement, la justice et l'administration (à l'exclusion de toute prescription de droit privé).

Erigées en système par Savigny et l'école historique allemande, ces idées en viennent presque à identifier *Volksrecht* et *Volksgeist* : le droit d'un peuple — comme son épopée, comme sa langue, comme son art — exprime l'esprit de la race.

On voit la pointe de la doctrine dirigée contre la Révolution française et contre les codes napoléoniens et destinée, pour les auteurs allemands, à

exalter les coutumes germaniques, comme à marquer la solidarité que maintiennent les coutumes avec les générations précédentes.

3) A ce romantisme juridique, les modernes préfèrent substituer la recherche précise d'un droit « vulgaire » que l'on découvre au Bas-Empire, dissimulé sous le droit romain « officiel » et qui persiste ou resurgit à l'époque franque : il ne s'agit pas seulement d'une déformation des lois romaines due à l'ignorance, mais encore, croyons-nous, d'anciens usages gardés dans les provinces, représentant des pratiques autochtones et reprenant de l'importance dans la mesure même où s'affaiblit l'autorité impériale (usages que l'on a même parfois distingués du droit vulgaire pour en faire un droit « local »).

Qu'une certaine parenté ait existé entre ce droit vulgaire (ou provincial), sans doute plus celte que ligure, et les coutumes germaniques, la chose est vraisemblable en Espagne et en Gaule (comme en Orient). On peut croire, en tout cas, que ce conservatisme juridique a tout particulièrement marqué le droit familial.

Droit et langage. — Tous les historiens du droit franc se réfèrent plus ou moins nettement à l'histoire de la langue ; attitude bien compréhensible puisque le droit et le langage sont les deux phénomènes essentiels de la vie sociale. L'unité romaine avait un sens juridique, comme un sens linguistique. La décadence et les particularismes — qui opposent l'Orient où l'on parle grec et l'Occident où l'on parle latin, et bientôt toutes les provinces de l'Empire — se traduisent dans les phonétiques locales, comme dans les droits provinciaux. Dans les deux cas, le fléchissement des contraintes sociales aboutit au même résultat : chaque groupe réagit à sa manière ; il fait une grande part à l'usage, à la coutume, c'est-à-dire aux éléments hérités ou transmis ; mais à l'occasion il mêle ou confond des traditions diverses, il allie la raison à l'arbitraire et même des nouveautés plus ou moins conscientes aux traditions. Chaque groupe aussi possède ou acquiert des caractères propres, une mentalité collective, qui posent le problème irritant du substratum ethnique : les Ibères ou les Gascons adoptaient dans la prononciation du latin des habitudes qui tenaient à leur langue propre et, peut-être même, à leur race.

Le même phénomène de réfraction a dû jouer presque fatalement pour le droit romain. Il demeure, néanmoins, que, dans les deux cas, la portée des éléments ethniques nous échappe presque complètement et qu'il est vain de prétendre caractériser l'« esprit d'un peuple » en partant de sa langue ou de son droit. C'est mêler le rêve à la réalité que d'imaginer la pureté originaire du langage ou du droit germaniques. Tout au plus, doit-on parler de tendances ou de pratiques collectives — qu'au surplus l'économie ou les modes de vie peuvent suffire à expliquer.

Il n'empêche qu'au latin vulgaire, parlé en Gaule dès le IVe siècle, correspond un droit vulgaire. Partout, c'est le même oubli des règles, des déclinaisons ou des catégories juridiques, de la syntaxe ou de la logique. Les mots même changent de sens, en même temps que se modifient les catégories mentales. Quelques raffinés — tel Sidoine Apollinaire ou les compilateurs de la loi romaine des Visigoths — essayent bien de maintenir la latinité ou

le droit impérial ; mais ils font figure de précieux ou d'attardés que le peuple ne comprend plus. Von WARTBURG (*Les origines des peuples romans*, 1941, p. 49) faisait une remarque qui va loin : les produits agricoles « nobles », que l'on donne au seigneur, gardent leurs noms latins accommodés au gré des phonétiques locales ; au contraire, les noms d'origine gauloise désignent les « sous-produits », ceux qui ne tombent jamais sous les regards des citadins. Il en est de même des questions juridiques qui sont débattues au sein d'une famille paysanne : les juges ignorent et laissent faire.

Pourtant, entre le droit romain et les coutumes franques, un équilibre exact ne peut être mieux gardé qu'entre la langue latine et le francique. Le droit romain possède, comme le latin, le prestige de la tradition et de l'écriture. Le droit des barbares, comme leur langue, est livré à la tradition orale, donc précaire et muable, et la codification des lois barbares est, en elle-même, révélatrice d'influences romaines diffuses.

Cela même contribue à donner au droit familial ce caractère particulier, multiforme, presque ésotérique, qui convient bien au secret que chacun aime garder sur les questions qui touchent son intimité. Le langage doit établir nécessairement une intercompréhension qui est sa raison d'être : celui qui parle doit être compris de tous. Au contraire, le contrat ou le mariage ne mettent en présence que deux individus ou deux familles. Le groupe social, s'il intervient pour arbitrer les conflits ou imposer son interprétation, ne le fera que discrètement et par accident et il s'agira toujours d'un groupe restreint, composé de parents et de voisins.

RUPTURES JURIDIQUES ET COHÉSION FAMILIALE. — On conçoit la diversité d'un tel droit et son aspect composite. Des dispositions romaines y voisinent avec des règles d'origine barbare et leur concomitance ne va pas sans influences réciproques ; mais d'autres traits ne peuvent être rapportés à aucun précédent certain : l'apport ethnique a pu jouer tout aussi bien que le milieu économique.

La persistance du droit romain — assez nette dans quelques capitulaires et dans les collections canoniques — est sans doute dans la pratique plus « formelle » que profonde. Les invasions ne provoquent pourtant aucune mutation brusque. Les grandes familles gallo-romaines se maintiendront jusqu'au VIIe siècle et elles garderont leurs traditions, tandis que les barbares demeurent, en définitive, assez peu nombreux. Les recherches archéologiques récentes font bien apparaître un phénomène très net : la réapparition, dans les Pyrénées notamment, vers le VIIIe siècle, des dieux du Panthéon gaulois et la résurgence de pratiques funéraires qui paraissaient disparues.

Les transformations du droit, comme celles de la société, sont d'ailleurs fort lentes : il fallut deux ou trois siècles pour que — du fait de la fusion des races et de la modification des structures sociales — l'oubli des règles anciennes soit à peu près complet. La renaissance carolingienne n'atteint que le milieu des lettrés et elle a moins d'influence encore sur le droit que sur la langue. Le Serment de Strasbourg, en nous donnant le premier exemple d'emploi du français, suffit à établir qu'en 842 le peuple ne comprenait plus le latin. Les actes du IXe siècle montrent pareillement que les idées juridiques romaines, là même où elles persistaient, sont devenues méconnaissables.

La société du Xe siècle qui contient déjà tant de germes de féodalité pose des problèmes nouveaux auxquels le droit ancien ne fournissait aucune réponse. Pour tout un secteur du droit — celui des contrats spécialement (t. I, p. 65) — c'est le « vide coutumier » que va combler pour les nobles la pratique de la *convenientia*. Pour la propriété, même dans le Midi gallo-romain dont on pourrait croire qu'il avait gardé un peu de son ancien individualisme, prévaut désormais un droit communautaire et collectif (t. II, p. 129). Dans cette débâcle, il n'y a pas de place pour l'homme isolé et la famille maintient ou renforce sa cohésion. La solidarité des parents qui existe toujours dans les sociétés primitives devient maintenant le fait social essentiel qui explique les formes de la procédure, comme celles de la propriété. Les droits de l'individu — qu'il prétende les exprimer dans un testament ou dans une vente — se heurtent aux droits de ses parents. La guerre privée apparaît comme une procédure normale dès lors qu'a disparu l'organisation judiciaire imposée par Charlemagne. La solennité des actes, la présence de témoins ou de garants ne sont elles-mêmes qu'un moyen d'imposer partout le contrôle de la famille.

Personnalité et territorialité. — Il est bien connu que, vers le VIIIe siècle, à l'idée d'une nationalité ethnique se substitue celle d'une nationalité régionale. Vers la même époque, l'attache terrienne devient plus stable et plus générale : tandis que les grandes familles mérovingiennes changent souvent de résidence, les familles carolingiennes sont établies sur leurs domaines et liées à un pays. Symétriquement, le droit de la famille devient propre à un domaine ; il peut se propager par imitation ou s'imposer par la contrainte ; il existe des « modes » juridiques et, plus souvent qu'une invention, la mode est un retour au passé. Les nouvelles structures sociales expliquent d'ailleurs les procédés de création juridique, et, aussi, la relative indétermination du droit des Xe et XIe siècles :

a) Les capitulaires contenaient quelques dispositions de droit privé : sur l'affatomie, sur le mariage, sur les droits de la veuve ; mais, passé le IXe siècle, le pouvoir royal est impuissant. Le dernier capitulaire date de 884 et pendant trois siècles toute activité législative est interrompue. Les premières ordonnances n'apparaîtront, et encore bien timidement, qu'au XIIe siècle. L'absence de tout pouvoir stable aboutit au développement d'usages qui varient de pays à pays et parfois même de village à village. Seule, la Normandie, où l'autorité du duc est mieux établie, échappe quelque peu à cette dispersion.

b) Le puissant, le noble, est seul pleinement libre et il prétend fixer librement son statut et celui des siens. La *convenientia*, dont il a déjà été traité (t. I, p. 67), peut servir à établir des rapports familiaux ou à fixer des dispositions successorales. A la fin du Xe siècle, au moins dans le Midi, la *convenientia* sera employée par les grands pour effectuer des règlements familiaux ; elle permettra au XIIe siècle, à l'époque où l'hérédité s'impose partout, de fixer les règles de succession aux fiefs. Mais l'initiative, les nouveautés sont le fait d'une génération et les règles ainsi posées ont pour les générations suivantes valeur de précédents : elles seront tenues pour des coutumes qu'il serait malséant et bientôt impossible d'enfreindre.

c) Le droit des petites gens — qui sont essentiellement des tenanciers soumis à des dépendances ou à des servitudes (t. II, p. 121-130) — est forcément plus traditionnel et plus étroitement lié au sol. La force même des communautés familiales, les solidarités de village font presque disparaître l'individu dans le groupe. Le droit paysan garde une essence communautaire plus nette que le droit des nobles. Il garde aussi, vis-à-vis de celui-ci, une originalité souvent fort mal perçue (du fait même qu'il est rarement consigné par écrit), mais certaine.

On peut imaginer que les différences qui existeront entre les coutumes des diverses provinces tiennent justement à l'intégration plus ou moins grande des classes inférieures. Il a pu exister un droit « domanial » où, du fait même de l'instabilité des tenures, prévalaient les communautés et, au contraire, un droit noble (ou allodial) pour lequel seul comptait le lignage.

d) Enfin, dans cette évolution, l'influence féodale est loin d'être — comme on l'a cru longtemps, à la suite des feudistes de l'Ancien Régime — primordiale. Beaucoup d'institutions du droit familial, la réserve coutumière, le retrait lignager, le régime des biens entre époux, ne doivent rien à la féodalité ; mais celle-ci a contribué à donner à chaque coutume une portée territoriale : bien souvent, le « détroit » d'une coutume n'est autre que celui d'une justice. La seigneurie constitue le cadre normal de la coutume et cet isolement persistera au moins jusqu'à la fin du XIIe siècle.

e) Le mariage, qui est le fondement de la famille, échappe pourtant aux coutumes : il est régi par le droit canonique et, si celui-ci tolère beaucoup d'usages séculiers, il n'en garde pas moins son objet et sa finalité propres. Déjà, à l'époque carolingienne, l'Eglise imposait étroitement sa discipline ; elle va, à l'époque féodale, édifier toute une législation qui débordera largement hors de son domaine propre pour intervenir dans toutes les questions qui concernent le droit des gens mariés : qu'il s'agisse de l'autorité du mari, de la légitimité des enfants ou des secondes noces. La théologie et la morale viennent d'ailleurs renforcer l'action du droit canonique au point que tout le droit de la famille subira, dans l'Europe entière, l'influence des principes chrétiens.

L'APPARITION DES COUTUMES GÉNÉRALES. — Le règne de Philippe-Auguste marque un très net changement. Le régime féodal est battu en brèche par la royauté ; l'isolement des seigneuries s'atténue ; l'action des baillis royaux est dirigée contre les justices seigneuriales. La renaissance du droit romain aura pour premier effet de faire apparaître l'originalité des usages suivis et de susciter, surtout là où les droits de la famille étaient en question, un réflexe de défense ; et celui-ci est, d'abord, une prise de conscience du « fait coutumier ».

Le phénomène est très net dans le Midi, où l'on commence alors à rédiger les coutumes urbaines (cf. t. I, p. 81). Il est aussi très apparent au nord de la Loire. La première mention des *usus et consuetudines Parisienses* date de 1196, celle des *usus et consuetudines Normanniae* de 1204. Les coutumes d'Anjou, de Poitou, de Flandre, de Champagne seront alléguées vers 1220. En 1212, Simon de Montfort concède aux barons toulousains le droit de jouir des « usages et coutumes de Paris ». C'est dire que la province ou le pays

apparaissent désormais comme le cadre normal d'une coutume générale.

La géographie a plus d'importance ici que l'histoire ou que la politique : le Beauvaisis et le Vermandois garderont toujours des coutumes distinctes de la coutume de Paris, malgré qu'ils soient réunis au domaine royal. Il en sera de même, malgré quelques hésitations, de l'Orléanais et du Vexin. C'est même un précepte politique, toujours maintenu au Moyen Age par le Parlement de Paris, que chaque pays doit conserver les coutumes qui lui sont propres. L'organisation des bailliages et l'action des justices royales ont eu pour effet, en définitive, de mieux fixer les limites coutumières : elles ont fait apparaître des frontières, là où n'existaient que des « marches », dans lesquelles les coutumes étaient aussi incertaines que l'autorité.

ESQUISSE DE GÉOGRAPHIE COUTUMIÈRE. — Au XIIIe siècle, la distinction des pays de droit écrit et des pays coutumiers est devenue fort nette (t. I, p. 81-83) et, pour ceux-ci, on oppose les coutumes générales et les coutumes locales, ou usements (tels, en Bretagne, ceux de Rohan, de Tréguier, de Broërec) qui y dérogent sur quelques points.

La géographie coutumière apparaît d'une complication extrême. On peut négliger des singularités (à Meaux, la place de l'évêché suit la coutume de Paris ; à Avignon, les maisons sises dans le « fief de l'évêque » suivent une coutume spéciale) ; on doit même renoncer à un recensement complet des quelque 360 coutumes générales ou locales, pour s'en tenir à quelques indications essentielles.

a) Dans le Centre et dans l'Ouest, les coutumes sont moins nombreuses et leur détroit forcément plus vaste ; elles correspondent à une province : les coutumes d'Anjou, de Poitou, de Berry, de Bourbonnais, par exemple. Deux coutumes ont une particulière originalité qui tient aux provinces qu'elles régissent : la Bretagne et la Normandie.

b) Dans l'Est et dans le Nord, les détroits sont plus restreints ; les coutumes prennent souvent le nom de la ville principale qu'elles régissent : ainsi les coutumes d'Amiens, d'Auxerre, de Melun, de Laon. En Champagne, par exemple, il existe quatre coutumes : celles de Châlons, de Chaumont, de Troyes et de Meaux.

c) La coutume de Paris mérite une mention spéciale. Elle régit l'Ile-de-France, mais aussi la Brie au sud de la Marne, le Hurepoix et la région de Poissy et de Saint-Germain : on parle d'abord de *consuetudines Franciae circa Parisius*, puis des coutumes de la prévôté et de la vicomté de Paris. En s'adaptant à la circonscription judiciaire, le détroit de coutume prend une précision qu'il n'avait pas eue au XIIIe siècle. Les coutumes de Montfort, d'Etampes, de Dourdan, de Mantes, de Senlis, quoique très proches de la coutume de Paris, seront toujours distinguées de celle-ci.

LA RÉDACTION ET LA RÉFORMATION DES COUTUMES. — Jusqu'au XVe siècle, la royauté n'intervient pas et la coutume reste œuvre privée ; elle est un « fait » qu'à l'occasion d'un procès les parties doivent prouver par enquête (par turbe). Les coutumiers, *Jostice et Plet*, les *Etablissements de saint Louis*, les *Coutumes de Beauvaisis* de Beaumanoir, le *Grand Coutumier de France* sont l'œuvre de particuliers et ils n'ont d'autre autorité que celle que mérite leur auteur.

Au contraire, Charles VII, par l'ordonnance de Montils-lès-Tours, de 1454, Charles VIII, par lettres patentes de 1498, décident que les coutumes seront « accordées par les praticiens du pays » et « décrétées et confirmées » par le roi.

La rédaction n'est pas une codification et la nature de la coutume n'est pas changée ; on continue à dire que « c'est le peuple qui fait la loi » (Guy COQUILLE, *Questions* I, *Œuvres*, éd. 1665, t. II, p. 153) et le peuple, en effet, intervient deux fois dans la procédure : d'abord, par des praticiens, qui établissent le projet de rédaction, ensuite, après que le projet ait été soumis aux commissaires du roi, pour l'adopter dans une assemblée des trois ordres du pays. On pourra dire, de ce fait, que les coutumes « sont une loi que les trois ordres de la province se sont imposée, une espèce de contrat fait entre les trois Etats » (THAUMAS DE LA THAUMASSIÈRE, *Coutumes de Berry*, Préface, éd. 1679, p. 4).

La rédaction eut pourtant de nombreuses conséquences : elle consolide l'autorité des coutumes par l'intervention du roi ; elle fournit un texte officiel de la coutume ; elle aboutit parfois à une simplification : de nombreuses coutumes locales disparaissent pour n'avoir pas été soumises aux commissaires royaux ou admises par eux ; elle « cristallise » le droit coutumier qui, désormais, n'évolue plus guère de lui-même ; mais, à l'inverse, elle permet aux juristes de commenter les coutumes, de les comparer entre elles et d'élaborer une doctrine coutumière qui marquera l'évolution postérieure.

La plupart des coutumes avaient été rédigées sous Louis XII, celle d'Orléans en 1509, celle de Paris en 1510. Bientôt, ces rédactions apparurent insuffisantes ou vieillies. La langue change vite au XVIe siècle et aussi les idées : on recherche désormais la clarté, l'ordre, la raison. D'où le projet d'une « réformation » des coutumes, soutenu par Du Moulin et par son ami, Christophe de Thou, premier président du Parlement de Paris. Désigné comme commissaire en 1559, celui-ci va mener activement l'œuvre de réformation que devait couronner la publication en 1580 de la coutume de Paris et en 1583 de la coutume d'Orléans.

SECTION II. — Les « groupes » de coutumes

LES « FAMILLES » DE COUTUMES. — La rédaction et, plus encore, la réformation auront pour résultat d'estomper les différences qui pouvaient exister entre les coutumes et d'imposer l'idée qu'il existait une unité foncière du droit coutumier qui n'était autre que le « vrai naturel français ». Une telle conception peut satisfaire le juriste ou le praticien ; elle ne peut valoir pour l'historien.

La diversité des coutumes n'est pas le fait du hasard et moins encore les parentés qui peuvent exister entre elles. Les dispositions coutumières sont comme la mémoire des sociétés : elles fournissent des matériaux et des thèmes qu'il faut interpréter et comprendre. Des règles qui paraissent disparates doivent s'accorder et s'harmoniser si on sait découvrir leur logique

profonde. Il y a bien un conservatisme juridique, naturel aux sociétés paysannes ; mais il existe aussi une sorte d'adaptation spontanée de la coutume aux besoins et aux idées qui doit permettre de retrouver dans les coutumes les structures et les tendances profondes d'une société. Ainsi, les « familles » de coutumes exprimeraient — comme l'ont bien établi les remarquables recherches de M. Yver sur les « groupes » coutumiers — les oppositions qui existaient aux XIe et XIIe siècles entre les diverses régions françaises.

Le groupe des coutumes de l'Ouest. — Il s'agit de pays qui n'ont guère d'unité mais qu'ont pu rassembler au Ve siècle une rupture rapide avec l'Empire et, au IXe siècle, une même lutte contre les envahisseurs normands : relativement isolé, l'Ouest se replie sur lui-même, retrouvant d'ailleurs d'anciennes pratiques (celtes ?) et acceptant l'autorité des possesseurs des grands domaines. En Normandie, dès le XIe siècle, l'autorité de Guillaume le Conquérant et ses prétentions à la souveraineté contribuent grandement à fixer la coutume. La domination des Plantagenêts a le même effet en Anjou, Maine et Touraine. La Bretagne subit l'influence normande. Le Poitou et, à un moindre degré, l'Angoumois et la Saintonge, sont aussi dans l'orbite des Plantagenêts.

Toutes les coutumes de la région ont les traits communs d'être fortement féodalisées et très favorables au lignage :

1) Tous ces pays sont fortement féodalisés et le droit des fiefs va réagir sur le droit familial : en admettant, par exemple, une quotité disponible et un douaire du tiers (*infra*, p. 250 et 481) qui correspondent à la portion que le vassal peut détacher du fief ; en admettant aussi des institutions qui, telles que l'aînesse, la garde seigneuriale ou l'exclusion successorale des filles, donnent la préférence aux intérêts du seigneur sur ceux du lignage. Le droit normand soumet, d'autre part, le roturier et le noble aux mêmes règles — ce qui, suivant la conjecture fort vraisemblable de M. Yver, peut provenir du fait qu'il a été fixé fort tôt, à une époque où les paysans, encore trop dépendants, ne pouvaient revendiquer le bénéfice de la coutume.

2) Au point de vue successoral, les coutumes de l'Ouest admettent le système parentélaire (*infra*, p. 391), la représentation à l'infini et l'égalité parfaite entre les héritiers ; l'institution contractuelle est inconnue en même temps que l'exclusion des filles dotées. Conséquemment, la réserve héréditaire prend une extension remarquable, visant les acquêts, mais aussi les aliénations à titre onéreux.

3) Le droit matrimonial répugne à la communauté. Il l'ignore en Normandie et ne la fait naître que par l'an et jour en Bretagne et en Anjou. Il consacre enfin le pouvoir du mari sur les conquêts.

Comme l'écrit M. Yver, pour ces coutumes « la vocation héréditaire est... innée et indélébile ; elles sont plus lignagères que communautaires... faisant prédominer le lignage sur le ménage » (*RHD*, 1952, p. 40). Les biens appartiennent à la famille et doivent revenir aux parents par le sang. A cet égard, même la communauté conjugale constitue un danger que ne veulent pas courir les familles nobles.

Les coutumes du Nord. — Aussi archaïques, aussi « conservatrices », mais combien différentes apparaissent les coutumes du Nord : on peut

d'ailleurs distinguer deux sous-groupes, flamand et picard-wallon, dont l'opposition remonte soit à une différence d'origine ethnique, soit, plus simplement, à une frontière politique entre la Flandre et le Brabant occidental d'une part, l'Artois, la Picardie, la Flandre « gallicane » et le Hainaut, d'autre part.

En pays picard et wallon, l'esprit du droit est avant tout communautaire. Non seulement les droits de la famille sont nettement affirmés par la rigueur prise par des institutions telles que le retrait lignager ou la réserve successorale, mais le droit des biens (cf. t. II, p. 20 et 30) comme le droit familial attestent l'existence et l'importance des communautés familiales. Entre époux, le régime de communauté prévaut sous diverses formes et il est complété par la pratique de l' « entravestissement » qui attribue au conjoint survivant l'entier patrimoine du ménage et, en matière successorale, par le partage par lits qui peut aboutir, au cas de décès de l'un des époux et de remariage de l'autre, à attribuer aux enfants du premier lit tout le patrimoine du premier mariage. L'absence de représentation successorale ou sa limitation à la ligne directe, l'exclusion rigoureuse des filles dotées viennent encore renforcer l'idée que les droits des parents viennent de la communauté d'habitation — de la « maison » — et non du seul fait de la parenté — le lignage.

La zone flamande sacrifie beaucoup aux idées communautaires — en admettant, par exemple, entre époux, un régime de communauté universelle ; mais, elle reconnaît aussi très largement les droits de la famille : le survivant des époux — mari ou femme — n'a qu'un droit d'usufruit ou de douaire sur la part de son conjoint. Surtout, l'égalité entre héritiers est maintenue, même au cas de remariage des parents ; le rapport est très largement admis de même que la représentation à l'infini ; enfin, la pratique de la « fente » établit une égalité entre les parents paternels et les parents maternels.

Le groupe orléano-parisien. — Le groupe « français » représente, dès l'origine, un droit moins archaïque, moins conservateur, marquant les transitions et ouvert au progrès. La féodalité n'a pas ici la rigueur normande et les pratiques communautaires — très fortes encore aux XIIe et XIIIe siècles, plus fréquentes en tout cas pour les roturiers que pour les nobles — s'atténuent très vite. La vocation successorale apparaît comme le résultat d'un compromis entre les droits créés par la vie commune et ceux qui naissent de la parenté : le fait que les enfants dotés soient exclus de la succession paternelle contrevient à l'égalité des héritiers, tandis que la pratique du rapport et du rappel à succession prétend la maintenir.

La communauté matrimoniale, par son organisation même, sépare les intérêts du ménage de ceux de la famille. L'autorité est reconnue au mari, mais la femme intervient souvent dans les actes et, dès qu'un acte de disposition peut mettre en péril le patrimoine, les droits de la famille sont affirmés par l'institution de la réserve et par le retrait lignager ; mais les donations y échappent, comme les meubles et les acquêts. D'autre part, le contact des idées romaines conduit souvent à reconnaître une certaine liberté au testateur. Comme l'écrivait Olivier-Martin (t. II, p. 367) : « La connaissance

du système romain des successions, clair et précis, a déjà (au XIIIe siècle) influencé et peut-être troublé les traditions coutumières. »

La coutume de Paris ne possède, à l'origine, aucune autorité particulière, mais elle est souvent invoquée et elle est bien connue du Parlement ; sa réformation en 1580 a paru comme le couronnement de l'œuvre de Du Moulin et de Christophe de Thou ; elle va tirer de là une prééminence qui conduira Brodeau à y voir la « maîtresse coutume », dont l'« air doux et salubre est respiré par Messieurs du Parlement » et dont chaque article est « un oracle et un arrêt ».

LES COUTUMES DE L'EST. — Tout le pays au sud du Luxembourg est terre d'Empire et les coutumes y sont fort nombreuses. Les Trois-Evêchés possèdent cinq coutumes, la Lorraine en possède trois. Quant à l'Alsace, elle est morcelée en nombreuses seigneuries inspirées du droit germanique ; au XVIe siècle, le droit romain sera « reçu » comme droit commun de la province.

Les coutumes de Reims, de Châlons-sur-Marne, de Vitry, de Troyes, de Sens se rapprochent des coutumes du groupe parisien et reprennent la plupart de leurs solutions. Au contraire, l'influence du Midi est sensible en Franche-Comté et en Bourgogne.

Le droit franc-comtois emprunte au droit romain la pratique de la dot en même temps que la communauté d'acquêts (CHEVRIER, *TR*, 1959, p. 133). Les coutumes du duché et comté de Bourgogne, parfois très proches des coutumes lorraines (CHEVRIER, *RHD*, 1957, p. 450), spécialement pour le droit familial et successoral, sont apparentées, notamment en ce qui concerne la féodalité, au droit du Midi (CHEVRIER, *Annales de Bourgogne*, t. XXIII, 1951, p. 36-50). La Bourgogne constitue la « pointe avancée » des pays coutumiers vers les pays de droit romain ; c'est au XVIe siècle surtout que progressera la romanisation de ses coutumes (G. CHEVRIER, *RHD*, 1966, p. 695). Il en sera de même, à la lisière des pays de droit écrit, des coutumes de Bourbonnais, de la Marche, d'Auvergne et de Berry.

LE DROIT DU MIDI. — L'évolution du droit méridional a déjà été indiquée (t. I, p. 81-86). Il suffit de rappeler ici ce qui oppose les mœurs, la culture, le droit du Midi à ceux du Nord.

La féodalité y a été, en général, moins stricte mais les pratiques communautaires y sont parfois aussi nettes. Elles ont existé dans les familles paysannes, dans les régions les plus reculées (les Pyrénées, par exemple), mais elles apparaissent rarement dans les documents. A s'en tenir à ceux-ci, le droit du Midi est d'esprit individualiste. Sans doute, la puissance paternelle est-elle rigoureuse, mais la femme jouit d'une liberté d'allure que le droit du Nord lui refuse. Le régime dotal, propre au Midi, est un régime de séparation de biens et d'indépendance réciproque des époux. Le Midi connaît le testament et l'institution d'héritier qui permettent à l'individu d'imposer sa volonté même après sa mort. Le droit des contrats manifestait déjà le même individualisme ; il en était de même de la propriété — la propriété quiritaire romaine apparaissant même comme la marque du Midi.

L'homme du Nord est prisonnier des contraintes collectives ; il demeure impliqué dans les liens d'une solidarité familiale impérieuse. Pour l'homme

du Midi, au contraire, la fortune, la vie, l'honneur ne sont pas un patrimoine commun, mais un bien propre. Un excellent connaisseur de l'histoire rurale, Roupnel, notait l'indépendance agraire des campagnes méridionales où les champs se dispersent, libres dans leurs formes et dans leurs cultures : c'est bien l'image de la liberté concédée aux terres et aux hommes par le droit romain.

La fréquence des coutumes locales, la force acquise, spécialement dans le Sud-Ouest, par le lignage et les garanties assurées au patrimoine familial, ne peuvent empêcher que l'« esprit » demeure romain : le mythe du droit romain, qui inspire les attitudes, est plus fort que les réalités et les pratiques qui souvent le contredisent (P. TISSET, Mythe et réalité du droit écrit, dans *Études Petot*, p. 553-560).

Le droit familial a, dans le Midi, une plasticité et une force d'évolution qu'il tient justement de la part laissée à la volonté des individus : par la pratique des renonciations on parvient souvent à stériliser les règles légales mais par l'usage du fidéicommis on réussit à organiser une protection du patrimoine familial souvent plus stricte que celle du Nord. L'opposition d'esprit sera en tout cas très nette — elle le demeurera jusqu'en 1789 — entre les pays de droit écrit et les pays coutumiers.

SECTION III. — Le droit commun coutumier

LES TENDANCES. — Dans la théorie du droit commun coutumier on peut trouver tout à la fois l'idée romaine du *jus commune*, une volonté politique et l'influence de la philosophie rationaliste.

1) L'idée de droit commun vient des stoïciens et elle a toujours été reprise par les juristes romains. Aux diversités nécessaires, répond, pour eux, un *jus proprium*, un *jus singulare* qu'un fragment de Paul définit comme un droit qui va contre la *ratio* et qui n'est édicté que pour quelque utilité particulière (D., 1, 3, 16). Les glossateurs l'identifieront plus ou moins nettement avec les coutumes et les statuts des villes italiennes. Le droit commun, au contraire, vaut par sa généralité et sa pleine conformité à la *ratio* qui fonde, à la fois, sa force logique et sa permanence.

La patristique comme l'aristotélisme médiéval vont reprendre les mêmes spéculations et lier le problème de la *reductio ad unum* à la théorie de la connaissance. La recherche de la vérité est forcément précaire à cause de la faiblesse de l'esprit humain ; les plus savants ne s'accordent pas entre eux : ainsi en est-il des coutumes qui varient selon les lieux et les époques ; ainsi de la justice qui, comme disait Balde, est boiteuse alors que le droit ne l'est pas. Dans cette incertitude, le seul moyen d'éviter l'erreur est de se ranger à l'opinion la plus probable et d'adopter la méthode que recommandent les philosophes et les moralistes, le « tutiorisme » : l'opinion la meilleure est l'opinion commune ; elle fournit une sécurité qui s'accorde bien avec le principe d'autorité, toujours proclamé au Moyen Age. La « voie moyenne » est toujours recommandable et elle peut valoir comme *vox communis*. L'autorité d'une règle de droit lui vient de l'approbation

commune ; au contraire, le *jus proprium* — qui est le droit d'un seul lieu et d'une seule communauté — sera toujours un droit « odieux » et il faudra l'interpréter strictement : *odiosa restringenda.*

Chaque pays utilisera ces idées à sa manière et selon son génie propre. Les Italiens identifieront *jus commune* et droit romain (tout en déclassant celui-ci pour en faire un simple droit supplétif). Les Anglais, au contraire, traduisent dans l'idée de *common law* une hostilité foncière au droit romain et exaltent leurs coutumes nationales. En France, grâce à l'influence de l'Ecole d'Orléans et de celle de Toulouse, le droit romain fraye avec la pratique et s'adapte aux besoins et aux usages : il apparaît, à partir du XIIIe siècle, même dans les pays de coutume comme le droit commun. C'est à lui qu'on se réfère en Bretagne et en Anjou (cf. J.-Ph. LÉVY, dans *TR*, t. XXV, 1957, p. 17). C'est à lui que pense, au moins implicitement, Beaumanoir dans le prologue des *Coutumes de Beauvaisis* en reconnaissant comme droit supplétif le « droit qui est commun à tous au royaume de France », même si ce droit commun, comme l'a bien indiqué M. Petot (*RHD*, 1960, p. 412-429) est réduit à quelques principes premiers ou à des axiomes conformes à la raison.

Aux XIVe et XVe siècles, les coutumes subissent l'attrait et la contamination du droit romain et cette influence, si elle est due aux Universités et au Parlement, tient aussi à une raison plus profonde : le droit romain était foncièrement individualiste et toute atteinte aux idées communautaires ou aux principes féodaux rapprochait de lui.

Au XVIe siècle, le président Lizet († 1551), qui rédigea les premières coutumes, tenait, dit Guy Coquille, le « droit romain pour notre droit commun et y accommodait, autant qu'il pouvait, notre droit français » (*Œuvres*, II, 2). Autant par griserie d'humaniste que par habitude de praticien, il fit de certaines coutumes — celle de Berry notamment — de véritables pastiches du droit romain.

Au cas de silence de la coutume, on admettait que le droit romain était, tout au moins, un droit supplétif. Pour Loyseau, « c'est une maxime au Palais que les cas omis aux coutumes doivent être décisés selon la disposition du droit romain » (*Déguerpissement*, II, 6, 6).

2) Vite Lizet va faire figure d'attardé, comme tous ceux qui, à la même époque, défendent l'usage du latin contre celui du français. Christophe de Thou, qui devient en 1562 Premier Président du Parlement, n'a pas la même révérence pour le droit romain qui peut « être allégué seulement comme la raison ». En 1539, Du Moulin, dans son commentaire *Des fiefs*, a expliqué que s'il y avait un droit commun écrit, relatif aux statuts du droit écrit, il existait aussi un droit commun non écrit qui se référait aux coutumes. Ce droit ne peut être contenu dans les ordonnances royales ; il est fourni par les usages qui s'imposent par une nécessité civile et humaine et qui sont le droit particulier des Français. Nos coutumes, conclut-il, sont notre droit commun ; il n'est pas besoin d'avoir recours au droit romain au cas de silence d'une coutume ; il faut se rapporter aux autres coutumes, aux coutumes voisines et aussi à certaines coutumes « princesses » qui sont plus générales et ont plus d'autorité que les autres. Bien vite, ces idées

trouvent un écho au Palais : elles sont reprises dans les plaidoiries et dans les arrêts, développées dans les écrits d'Etienne Pasquier, de Guy Coquille, d'Antoine Loysel, érigées en principe général d'interprétation des coutumes.

3) Le « moment » où apparaissent ces théories — qui est le temps où Henri II et Catherine de Médicis préparent les voies de l'absolutisme —, le « milieu » des juristes qui les expriment — qui apparaissent au barreau ou au Parlement comme les « conservateurs des droits du roi » et sont tous des gallicans intransigeants — indiquent assez qu'un nationalisme juridique les inspire. Pasquier le dit tout crûment : « Il est désormais temps que nous ôtions cette folle appréhension qui occupe nos esprits, par laquelle mettant sous pieds ce qui est du vrai et naïf droit de la France (nous) réduisons nos jugements aux jugements des Romains ». Guy Coquille renchérit : « Les lois doivent être faites suivant le goût et le sens de chaque peuple » et il ajoute que les coutumes sont « plus courtes et substantielles » que le droit romain qui est encombré « comme une mer Océane » par la « subtilité des docteurs italiens ». Les coutumes représentent le « vrai naturel français » ; elles sont vraiment le droit commun de la France.

Déjà, l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 avait ordonné que « tous les arrêts et autres procédures fussent rédigés en langage maternel français ». Les décisions du concile de Trente (1545-1563) avaient provoqué un véritable renouveau des théories gallicanes : certains décrets, dogmatiques ou disciplinaires, paraissaient inacceptables à Du Moulin car leur réception en France ferait du royaume un pays d'obédience pontificale. D'Espeisses redoutait l'introduction d'« un autre royaume au milieu de notre royaume ». Guillaume Postel, dans un curieux traité sur *La loi salique*, qui date de 1551, célèbre l'autorité royale. Les humanistes et les réformés travaillent dans le même sens. Les grandes ordonnances de l'époque (Orléans, 1560 ; Moulins, 1566 ; Blois, 1579) marquent bien les progrès du pouvoir royal. La faveur nouvelle des coutumes tient au même sentiment ; elles doivent leur force à la rédaction royale et leur autorité sert celle du roi.

Dans son *Oratio de concordia et unione consuetudinum*, Du Moulin songeait à réduire toutes les coutumes en un corps unique ; il voyait dans la coutume de Paris le modèle de toutes les autres et cet esprit inspira très largement la réformation de 1580. Les dispositions nouvelles, empruntées aux principes romains et à la jurisprudence du Parlement de Paris, faisaient dire à Chopin que l'on avait voulu faire une loi pour tout le royaume.

4) Les bartolistes avaient déjà indiqué que, si les lois pouvaient être diverses, il existait néanmoins entre elles une harmonie supérieure. Le XVIIe siècle va parler de raison. Le droit commun n'est plus conçu comme une sorte de *jus gentium*, un absolu ou une catégorie logique, mais comme une construction pragmatique, répondant à l'utilité publique.

Avec Descartes et, plus encore, avec ses continuateurs, on donne à la raison une fonction essentielle : celle d'observer les faits, de les analyser, de les comparer, de découvrir les liens qui les unissent, on dira bientôt d'en tirer les lois.

La généralité qui est reconnue au droit romain suffit à établir que la raison l'inspire, qu'il est conforme à la conscience et aux besoins de la société

qu'il régit. Pour le XVIIIe siècle, la raison représente « la somme croissante d'idées bonnes et justes qui est dans une société ».

L'idée de droit commun est ainsi dirigée, en apparence, contre le droit romain qui lui avait servi de support. S'il y a une raison écrite — qui est le droit romain —, il existe aussi une raison coutumière qui peut s'en écarter. Le droit commun en vient à donner aux coutumes un plus grand relief : au lieu de coutumes diverses et fragmentaires, il fait apparaître les traits originaux d'un système juridique ; par exemple, la théorie des propres de succession ne sera systématisée que par le droit commun qui en donnant aux praticiens une vue plus nette de la règle coutumière leur permettra d'en développer les conséquences et, en définitive, la consolidera.

Pourtant, l'influence du droit romain réapparaît souvent et cette résurgence tient à la fois à des causes techniques et à l'évolution sociale :

a) Les causes techniques sont la perfection du droit romain et la valeur des commentaires doctrinaux qui l'avaient enrichi. A cet égard, les apports décisifs datent, on l'a vu, du XVIe siècle : ils sont très nets, par exemple, dans la théorie de la représentation ; mais ces apports mêmes en suscitent d'autres, en augmentant la portée et la force d'expansion des règles romaines.

b) L'évolution sociale, jusqu'au XVIIIe siècle, est marquée par la décadence des idées féodales et communautaires et par le progrès de l'individualisme : ce qui allait très nettement dans le sens des principes romains. Le changement est très net dans le droit de la propriété (t. II, p. 241). Il apparaîtra mieux encore dans le droit des successions, toujours si intimement lié à l'organisation sociale : par exemple, la règle coutumière *paterna paternis* subira aux XVIIe et XVIIIe siècles comme une érosion qui prépare le retour au principe romain de l'unité de succession. De même, la règle « propres ne remontent » est battue en brèche par la faveur nouvelle marquée aux ascendants.

La doctrine et la jurisprudence. — Le droit commun coutumier a été une création de la doctrine. Après Du Moulin, le premier mérite en revient à Guy Coquille (1523-1603) dont l'*Institution au droit français* se propose de fournir les principes et maximes du droit français en marquant quelque hostilité provinciale au droit parisien. Antoine Loysel (1536-1617), disciple de Cujas, avocat au Parlement, cherche à dégager l'esprit des coutumes et il y parvient dans ses *Institutes coutumières* en usant d'axiomes ou de maximes. Le but qu'il avoue dans la préface est que « comme les Provinces, Duchés, Comtés et seigneuries de ce royaume se sont avec le temps rangées sous l'obéissance d'un seul Roi, de même elles se pourront enfin réduire à la conformité, raison et équité d'une seule loi, coutume, poids et mesure sous l'autorité de S. M. ». Loysel s'attache au passé coutumier et cette tendance est accusée par le commentaire des *Institutes* rédigé en 1710 par Eusèbe de Laurière.

Au XVIe siècle, les préoccupations provinciales l'emportaient encore chez Tiraqueau (1488-1558) qui commente en bartoliste plus qu'en humaniste les coutumes de Poitou, chez Barthélemy de Chasseneuz (1481-1541) qui s'attache à la coutume de Bourgogne, chez Chopin (1537-1606) qui explique avec science les coutumes d'Anjou, chez Charondas (1536-1617) qui annote

avec beaucoup de sens et d'érudition la coutume de Paris, chez d'Argentré (1519-1590) enfin, historien sans critique, mais remarquable juriste qui défend contre Du Moulin l'originalité de la coutume de Bretagne et l'utilité des droits féodaux.

Au XVIIe siècle, la première place revient à Domat (1625-1696) qui est surtout romaniste et philosophe : il prétend soumettre les coutumes « aux principes éternels de la justice et à l'esprit du christianisme ». Boileau dira qu'il a été le « restaurateur de la raison de la jurisprudence ». *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1694) font de lui le représentant par excellence de l'esprit classique et son influence, pour être diffuse, n'en sera pas moins fort nette jusqu'au Code civil. Son livre demeure, malgré les mérites de l'auteur, assez incomplet. Les matières (et il s'agit surtout des contrats) n'y sont pas creusées comme dans les grands jurisconsultes du XVIe siècle ; Domat expose, mais ne discute ni ne crée ; il affecte d'ignorer les coutumes et rattache les règles de droit à la philosophie.

Guillaume de Lamoignon (1617-1677), en même temps qu'il participait à l'élaboration de l'ordonnance sur la procédure civile (1667) et de l'ordonnance criminelle (1670) entreprit une révision de la coutume de Paris et rédigea ses célèbres *Arrêtés* où il codifie les principes coutumiers. L'œuvre concerne le droit public comme le droit privé et les pays coutumiers « comme les provinces qui *se* régissent par le droit écrit » ; elle conservera jusqu'à la Révolution une très grande autorité.

Avec moins d'éclat, d'autres œuvrent dans le même sens : par exemple, en publiant des conférences où sont rapprochées les dispositions des diverses coutumes. Ainsi Louvet qui rapproche les coutumes de Beauvaisis et de Paris (1618), Pierre de L'Hommeau et ses *Maximes générales du droit français* (1614), Catherinot qui, avec ses *Axiomes de droit français* (1683), complète les *Institutes* de Loysel, enfin Guenoys, qui publie dès 1596 une fort utile *Conférence des coutumes tant générales que locales du royaume de France.*

Le même désir de comparer les coutumes apparaît dans les commentaires qui sont publiés pour chacune d'elles : par Basnage pour la Normandie (1678), Hévin pour la Bretagne (1682), Brodeau pour le Maine (1645) et pour Paris (1658), La Thaumassière pour le Berry (1679).

Désormais, les ouvrages pratiques dominent et la plupart sont consacrés à une matière spéciale qu'ils ramènent au droit commun. Ainsi le *Traité des donations* de Ricard (1652), le *Traité des successions* (1692) et le *Traité de la communauté* (1709) de Lebrun.

La création, par l'édit d'avril 1679, de chaires de droit français, devait stimuler l'étude des coutumes : désormais, dans chaque université, le professeur « royal » était chargé d'enseigner « le droit français contenu dans les ordonnances et dans les coutumes ». Seuls, des praticiens, avocats ou juges, pouvaient être nommés et leur présentation appartenait au Parlement. On ne peut parler ici d'école ou de tendance : les nouveaux professeurs sont plutôt des vulgarisateurs plus ou moins habiles : ainsi Pocquet de Livonière († 1726) à Angers, Claude de Ferrières († 1715) à Reims, Boutaric († 1733) à Toulouse, Poullain du Parc († 1782) à Rennes, enfin, à Orléans, Prévost de La Jannes († 1749) et l'illustre Pothier († 1772) qui consignera dans de

nombreux traités qui concernent tout le droit privé le fruit de cinquante années de pratique et de vingt années d'enseignement : leur clarté, un bon sens qui n'exclut pas parfois la vigueur, des qualités certaines de simplicité valurent à ces traités d'être vers 1800 dans les bibliothèques de tous les juristes ; les rédacteurs du Code civil leur empruntèrent beaucoup, spécialement dans la matière des contrats.

Classer, mettre en ordre, ramener le droit à une unité rationnelle qui fondera sa certitude, voilà pour tous les auteurs coutumiers la préoccupation première. *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principe* que publie Bourjon en 1747 résume parfaitement le travail accompli : il s'agit, en partant de la coutume de Paris, de former un corps complet du droit coutumier, de rendre ce corps « régulier » par la liaison de toutes les parties, de ranger toutes les dispositions dans leur « ordre naturel », de les annoncer par des titres, chapitres et sections, de réduire la coutume à des principes qui seront « plus conséquents et plus sensibles » que des articles isolés. L'œuvre demeure assez médiocre, mais elle vaut par sa méthode qui est celle de Domat et qui sera reprise par le Code civil.

LA JURISPRUDENCE. — Tous les auteurs des XVIIe et XVIIIe siècles portent une attention extrême à la jurisprudence et celle-ci ne peut être dissociée de la doctrine. Juges, avocats, professeurs de droit français appartiennent au même milieu ; ils s'opposent presque forcément aux professeurs de droit romain dont ils ont suivi les leçons à l'Université. L'œuvre de la doctrine était d'ailleurs complétée par les arrêts de règlement rendus par les Parlements et fixant *erga omnes* et pour tout le ressort de la Cour un point contesté.

Le plus célèbre des recueils d'arrêts était celui de Louet (1602), « allongé » par Brodeau (1614) et plus tard par Rousseau de La Combe (1742), qui devint le manuel de tous les praticiens. Des recueils analogues furent publiés pour tous les Parlements : pour Toulouse par La Roche-Flavin (1617), Maynard (1618), Catelan (1703), d'Olive (1638) ; pour Bordeaux par Boyer ou *Boerius* (1603), pour Rouen par Froland (1740), pour Rennes par Poullain du Parc (1737). Au XVIIIe siècle, on préférera les dictionnaires, dont les plus célèbres sont ceux de Mathieu Augeard (1710), de Denisart (1754) et le monumental *Répertoire universel de jurisprudence* de Guyot (1775 ; 2e éd., 1784).

LE RÔLE DU DROIT COMMUN COUTUMIER. — Œuvre de la doctrine, le droit commun coutumier va être incliné par elle vers l'interprétation des coutumes, les principes admis ne faisant d'ailleurs qu'adapter au droit coutumier les règles d'interprétation posées par les romanistes :

1) Il peut arriver que les dispositions d'une coutume n'aient pas d'équivalent ailleurs, qu'il s'agisse de particularités ou même d'anomalies que fait apparaître une simple « conférence » des coutumes et que l'on qualifiera justement de *jura singularia*, de droits odieux : par exemple, la disposition qui accorde la succession au dernier-né ou celle « dure, inique et déraisonnable » qui prohibe la représentation en ligne directe. De telles règles doivent être interprétées strictement : *odiosa restringenda*, réduites ou restreintes dans leur portée ou dans leur application ; elles sont condamnées sinon à

disparaître, tout au moins à s'étioler. La coutume de Paris elle-même peut comporter de telles règles ; l'article 283, par exemple, de la Nouvelle coutume qui permet au mari sans enfant de faire une libéralité aux enfants nés d'un premier mariage de sa femme, est réputé contraire au droit commun et d'interprétation stricte (BURJON, t. I, p. 625).

2) Si, au contraire, la disposition d'une coutume est conforme au droit commun, elle est comme vivifiée par celui-ci et il faut l'interpréter largement, dans le doute la préférer à une disposition « odieuse » : ce qui aboutit forcément à atténuer les particularités coutumières et à tout réduire — comme on le verra, par exemple, pour la succession aux propres (p. 437) — à des principes communs.

3) Enfin, les coutumes, comme il est normal, n'avaient pas tout prévu : s'il existe des lacunes — fréquentes dans les coutumes les plus frustes — il y a lieu de recourir au droit supplétif. Ce rôle avait été reconnu au Moyen Age soit au droit romain, soit aux coutumes voisines ; il est maintenant attribué au droit commun dont ce sera même la fonction essentielle. Du Moulin voudrait, par exemple, que le douaire des enfants soit considéré comme de droit commun pour l'introduire dans les coutumes muettes (*Notae solemnes*, t. II, p. 698). De même, pour la dévolution des successions, le système de simple côté sera appliqué aux coutumes muettes de préférence au système parisien de côté et ligne (BRODEAU-LOUET, t. II, p. 318).

Les discussions de la doctrine servent ici l'évolution du droit. Ainsi, pour l'âge auquel il était permis à un mineur de faire un testament, on hésite entre le système romain (l'âge de la puberté), le système parisien (vingt ans, art. 293 N. C.) et le système purement coutumier (vingt-cinq ans ; cf. *ZSS Germ.*, t. LXI, 1941, p. 1-20). Cette dernière règle est retenue au XVIe siècle ; mais elle est longuement discutée par Ferrière et au XVIIIe siècle le Parlement généralise le système parisien (BOURJON, t. II, p. 296).

4) Ce dernier exemple suffit à montrer les mutations subies par le droit commun : comme pour l'édit du préteur romain, à une *pars translaticia* s'ajoute une *pars nova* qui peut même ne rien devoir aux coutumes : ainsi, la capacité d'acquérir une succession — notamment des aubains et des religieux — ne faisait l'objet dans les coutumes que de dispositions fragmentaires ; la jurisprudence, en s'aidant du droit romain, parvint cependant à élaborer une doctrine commune qui devait prévaloir partout (BOURJON, t. I, p. 807).

L'EFFET DU DROIT COMMUN : L'UNIFICATION DU DROIT. — Toujours, le recours au droit commun aboutit à unifier les dispositions des coutumes : l'étude des régimes matrimoniaux et des successions fournira à cet égard de nombreux exemples. A partir du XVIIe siècle, le droit commun apparaît comme la « raison » vers laquelle il faut infléchir et diriger les coutumes particulières ; en ce qui concerne, par exemple, les coutumes de simple côté — qui n'étaient pas les plus nombreuses — Lebrun reconnaît qu'elles représentent le droit commun parce qu'elles sont plus simples, qu'elles évitent une infinité de procès et qu'elles sont, aussi, plus proches du droit romain (*Successions*, chap. II, art. 4).

Cette unification avait été voulue, on l'a dit, par Du Moulin. A partir

du XVIIe siècle, cette tendance à l'unité apparaît partout fort nette : dans la jurisprudence du Parlement, dans l'influence de la coutume de Paris, comme dans l'esprit de la doctrine. Lamoignon, Colbert, Daguesseau sont imbus des mêmes idées et les ordonnances royales, si elles n'« entreprennent que des choses possibles », ont tout au moins pour objet soit d'unifier les parties du droit que ne règlent pas les coutumes (la procédure ou le droit maritime, par exemple), soit, c'est le cas des ordonnances de 1731 et 1735, de mettre fin à une diversité de jurisprudence « aussi peu honorable à la justice qu'onéreuse et souvent nuisible à ceux qui sont obligés de la réclamer». Bretonnier publiera en 1718 un précieux petit livre sur « les questions de droit qui se jugent diversement avec des réflexions pour concilier la diversité de la jurisprudence et la rendre uniforme dans tous les tribunaux » (4e éd., 1771).

Cette unité tenait, pour les hommes du XVIIe siècle, à un postulat politique : l'autorité du roi ; elle va tenir plutôt au XVIIIe siècle à un postulat philosophique : l'unité du droit qui vient de l'empire de la raison.

Dès 1715, un faiseur de systèmes, l'abbé de Saint-Pierre, rédige un mémoire pour diminuer le nombre des procès qui retiendra l'attention de Daguesseau ; celui-ci, compatriote et disciple de Domat, devait inspirer Pothier (cf. DAGUESSEAU, *Œuvres*, éd. 1819, t. XVI, p. 308). Les philosophes font chorus en insistant sur les bizarreries et les incohérences d'un droit fait de pièces et de morceaux : « Voyez à Paris, écrit Voltaire, le quartier des Halles, de Saint-Pierre-aux-Bœufs, la rue Brise-Miche, celle du Pet-au-diable, contraster avec le Louvre et les Tuileries : voilà l'image de nos lois. »

La notion de droit commun était trop imprécise pour ne pas être tributaire de ce changement des idées :

1) Bourjon, par exemple, dans la préface de son livre, dira que la doctrine, loin d'avoir inventé le droit commun, l'a comme retrouvé dans le cœur des hommes d'où les coutumes l'avaient parfois extrait et parfois altéré : ce qui aboutit à identifier droit naturel et droit commun et à reconnaître à celui-ci un caractère de pérennité et d'universalité. Daguesseau écrira des *Méditations métaphysiques* (*Œuvres*, t. XIV) pour établir qu'il existe un droit naturel qui procède des seules lumières de la raison. Affirmation qui se teinte, comme l'a finement marqué M. Carbonnier, d'un moralisme janséniste : la justice naturelle assure la paix de la société, mais aussi « la vertu et la perfection de chaque homme en particulier » (*Œuvres*, t. XIII, p. 532).

2) On en revient, par le détour du droit naturel, à reconnaître l'autorité du droit romain : autorité souvent inavouée, mais nette aussi bien chez Pothier que dans les arrêts du Parlement. Les notions romaines déposées au XVIe siècle dans la réformation des coutumes vont être développées et harmonisées ; les solutions romaines apparaissent plus simples, plus logiques et elles fournissent comme un idéal vers lequel s'achemine chaque arrêt ou chaque nouveau commentaire. La distinction des propres et des acquêts paraît moins « naturelle » que l'unité de succession ; beaucoup de dispositions coutumières, les plus anciennes et les plus originales, ne sont plus comprises et elles apparaissent comme un reliquat de la féodalité.

3) Jusqu'en 1789, ces idées n'étaient exprimées qu'incidemment par des juristes qui, par système ou par paresse d'esprit, s'étaient tenus à l'écart du mouvement philosophique. Avec la Révolution tout va s'enflammer : aux coutumes anciennes, on reprochera d'être « gothiques et barbares » et plus encore d'avoir corrompu les mœurs. Quelques principes, dictés par la raison, devaient suffire à assurer la justice et le bonheur.

La Convention donna un mois à son comité de législation pour faire un Code civil : Cambacérès rédigea un projet de 700 articles qu'il réduisit à 300. On le jugea trop long encore et on nomma une « commission de six membres philosophes et non hommes de loi ».

La simplicité de la loi, sa clarté, sa brièveté apparaissaient, dans l'illusion de l'époque, comme les signes de sa conformité au droit naturel. Toujours, d'ailleurs, apparaissait, au second plan, une préoccupation politique bien exprimée par Merlin de Douai : « Comment voulez-vous qu'un cadet dont le père est mort laissant des biens à Paris et dans le Ponthieu croie à l'unité de l'Empire français ? Comment voulez-vous que tel homme qui est héritier en deçà d'une rivière et qui ne l'est plus au-delà puisse considérer la France autrement que comme un assemblage de petites nations qui ont, chacune, leurs lois séparées » (discours du 21 novembre 1790, *A. Parl.*, t. XX, p. 599).

L'ÉVOLUTION DU DROIT ROMAIN DANS LE MIDI. — Ce tableau ne serait pas complet si l'on ne mentionnait l'évolution du droit romain dans le Midi.

L'unité du droit existait en principe et elle avait été fortifiée par la disparition des coutumes locales. La chose est accomplie dans le Sud-Est au XVe siècle, au point par exemple que les statuts d'Avignon ne sont jamais plus mentionnés dans les actes. A Toulouse, le commentaire de Soulatges (1770) comme l'enseignement des professeurs de droit français font bien apparaître qu'il ne reste plus rien des droits locaux. Les idées coutumières ont résisté un peu mieux à Bordeaux et dans les vallées pyrénéennes dont les coutumes seront rédigées au XVIe siècle.

Cependant, cette unité n'était qu'apparente : chaque Parlement avait sa jurisprudence et la diversité des interprétations se manifestait en toute occasion.

La susceptibilité de chaque Parlement, le particularisme provincial dont certains faisaient preuve suffiraient à expliquer une attitude qui tient pourtant à une raison plus profonde : l'humanisme, en imposant une étude historique du droit romain, lui avait fait perdre toute portée pratique. Tandis que les bartolistes avaient sans cesse frayé avec la pratique, sacrifiant aux exigences de celle-ci la vérité romaine, les humanistes, à la suite de Cujas, font œuvre de philosophes et d'historiens plus que de juristes.

Il est frappant de voir, à l'inverse, combien l'autorité que gardera Du Moulin sur les praticiens coutumiers est nourrie de sources bartolistes ; combien aussi son latin rocailleux convenait mieux au Palais que la latinité élégante de Cujas et de Douaren.

Les XVIIe et XVIIIe siècles ne fournissent pas d'ailleurs de grands romanistes : Vinnius († 1665), Paul Voet († 1667) et Jean Voet († 1714), Noodt († 1725), Heineccius († 1741) enseignent en Hollande ou en Allemagne et

sont à peu près inconnus en France. Seul, le commentaire des Pandectes de Pothier, paru en 1748, figurera normalement dans la bibliothèque des praticiens.

Le Code civil. — Dès le 5 juillet 1790, l'Assemblée Nationale décida « qu'il serait fait un code général de lois simples et claires appropriées à la constitution » et la Constitution de 1791 répète : « Il sera fait un code des lois civiles communes à tout le royaume. » Cependant, les assemblées révolutionnaires durent régler les questions les plus urgentes : le mariage, le divorce, le régime successoral et les testaments. Des lois, des décrets innombrables furent votés qui eurent le mérite de créer une langue législative nouvelle : tandis que dans les anciennes ordonnances il fallait dégager la pensée de phrases embarrassées et encombrées d'incidentes, le style nouveau est ferme et limpide, sans concession à l'emphase et à la déclamation qui marquent l'éloquence de l'époque. Comme le dit Tocqueville (*Ancien Régime*, chap. VIII), si 1789 fut un temps d'inexpérience, il fut aussi un temps de générosité, de virilité et de grandeur.

Le Consulat marque, dans le domaine législatif, une réaction modérée et un retour à la tradition. Le 7 août 1793, sur l'ordre de la Convention, Cambacérès avait rédigé son premier projet de Code civil dont la discussion fut interrompue ; un second projet eut le même sort. Sous le Directoire, l'examen d'un troisième projet du même Cambacérès fut interrompu par le 18 brumaire. Sous le Consulat, un arrêté du 24 thermidor an VIII chargea enfin Tronchet, Portalis, Bigot-Préameneu et Maleville de rédiger le projet définitif. Quatre mois de travail y suffirent. Le Tribunal de Cassation et les Tribunaux d'appel furent consultés et la discussion, présidée par Bonaparte ou, en son absence, par l'inévitable Cambacérès, fut poursuivie au Conseil d'Etat. Le Tribunat et le Corps législatif, suivant le système de la Constitution de l'an VIII, furent saisis du projet. Le Tribunat, ayant manifesté des velléités d'opposition, fut épuré le 16 thermidor an X ; ensuite, dans l'espace d'une année, trente-six lois furent votées qui furent réunies par la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) sous le titre de *Code civil des Français*. Deux mois après (18 mai 1804), Bonaparte était proclamé empereur des Français.

L'éloge du Code civil a été fait si souvent qu'il n'y a pas à le refaire : il convenait parfaitement à la société du XIXe siècle et à la bourgeoisie conquérante ; ses rédacteurs ont été souvent loués d'avoir saisi l'état des mœurs, de s'y être adaptés et d'avoir répudié tout idéal philosophique. Ils étaient tous hommes de l'Ancien Régime et ils demeuraient fidèles à la doctrine et à la jurisprudence du XVIIIe siècle, au point que certains articles du Code ne se comprennent que par référence aux controverses anciennes. Ses premiers interprètes — Toullier notamment — accentueront encore cette tendance.

Le Code civil apparaît ainsi comme l'aboutissement du droit commun coutumier dont il reprend les idées pour les pousser à l'extrême. Exaltant le droit romain, élevant en dogme la propriété individuelle, réglant l'ordre successoral sur la volonté présumée du défunt, il rompt avec ce qu'il y avait encore de vivant et de progressif dans notre ancien droit.

ÉTAT DES QUESTIONS

LE DROIT FRANC a toujours été le domaine d'élection de constructions théoriques auxquelles on apporte aujourd'hui d'innombrables contradictions de détail qui ne vont pas, elles-mêmes, sans être érigées en système (cf. p. 276 et p. 384). Une excellente mise au point est présentée par Lucien MUSSET, *Les invasions les vagues germaniques*, 1965 (« Nouvelle Clio », XII), qui donne toutes les références générales.

La *personnalité des lois*, par exemple, apparaissait comme un principe premier auquel on donnait même une signification ethnique. Or, outre les difficultés d'application pratique qui sont certaines, on en vient à mettre en question le principe lui-même :

1) En Espagne, par exemple, l'on admettait dès le VIe siècle la territorialité de la loi ; mais celle-ci aurait existé sous les premiers rois visigoths : A. GARCIA GALLO, Nacionalidad y territorialidad del derecho, *AHDE*, 1936-41, p. 168-264 ; W. REINHART, Über die Territorialität der Westg. Gesetzbücher, *ZSS*, *Germ.*, 1951, p. 348-354. La question est liée à l'origine germanique attribuée au droit espagnol à la suite de HINOJOSA : Eugen WOLHHAUPTER, Das germ. Element in altspanischen Recht, *ZSS*, *Germ.*, 1948, p. 166-173. Une réaction catégorique est venue d'Alvaro d'ORS, *Estudios visigoticos*, II : *El Codigo de Eurico*, Madrid, 1960 ; aussi *Settimane*, t. III, 1955, p. 363-408. Le Code d'Euric représenterait non un droit germanique adultéré, mais un droit latin vulgaire, forcément d'application territoriale.

2) En Bourgogne, l'opposition que l'on faisait entre la *loi Gombette*, rédigée par Gondebaud pour ses sujets barbares, et le *Papien*, destiné aux sujets romains, est pareillement critiquée : W. ROELS, *Onderzoek naar het gebruik van de aangehaalde bronnen van Rome in Recht in de L.R.B.*, Anvers, 1958 (c.r. CHEVRIER, *BECh*, 1960, p. 206).

3) La loi des Ripuaires serait elle-même, plutôt qu'un témoignage du vieux droit germanique, une rédaction effectuée vers 633 du droit appliqué dans le petit royaume austrasien de Sigebert, droit qui subirait l'influence à la fois de la loi salique et de la loi burgonde : Franz BEYERLE et Rudolf BÜCHNER, *Lex Ribuaria*, Hanovre, 1954 (M.G.H., *Leges*, III, 2) et le c.r. CHEVRIER, *BECh*, 1956, p. 251. La *Lex Romana Curiensis*, rédigée dans la première moitié du VIIIe siècle et apparentée à la loi romaine des Visigoths, est publiée par El. MEYER-MARTHALER, Aarau, 1959.

Les lois germaniques dateraient de l'époque mérovingienne : la *lex Alamannorum* serait une œuvre ducale, la *lex Baiuvariorum*, une œuvre royale : Franz BEYERLE, Die beiden süddeutschen Stammesrechte, *ZSS Germ.*, 1956, p. 84-140. On peut enfin utiliser les coutumiers suédois qui confirment les indications fournies par TACITE ; le droit n'aurait pas changé jusqu'aux XIIIe et XIVe siècles : Karl WUHRER, Die schwedischen Landschaftsrechte und Tacitus, *ZSS*, *Germ.*, 1959, p. 1-52.

Il n'en demeure pas moins que la personnalité des lois était connue des Romains et pratiquée par eux dans leurs rapports avec les pérégrins, que

son application est attestée par de nombreux textes de l'époque mérovingienne et qu'elle a été admise en Gaule du VIe au IXe siècle : Paulo MEREA, *Estudios de direito visigótico*, Coïmbre, 1948, p. 199-248.

L'idée d'un *Volksrecht* est exprimée par l'école historique allemande, comme par BRUNNER : son exposé le plus modéré est fourni par Ludwig MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in dem östlichen Provinzen des römischen Reichs*, Leipzig, 1891 ; aussi E. SCHÖNBAUER, Reichsrecht gegen Volksrecht ? et Reichsrecht, Volksrecht und Provinzialrecht, *ZSS*, *Rom.*, 1931, p. 277-335 ; 1937, p. 309-355. Pour l'école historique allemande, le droit n'est pas une création de l'intelligence ou de la raison ; « c'est dans la commune conscience du peuple que vit le droit positif ; aussi peut-on l'appeler le droit du peuple... Le droit positif sort de cet esprit général qui anime tous les membres d'une nation» (SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, t. I, p. 14). La coutume est la révélation d'un droit qui existe même avant d'être formulé. Pour DUGUIT, la norme existe dans la masse des consciences individuelles, tournées forcément vers la « sociabilité » et la justice.

Quant à l'idée du *droit vulgaire*, déjà très nettement exprimée par BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunden*, Berlin, 1880 ; *Grundzuge*, 7e éd., Leipzig, 1923 ; *Forschungen zur Gesch. d. deutschen und französischen Rechtes*, Stuttgart, 1894, elle a été reprise par des auteurs italiens : Enrico BESTA, Arrigo SOLMI, critiquée par BRANDILEONE, *Scritti di storia del diritto privato*, t. I, Bologne, 1931, précisée à l'occasion des *Sentences de Paul* par LAURIA, SCHERILLO, VOLTERRA, développée enfin avec un grand talent par Ernst LEVY, *ZSS*, *Rom.*, 1929, p. 230 ; *Atti Congr. di diritto rom.*, Rome, 1933, t. II, Pavie, p. 29 ; *Medievalia et humanistica*, t. I, 1943, p. 14 ; enfin *West roman vulgar Law*, Philadelphie, 1951 (cf. t. II, p. 108 ; GAUDEMET, *RHD*, 1953, p. 288-296 ; G. CASSANDRO, *Atti del Congr. dir. rom.*, Vérone, 1951, t. II, p. 381 ; G. BRAGA DA CRUZ, *Boletim da Fac. de Coimbra*, 1949, p. 197).

La *langue des actes* est très révélatrice de l'évolution. Le mot *jus* n'est plus employé par le latin vulgaire et il ne réapparaîtra qu'avec le droit romain et pour désigner celui-ci. Le mot commun est plutôt *rectum* (angl. : *right* ; all. : *Recht*), *directum* (qui prévaudra dans toutes les langues romanes et était donc d'usage courant au Ve siècle). Ce qui n'est pas sans rappeler la métaphore chrétienne du « chemin », de la « voie droite », donnée par la loi de Dieu, et implique une « direction ». On a pu, de ce fait, trouver dans le mot *directum* un sens moral (Cesarini SFORZA, *Jus e directum*, 1930, p. 80 ; CALASSO, *Medio evo del Diritto*, Milan, 1954, p. 475 ; et, pour le droit romain, E. ALBERTARIO, *Etica e Diritto romano*, *Studi*, t. V, Milan, 1937, p. 3-20 ; ISIDORE DE SÉVILLE, *Etym.* V, 20, repris par GRATIEN, I, dist. 1, c. 3-5). De là on passe à l'opposition courante dans les actes dès le XIe siècle (t. I, p. 390) et reprise par les moralistes et les troubadours (P. OURLIAC, Troubadours et Juristes, *Cahiers de Civilisation médiévale*, 1965, p. 159-177) du « droit » et du « tort ». Sur l'Espagne : A. GARCIA GALLO, Jus y derecho, dans *Real Academia*, Madrid, 1961 ; J. COSTA, Concepto del derecho en la Poesia popular española, dans *Estudios juridicos y politicos*, Madrid, 1884.

Autre remarque importante faite par F.-L. GANSHOF, Recherches sur

les capitulaires, *RHD*, 1957, p. 33-87 et 196-246 : avant le couronnement de Charlemagne, il y a très peu de choses sur le droit de la famille dans les capitulaires. Le droit ancien perdrait, pour le parti « impérialiste », son caractère sacré.

La COUTUME, à l'opposé du « droit », apparaît, au contraire, comme une expression concrète de l'ordre social, hors de toute signification morale. Il existe de « mauvaises coutumes » que le roi a le devoir d'abolir et de « louables coutumes » qui sont à garder. Le mot *consuetudo* ne signifie, à l'origine, que « redevance annuelle » et l' « homme coutumier » est celui qui la paye (cf. *Etabl. saint Louis*, I, 92), qui est tenu *juxta consuetudinem terre*. Souvent aussi, le mot *consuetudo* prend le sens qu'il possède dès le IXe siècle de *functio publica* : en Normandie, le duc concède des *consuetudines*, c'est-à-dire les droits qu'il possédait, à des abbayes. Les « coutumes ducales » comme les « coutumes royales » anglaises ne sont autre chose que des droits régaliens. Aux XIe et XIIe siècles, dans les actes, la coutume apparaît comme la loi d'un domaine. On emploie dans le même sens *usus*, usage ; le mot *forum*, usité en Espagne (cf. *fuero*) et dans les Pyrénées (les « fors » de Béarn), rappelle certainement l'intervention d'un tribunal (A. GARCIA GALLO, Aportación al estudio de los fueros, *AHDE*, 1956, p. 390).

Le passage du sens ancien de *consuetudo* au sens de « coutume générale du pays » est très net dans les chartes de l'extrême fin du XIIe siècle : *Layettes du Trésor des chartes*, nº 322, 748, 1318... ; *Olim*, Tables, vº *consuetudines*). Cf. encore J.-F. LEMARIGNIER, La dislocation des « pagus » et le problème des consuetudines, *Mél. Halphen*, 1951, p. 401-415.

Sur les *frontières coutumières* et les marches, il faut toujours se référer à E. CHENON, Les marches séparantes d'Anjou, Bretagne et Poitou, *NRH*, 1892, p. 18-62 et 165-211 ; 1897, p. 62-80 ; Le « pays » de Berry et le « détroit » de sa coutume, *NRH*, 1914, p. 569-610, 760-807 ; 1916, p. 110-162, 511-544. R. GENESTAL, La formation et le développement de la Coutume de Normandie, dans *Trav. Sem. hist. droit normand* (de Guernesey), 1927, p. 37-55. La notion de « frontière » est moins étrangère au Moyen Age qu'on ne l'a dit ; l'incertitude est de règle (G. DUPONT-FERRIER, L'incertitude des limites territoriales en France, *CRAI*, 1942, p. 62 ; abbé CHAUME, *Les origines du duché de Bourgogne*, t. II-1, p. 68), au point qu'on a pu prétendre que l'on devait parler de « zones d'influence » : DELCAMBRE, Géogr. hist. du Velay, *BECh*, 1937, p. 57. Le ressort des coutumes est, en tout cas, bien souvent antérieur aux dominations politiques : GENESTAL, *ouvr. cité*, p. 19 ; J.-F. LEMARIGNIER, *Recherches sur l'hommage en marche et les frontières féodales*, 1945, p. 20, citent un exemple excellent ; vingt-quatre paroisses normandes vers Gournay suivaient la coutume de Picardie car elles n'avaient été rattachées à la mouvance normande que vers 1079 ; au XVIe siècle encore, ces paroisses jouissaient d'usages particuliers. L'exemple prouve, en tout cas, deux points bien mis en valeur par GENESTAL : 1º Les coutumes sont bien fixées dès le XIe siècle ; 2º Au XIIIe siècle, la domination politique paraît si bien impliquer l'unité coutumière (dans le cas, il est vrai, très particulier de la Normandie qui possède de bonne heure cette unité) que l'exemple de Gournay est cité comme une anomalie. Ailleurs, c'est l' « émiettement de

la souveraineté et de la justice souveraine qui a amené, en France, un grand nombre de coutumes différentes... Les frontières politiques ont déterminé nettement les frontières judiciaires et coutumières ». J. YVER, *RHD*, 1952, p. 5, allègue l'exemple du Passais annexé en 1049 et régi par la coutume normande : ce qui impliquerait que celle-ci s'est cristallisée entre 1050 et 1080, c'est-à-dire sous le règne de Guillaume le Conquérant dont la justice aurait su imposer l'application des règles coutumières.

L'*évolution du Midi* a été plus chaotique, au point que la géographie coutumière y demeure fort imprécise. P. OURLIAC, Coutumes et dialectes gascons, *Mélanges Lévy-Bruhl*, 1959, p. 459-470. Sur un cas curieux de « colonisation juridique », Pierre TIMBAL, *Un conflit d'annexion au Moyen Age : l'application de la coutume de Paris au pays d'Albigeois*, 1950 (c. r. OURLIAC, *BECh*, 1951, p. 321).

Dans quelle mesure pouvait-il exister des *coutumes propres à une famille* ? La réponse est certainement affirmative jusqu'au XVIe siècle : le droit des vicomtes de Thouars fut aboli lors de la révision de la coutume de Parthenay (1544). Sous l'autorité du président Séguier, le Parlement de Paris rendit des arrêts hostiles au droit particulier des familles de Dreux (1551), de Laval (1565), de Monboissier (1571).

La discussion — qui mériterait d'être reprise — est toujours ouverte sur le *droit du roi de modifier les coutumes de droit privé*. Au XVIe siècle, DU TILLET et BODIN maintiennent que les rois ne peuvent abolir les coutumes « pour tollir leurs droits car les coutumes sont accordées par les sujets, non ordonnées par le roi ». On admettait pourtant — ce sera l'idée même qui présidera à la rédaction — que le roi peut approuver les coutumes (si elles sont « raisonnables ») et doit les modifier (si elles sont mauvaises) : Pierre de FONTAINES, XXII, 32 ; BEAUMANOIR, n° 683 et 1758 ; *Summa*, X, 1. Pour les théoriciens de la monarchie absolue (et, depuis le XVe siècle, pour les procureurs du roi au Parlement) l'autorité du roi ne peut être limitée par les coutumes. En fait, pourtant, les interventions du roi sont fort rares ; la plupart des ordonnances royales visent la réformation de la justice, c'est-à-dire le droit public ou la procédure ; l'édit des secondes noces de 1560 (p. 290) fut provoqué par un scandale et peut apparaître comme une loi de police. Au XVIIIe siècle, les ordonnances de DAGUESSEAU seront présentées comme destinées à faire cesser les diversités de jurisprudence entre les Parlements, sans rien changer au droit ancien (p. 500).

Pour LE DROIT COUTUMIER, toute étude doit utiliser en premier lieu le *Nouveau Coutumier général ou Corps des coutumes générales et particulières de France et des provinces connues sous le nom des Gaules* de Ch. BOURDOT DE RICHEBOURG, 4 vol., Paris, 1724, qui contient le texte de toutes les coutumes rédigées ou réformées et les procès-verbaux de ces rédactions. Le meilleur tableau des coutumes (et la carte de la France coutumière) sont dus à Henri KLIMRATH, *Travaux sur l'histoire du droit français*, 1843.

Pour les *coutumes des XIIIe et XIVe siècles*, on se référera souvent au *Conseil à un ami* de Pierre de FONTAINES (vers 1258 ; éd. MARNIER, 1846), au *Livre de Jostice et de Plet* (cité *Jost.* ; vers 1260 ; éd. RAPETTI, 1850 ;

cf. H. STEIN, *NRH*, 1917, p. 346-382), aux *Etablissements de saint Louis* (cités *Etabl.* ; vers 1272 ; éd. P. VIOLLET, 4 vol., 1881-1886), aux *Coutumes de Beauvaisis* de Philippe de BEAUMANOIR (vers 1283 ; éd. SALMON, 2 vol., 1899-1900), au *Très ancien coutumier de Normandie* (vers 1200-1220) et au *Grand Coutumier de Normandie* ou *Summa de legibus* (vers 1258 ; éd. J. TARDIF, 3 vol., 1881-1903 ; cf. R. BESNIER, *La Coutume de Normandie : histoire externe*, 1935), à la *Très ancienne coutume de Bretagne* (vers 1320, éd. PLANIOL, 1896), au *Grand Coutumier de France* (éd. LABOULAYE et DARESTE, 1868), au *Livre des droiz et commandemens d'office de justice* (éd. BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, 1865), à la *Somme rurale* de Jean BOUTILLIER (vers 1390 ; éd. 1603 ; cf. ESMEIN, *NRH*, 1895, p. 48 ; LEFAS, *RHD*, 1935, p. 89 ; G. VAN DIEVOET, Louvain, 1951, et c.r. VAN CAENEGEM, *RHD*, 1952, p. 260), aux *Assises de Jérusalem* (*Livre au roi*, vers 1205, *Livre* de Ph. de NOVARRE vers 1255, *Livre des assises*, de Jean d'IBELIN, 1265, éd. BEUGNOT, 2 vol., 1841-1843 ; cf. M. GRANDCLAUDE, 1923 ; J. PRAWER, *RHD*, 1954, p. 198-227 ; 358-382) ; enfin aux arrêts du Parlement de Paris de 1254 à 1318 publ. par BEUGNOT, *Les Olim*, 4 vol., 1839-1848, et à Jean LE COQ, qui relate des arrêts de 1383 à 1398 (Marg. BOULET, *Questiones Johannis Galli*, 1944).

Pour les *différentes coutumes*, on mentionnera seulement : *Anjou et Maine :* BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, 1877 ; *Artois :* éd. TARDIF, 1883 ; HIRSCHAUER, La rédaction des coutumes d'A. au XVIe s., *NRH*, 1918, p. 43-74 ; *Berry :* E. CHENON, *NRH*, 1905, p. 581-612 ; *Champagne :* P. PORTEJOIE, *L'ancien coutumier de Ch.* (XIIIe siècle), 1956 ; *Chaumont :* G. CHEVRIER, *MHDB*, 1961, p. 143 ; *Epinal :* éd. Ch. FERRY, 1892 ; *Lorraine :* J. IMBERT, *Annales de l'Est*, 1950, p. 35-54 ; éd. BONVALOT, 1878 ; *Lorris :* éd. Ad. TARDIF, 1885 ; M. PROU, *NRH*, 1884, p. 296 ; *Metz :* J.-J. SALVERDA DE GRAVE, E.-M. MEIJERS et J. SCHNEIDER, t. I (Jugements), 1951 ; t. II (Le droit coutumier), 1965 ; *Pays-Bas :* J. GILISSEN, *TR*, 1950, p. 36-67 et 239-290 ; *Picardie :* éd. MARNIER, 1840 ; *Poitou :* René FILHOL, *Le vieux coustumier de Poictou*, 1956 ; *Sens :* G. CHEVRIER, *MHDB*, 1952, p. 216 ; *Verdun :* éd. MEIJERS et SALVERDA DE GRAVE, 1940 ; *Vermandois :* éd. BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, 1858.

Parmi les recherches récentes sur les coutumes, il faut toujours mettre hors de pair les travaux de G. CHEVRIER sur les coutumes bourguignonnes, complétés par ceux de J. BART et de J. YVER, *Egalité entre héritiers et exclusion des enfants dotés ; Essai de géographie coutumière*, 1966 ; Caractères originaux du groupe des coutumes de l'Ouest, *RHD*, 1952, p. 18-79 ; Les deux groupes de coutumes du Nord, *Rev. Nord*, 1953, p. 198-220, et 1954, p. 536 ; *Les caractères originaux de la coutume de Normandie* (Extr. *Mémoires Académie de Caen*, t. XII, 1952). Enfin, Fr. OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, 2 vol., 1914-1930, résumé dans *La coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, 1925, a donné une véritable somme du droit parisien.

La définition de *groupes coutumiers* ne peut aller sans incertitude. Les coutumes de marche — celle du Poitou, par exemple — subissent des influences diverses. Le rayonnement de la coutume de Paris est lié à celui

de l'autorité royale ; l'autorité et l'influence de la coutume d'Anjou doivent beaucoup à l'existence d'un Etat angevin. Jean MASUER, conseiller du duc de Bourbonnais en 1449, a certainement beaucoup fait pour « romaniser » *fes* coutumes de Bourbonnais et d'Auvergne qu'il commente dans sa *Practica lorensis*.

Aux idées mutationnistes, exprimées par exemple par FOCKEMA ANDREAE, ou vaguement évolutionnistes de bien des auteurs du début du siècle (encore reprises par OLIVIER-MARTIN pour qui le retrait lignager serait né « spontanément en coutume » ; cf. t. II, p. 408) ; aux recherches plus systématiques ou plus précises de J. FICKER, *Untersuchungen zur Erbenfolge d. östgerm. Rechts*, 6 vol., 1891-1904 (cf. R. CAILLEMER, *Annales Aix*, 1906, p. 32-58 ; 1907, p. 1-39 ; p. 207-224) et de E.-M. MEIJERS, *Le droit ligurien de succession*, 1928 ; *Het west-brabantsche Erfrecht*, 1929 ; *Het oost-vlaamsche Erfrecht*, 1936 ; *Het west-vlaamsche Erfrecht*, 1952, qui posent toujours le « substratum ethnique », M. YVER a eu le mérite de substituer une étude critique et pleinement convaincante. Sur les rapports qui peuvent exister entre le développement juridique et l'origine des populations : Heinrich MITTEIS, *ZSS*, *Germ.*, 1943, p. 136-214 ; mais le problème demeure de savoir si la coutume qui prévaut en définitive est celle de la minorité victorieuse ou de la majorité vaincue.

M. YVER a parfaitement caractérisé un groupe des coutumes de l'Ouest, les groupes du Nord et le groupe parisien. D'autres groupes coutumiers ont pu exister qui ont perdu, aux XIVe et XVe siècles, quand apparaissent nos premiers documents, leur homogénéité : ainsi, sans doute, le groupe champenois dont M. YVER, *Géogr. coutumière*, p. 147, a pu restituer quelques-uns des caractères.

L'évolution du *droit alsacien* est, d'autre part, très particulière : E. CHAMPEAUX, L'ancien droit de l'Alsace, dans *Introduction du droit civil français en Alsace et en Lorraine*, 1925, p. 1-32 ; J. HIMLY et Chr. WILSDORF, Les principales sources du droit privé en Alsace, dans *Rev. d'Alsace*, 1956, p. 18-30. La tradition romaine a été dans le pays très vivace et elle persistera au moins jusqu'au VIIIe siècle. Comme dans le Midi, il existe de très nombreuses coutumes (qu'étudie R. GANGHOFFER), spécialement celle de Strasbourg et, en Haute-Alsace, celle de Ferrette (éd. BONVALLOT, 1870). Le droit romain sera reçu au XVIe siècle, moins sous l'action de la « Reichskammergericht », créée en 1495 (P. KOSCHAKER, *Europa und das röm. Recht*, 2e éd., 1953, p. 244) que sous celle de praticiens et d'ouvrages de vulgarisation (M. PALLASSE, La renaissance du droit romain en Alsace du XIIIe au XVIe siècle, *MHDB*, 1956, p. 83-106). Sur le droit vaudois, Jacques BERCHER, *Approche systématique de l'ancien droit vaudois (888-1250)*, 1964 (c.r. PARTSCH, *ZSS*, *Germ.*, 1965, p. 456).

Deux facteurs doivent toujours être étudiés : la *réception du droit romain* et l'*influence des villes*. Sur la réception, qui a donné lieu à bien des travaux (cités t. I, p. 93), il n'y a pas de meilleure étude que celle de J.-Ph. LÉVY, La pénétration du droit savant dans les coutumiers angevins et bretons, *TR*, 1957, p. 1-53. Une singularité, la Frise, étudiée par M. FEENSTRA cf. *RHD*, 1956, p. 476), où l'on passe brusquement du droit local au droit

romain, sans doute parce que le droit frison, en raison même de son archaïsme, paraissait trop imparfait. Pour les particularités du droit urbain dans le Nord : F.-L. GANSHOF, Le droit urbain en Flandre, *TR*, 1951, p. 387-416, et les études de R. MONIER (éd. *Livre Roisin*, 1932 ; *Lois, enquêtes et jugements des Pairs du Castel de Lille*, 1937). En Espagne apparaît bien, d'autre part, une distinction entre les fors et le « droit de la terre » qui aurait préexisté : par exemple, à propos de l'introduction de R. GIBERT à la publication des Fors de Sepúlveda, OURLIAC, *RHD*, 1955, p. 600.

Sur LE DROIT COMMUN COUTUMIER, le meilleur travail est celui de R. FILHOL, *Le premier président Cristofle de Thou et la réformation des coutumes*, 1937. Vincenzo Piano MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milan, 1962. P. PETOT, Le droit privé français au XVIe s., *Umanesimo e Scienza politica* (Atti congresso int. Studi Umanistici, Rome-Florence, 1949), Milan, 1951, p. 350. Il faut toujours se reporter aux notes d'une finesse extrême de Edm. MEYNIAL, Remarques sur le rôle joué par la doctrine et par la jurisprudence dans l'œuvre d'unification du droit en France, *Rev. générale Droit*, 1903, p. 326-351 ; 446-457 ; Les traits originaux de l'ancien droit français, *TR*, 1923, p. 401-421. Cf. aussi le curieux article de J. P. DAWSON, dans *Michigan Law Review*, 1940, p. 765-818.

Au XVIIIe siècle, l'unification du droit devient une préoccupation du gouvernement. Après VAN KAN qui avait étudié les « efforts de codification » (1929), H. REGNAULT a consacré trois beaux volumes à l'œuvre de Daguesseau ; cf. aussi l'*Institution au droit public*, éd. L. RIGAUD, 1955, et dans *Le chancelier Henri-François d'Aguesseau*, Limoges, 1953, spécialement les articles de J. CARBONNIER et de M. GARAUD. L'œuvre de Maupeou, moins connue, a été signalée par R. VILLERS, Un projet de réforme de la coutume de Normandie, *RHD*, 1956, p. 356-375. Maupeou veut faire un « Code général de la France » avec ce qui était commun à toutes les coutumes ; former ensuite une « coutume mère ». Le secrétaire de Maupeou (et peut-être l'auteur de ce projet) n'était autre que le futur consul LEBRUN, duc de Plaisance.

Sur le *Code civil*, on peut extraire d'une littérature assez considérable : A. ESMEIN, *Livre du Centenaire*, 1904, p. 5 ; L. SCHIMSEVITCH, *Portalis et son temps*, 1936 ; A. ARNAUD, *Les origines doctrinales du C. civ.*, th. Strasbourg (dact.), 1964. Les discussions au Conseil d'Etat et les travaux préparatoires ont fait l'objet des deux publications utiles de J.-G. LOCRE, an XII, et de P.-A. FENET, 1827, à compléter par J. de MALEVILLE, 1807.

PREMIÈRE PARTIE

LA FAMILLE

Peu d'institutions sociales évoluent aussi vite que la famille : la famille moderne n'est plus celle du Code civil et elle change encore sous nos yeux, plus sous l'action des mœurs et de l'économie que par l'effet des modifications législatives. Les rapports de propriété, de production, de travail, de consommation, les idées religieuses ou morales, les conceptions politiques concourent à donner à la famille des caractères qui tiennent à l'époque, au pays ou à la classe.

SOCIOLOGIE ET HISTOIRE. — L'étude sociologique dépasse ici l'étude juridique, mais celle-ci peut, en revanche, fournir au sociologue une typologie fondée sur des données sûres : c'est la raison pour laquelle nous étudierons des types bien différenciés de famille qui correspondront aux grandes périodes de l'histoire du droit : romaine, franque, médiévale, monarchique.

Pour chaque époque apparaîtra d'ailleurs la même difficulté : chaque famille tend à avoir ses pratiques et ses usages, parfois même ses croyances, son culte ou sa chapelle ; chaque groupe familial aspire à affirmer son particularisme. Une étude juridique qui vise, forcément, le général peut encourir, ici, plus encore que pour d'autres institutions, le reproche de généralisation ou d'abstraction. Elle demeure valable, cependant, autant du point de vue du sociologue que de celui de l'historien :

1) Pour le sociologue, il n'existe pas une « famille romaine » ou une « famille médiévale », mais bien des conceptions diverses de la famille qui tiennent aux milieux et aux esprits : on ne peut aujourd'hui traiter sans déformer quelque peu la réalité ni de la « famille française », ni même de la « famille ouvrière » ou de la « famille bourgeoise ». Cependant, l'appartenance à une classe (et plus encore l'idée que l'on s'en fait) a toujours joué un rôle régulateur, de même qu'entre les classes l'imitation a imposé le modèle de familles types. L'exemple de la famille royale était jadis aussi souvent invoqué en France qu'il l'est encore aujourd'hui en Angleterre. On a pu parler, en ce sens, de « famille drapeau » (*Sociologie comparée de la famille contemporaine*, 1955, p. 188).

2) Du point de vue de l'histoire, la famille ne peut jamais être détachée de l'ensemble social. Elle subit les tensions mêmes de la société ou participe

à son équilibre. L'historien du droit étudie avec prédilection les époques d'équilibre en les idéalisant parfois quelque peu ; mais il ne peut oublier que toute monographie est limitée et, en somme, arbitraire. L'équilibre apparent d'une société ne doit pas faire oublier le jeu confus des forces diverses qui préparent ou annoncent les transformations ultérieures. Il a existé une « famille du Code civil » qui était celle des « bourgeois conquérants » : elle représentait un milieu et un mode de vie fondés sur la stabilité du patrimoine, la soumission au moins apparente de la femme et des enfants, le respect aussi de certains idéaux d'ordre et de tradition qui constituaient les « valeurs bourgeoises ». Une telle famille a pu apparaître comme une formation sociale imposée par des conditions objectives. Elle n'est pourtant, même au XIXe siècle, qu'un « modèle » plus ou moins exactement repris et elle subit déjà l'action de forces centrifuges.

Ainsi en est-il à toutes les époques : aux facteurs de permanence s'opposent des facteurs d'évolution. L'équilibre est maintenu par la règle de droit : une loi nouvelle peut accélérer une évolution ou imposer une réforme, reconnaître des droits aux familles nombreuses ou permettre le divorce, par exemple. Un droit coutumier répugne, au contraire, aux nouveautés et reste fidèle au passé.

LA PARENTÉ. — La famille est fondée sur la parenté que nous identifions avec le fait naturel créé par le lien du sang.

Le droit romain comme le droit franc avaient déjà la même conception. Mais cette parenté naturelle n'est jamais ni pleinement reconnue, ni tout à fait exclusive : elle peut être imitée par l'adoption ou l'affrèrement qui créent des parentés fictives, étendue par l'alliance aux parents du conjoint ou même spiritualisée pour devenir ce lien de *cognatio spiritualis* qui, pour le droit canonique, unit parrain et filleul. La famille ancienne est un état de droit, d'où découlent certains faits et non, suivant la tendance moderne, un état de fait d'où découlent certains droits (Marcel MAUSS, L'organisation domestique, dans *Traité d'ethnographie*, 1947, p. 125).

C'est que la physiologie ne va pas sans mystique. Il existe une mystique de la parenté, de la race, du sang, du clan ou de la tribu ; mais il existe aussi des parentés mystiques où la physiologie n'a plus aucune part : le clan totémique réunit tous les membres d'un même groupe ; il en est de même de la *gens* romaine, qui peut représenter la famille originaire du Latium (G. DAVY, La famille et la parenté d'après Durkheim, dans *Sociologues d'hier et d'aujourd'hui*, 1931, p. 147).

On sait que les ethnologues ont longuement étudié les sociétés « primitives » et leurs études ont été utilisées pour le très ancien droit romain ou pour le droit franc. Les comparaisons ainsi faites sont toujours, pour l'histoire du droit, une école de prudence ; mais elles fournissent quelques résultats assurés et aussi des cadres précis :

1) La prudence vaut pour des théories souvent admises : on ne croit plus ni à une promiscuité primitive (imaginée jadis par J. J. BACHOFFEN, *Das Mutterecht*, Stuttgart, 1861), ni à un communisme familial. On n'admet plus guère ni que la parenté maternelle ait précédé historiquement la parenté paternelle, ni que le matriarcat soit la forme originaire de la famille, ni même

que les droits reconnus à la mère tiennent forcément à l'incertitude de la filiation paternelle. La parenté patrilinéaire peut exister dans des sociétés archaïques et, au contraire, on peut découvrir dans un droit relativement évolué (le droit grec ou le droit franc, par exemple) des traces non équivoques de filiation utérine. En fait, les deux lignes, paternelle et maternelle, sont toujours considérées, mais on ne leur accorde pas la même importance.

Il n'est même pas certain que la parenté soit liée aux formes de l'économie et que, par exemple, l'existence du clan convienne à un peuple de chasseurs, le type patriarcal à un peuple de pasteurs, le matriarcat à un peuple d'agriculteurs (E. GROSSE, *Die Formen der Familie und die Formen der Wirtschaft*, Fribourg-en-Br., 1896) : à toute règle trop absolue on peut toujours opposer une exception fort nette.

L'existence de clans totémiques où la parenté est fondée non sur la consanguinité, mais sur la communauté de totem, est certaine ; pourtant Durkheim lui-même a renoncé à découvrir à l'origine de toute civilisation une organisation totémique : il faut, ici encore, renoncer à découvrir une loi d'évolution générale et n'user de comparaison qu'avec prudence.

2) Deux conclusions, cependant, paraissent établies par les travaux des sociologues :

a) La parenté, autant et plus qu'un lien physique, est un lien social ; essentiellement, elle est appartenance à un groupe et elle implique, vis-à-vis de celui-ci, des droits et des devoirs : entre membres d'un même groupe existe une solidarité — de nom, de pensée, d'intérêts — qui a forcément pour contrepartie l'hostilité pour l'étranger. Chaque peuple a ses symboles et Fustel de Coulanges a défendu l'idée qu'à Rome, par exemple, c'était la religion qui fixait la parenté (*Cité antique*, chap. V). Au Moyen Age, le parent, c'est l'ami « charnel » et le lien de chair et de sang prend une importance nouvelle : dans *Lancelot du Lac*, la fraternité fictive naît de l'échange de sang. L'exaltation du lignage traduit bien à l'époque féodale la force reconnue à la parenté.

b) L'idée de parenté est elle-même fort variable. Pour les Romains, le *pater*, c'est l'ancêtre *(Pater Æneas)*, le personnage respectable (les *patres conscripti*), tout autant que le *paterfamilias*. Les mêmes mots désignent des parents de degrés différents *(nepos)*. On peut voir là la survivance d'une parenté « classificatoire » étudiée par les ethnologues : on désigne de la même manière tous les membres du groupe qui sont dans une même situation.

Les Romains ont calculé, comme le droit moderne, le nombre de degrés qui séparent les deux parents de leur ancêtre commun ; mais d'autres systèmes sont concevables, par exemple celui des parentèles (*infra*, n° 84) ; le droit canonique a usé, à l'imitation des textes bibliques, d'un calcul des « générations », dont il existe encore des traces dans le droit andorran (cf. OURLIAC, *Mélanges Maury*, 1961, p. 403-415).

3) Les sociologues ont enfin décrit des types de parentés ou de familles qui peuvent — sauf à être précisés par la suite — fournir des cadres utiles à une étude historique. Si on laisse de côté la discussion sur la *horde* primi-

tive — groupe d'individus errant à la recherche de la nourriture, dans lequel les liens de parenté ne seraient pas définis —, on peut distinguer trois types de famille :

a) Le *clan* est en un groupe de personnes liées par des liens de consanguinité ou d'adoption, les faisant remonter à un ancêtre commun, pratiquant un même culte, portant le même nom, habitant une même contrée, possédant souvent en commun les terres qu'ils cultivent. La parenté peut être agnatique ou utérine ; le mariage est normalement interdit entre membres d'un même clan, l'endogamie étant tenue pour un inceste ; enfin, l'ancêtre mythique peut être le *totem* qui donne son nom et son esprit à tous les membres du clan. Faut-il voir dans la *gens* romaine ou dans la *Sippe* germanique la survivance d'un clan ? Faut-il distinguer le clan et la tribu, celle-ci résultant de l'union de clans ? Faut-il même croire que le clan a précédé la tribu ou, au contraire, que la tribu s'est scindée en clans en même temps qu'apparaissait un régime de propriété indivise, de *consortium* communautaire ? La tribu est, en tout cas, moins fermée que le clan, même si elle demeure fondée souvent — comme les tribus germaniques — sur l'idée de race. Et le clan lui-même peut se différencier et acquérir une base territoriale jusqu'à devenir cette « grande famille » *(joint family)* que les Celtes auraient connue et dont les communautés du Moyen Age auraient gardé l'esprit.

b) La *famille patriarcale* est fondée non sur la communauté, mais sur l'autorité du chef, patriarche ou *pater* : tous les descendants lui sont soumis ; tous les biens lui appartiennent ; son droit ne connaît pas de limite et il l'exerce jusqu'à la mort, souvent même au-delà de la mort par le testament. Un tel système ne peut connaître qu'une parenté agnatique, elle-même fondée sur la puissance : *manus* romaine ou *mundium* germanique. La puissance s'exerce sur la *domus* et celle-ci dépasse le cadre proprement familial pour comprendre les clients, les hôtes et les esclaves. Au Moyen Age, le sentiment de famille sera lié à la « maison » plus que déterminé par l'affection.

Par sa cohésion, par sa hiérarchie, la famille patriarcale constitue la structure sociale élémentaire, au point de se substituer souvent à l'Etat et de le réduire, quand il existe, à ne plus être qu'une fédération de familles. Jusqu'à la Révolution, le roi s'est préoccupé de maintenir la « splendeur des familles ». Aujourd'hui encore, les civilisations rurales gardent volontiers les traditions patriarcales qui sont liées à un mode de vie et de travail : dans la maison paysanne, les générations coexistent mieux sous l'autorité du père et il se réalise comme une fusion de la famille et de la terre.

c) La *famille conjugale* des sociologues est réduite au groupe élémentaire : le ménage, composé du mari, de la femme et des enfants en bas âge. L'individu compte seul et l'institution du divorce peut mettre en question l'existence même de la famille. C'est dire que les idées de hiérarchie, de puissance, d'autorité, de permanence font place à des idées individualistes ou égalitaires, qu'inspirent la volonté des parents ou même des enfants, l'affection réelle ou présumée, l'égalité des époux, l'association des intérêts. L'élément de cohésion que représentait la patrimoine peut même disparaître. Les liens de parenté collatérale se distendent, jusqu'à ne plus être nettement perçus.

La famille moderne, la famille ouvrière surtout, répond parfaitement à ce type ; mais celui-ci peut exister même dans les sociétés dites primitives : on le retrouve à toutes les époques, en droit romain, comme dans l'ancien droit. Aux droits de la famille s'opposent en effet — dès que l'individu se dissocie du groupe — celui du ménage. C'est le conflit déjà posé par la Genèse (II, 24) et repris par tous les canonistes : « L'homme quittera son père et sa mère et s'attachera à son épouse et ils seront deux dans une même chair. »

LE MARIAGE. — Le mariage, en même temps qu'il crée le ménage et associe les époux, les éloigne de leur famille. Même aujourd'hui il n'est pas seulement un simple contrat, formé par la rencontre de deux volontés, mais une institution. Pour le juriste, le mot signifie que le *mutuus dissensus* ne peut pas détruire ce qu'a créé le *mutuus consensus* ; pour le sociologue, le mot implique que le mariage est un phénomène social : il a sa « charte » qui tient aux idées morales, aux doctrines religieuses, aux défenses et aux interdits ; il a ses normes et sa fonction, qui tiennent aux relations des époux et à la procréation des enfants ; il subit la « pression sociale », et spécialement la contrainte de la famille ; il est même par essence le point de rencontre et de conflit de l'individu — qui prétend à la liberté du choix et de l'amour — et du groupe familial — qui affirme son droit de contraindre ou de contrôler.

1) La famille l'emporte dans toutes les *sociétés primitives* au point que le mariage peut être collectif et concerner le clan tout entier : tous les hommes d'un groupe épousant les femmes d'un autre groupe ; ou encore les deux clans échangeant leurs filles pour les donner comme épouses à leurs fils.

2) Dans la *famille patriarcale*, l'autorité du père de famille est encore affirmée : c'est lui qui décide du mariage de ses fils ou de ses petits-fils ; il a la puissance sur ses belles-filles et la propriété des biens qu'elles possèdent.

3) Dans la *famille conjugale*, au contraire, le mariage devient essentiel ; la volonté des époux suffit, mais l'autorité publique la sanctionne en institutionnalisant le groupe familial qu'il crée. En définitive, comme l'écrivait G. Davy (*Sociologues d'hier et d'aujourd'hui*, 1931, p. 157) : « Les rapports de la famille et du mariage se sont peu à peu renversés au profit du mariage qui, désormais, dans la famille conjugale, fonde la famille et crée la parenté. »

MYTHES, CROYANCES ET DROIT. — L'étude de la parenté et du mariage fait bien apparaître, en tout cas, la diversité d'origine du droit qui les régit. Aujourd'hui encore, le droit de la famille apparaît, plus que tout autre, un système d'idées et de valeurs idéales. Les sociétés archaïques font aux rites, aux coutumes, aux mœurs une place plus grande encore et souvent exclusive.

La religion pose des interdits, plus que des règles d'action : de là l'importance des *tabous* dans la société clanique. On n'y découvre plus, comme Freud (*Totem et tabou*, 1913, trad. fr., 1924), une origine sexuelle, mais bien plutôt une discipline de l'instinct sexuel. Ainsi la prohibition de l'inceste et l'exogamie qui fournissent une première idée de la parenté.

Les Eglises, les classes, les groupes sociaux ont toujours prétendu imposer — avant l'Etat — leur discipline ou leurs idées aux familles. Leur action se traduit par des sanctions plus ou moins diffuses, déterminant le domaine

de l'obligatoire et du désirable. Il y a là ce que les sociologues qualifient d'« attitude morale », de « faits moraux » et dont ils essaient de rechercher l'action sur les autres phénomènes sociaux. A une morale traditionnelle, toujours défendue par la famille, s'oppose une morale utilitaire qui est celle du « capitalisme concurrentiel » (GURVITCH) ; à une morale des images ou des symboles, qui idéalise certains types et convient à des sociétés « mystiques » et populaires, s'oppose une morale impérative et bourgeoise, qui est celle de l'Etat césarien comme de l'Etat capitaliste, et une morale d'« aspiration » qui serait propre aux époques de crise ou de réforme, la fin de l'Empire romain, les croisades ou la Révolution.

On en vient à définir une typologie morale qui correspond aux « sociétés globales » : dans les sociétés patriarcales, la morale est traditionnelle et statique et non autoritaire ; la société féodale est plus ouverte et elle fait un plus grand appel au symbole et à l'idéal ; à la société monarchique convient une morale autoritaire qui répond aux formes nouvelles de l'organisation politique et, pour les classes sociales qui aspirent à s'émanciper ou à se libérer, une morale d'aspiration et de création.

Toutes ces représentations apparaissent bien dans le droit de la famille : celui-ci demeure pourtant le domaine privilégié de la tradition, soutenue elle-même par des images, telle l'image persistant encore du « bon père de famille ».

Transcendant les mythes, imposant sa morale, le christianisme va inspirer dès le IVe siècle les attitudes collectives. Son influence se fera sentir plus qu'ailleurs dans les relations de famille et c'est même pour celles-ci qu'apparaît le caractère propre du droit canonique : il est, comme disait Max Weber (*Wirtschaft und Gesellschaft*, 4e éd., 1956, p. 387-513), une combinaison complexe de règles empruntées à la Bible et aux Pères de l'Eglise et de principes romains. Sa source demeure « mystique » plus que rationaliste et sa conception première de la famille et du mariage vient d'une morale fondée sur la loi divine, et, comme telle, immuable ; mais l'intervention des « juristes » assouplit le contenu de la règle au gré des modèles coutumiers ; et, d'autre part, les théologiens et les canonistes, en même temps qu'ils affirment l'autorité des parents, exaltent la liberté des enfants et leur droit de choisir leur époux. C'était opposer en termes nouveaux la famille et le ménage, entamer, au moins à long terme, la solidarité de la parenté au profit de la société conjugale fondée sur l'affection.

L'évolution ne sera d'ailleurs ni complète, ni rectiligne. Il est probable que la famille du VIIIe siècle est plus réduite que celle du XIIe siècle. Au XVIe siècle, l'action du pouvoir royal aura pour objet de renforcer les droits de la famille et de réprimer l'indépendance des enfants.

Le droit canonique, s'il est favorable au mariage au point d'affaiblir la puissance paternelle, s'il proclame l'égalité du mari et de la femme, maintiendra toujours la règle d'indissolubilité : les prescriptions de l'Eglise inspirent ici si nettement les mentalités et les pratiques que tout changement ne peut venir que d'une crise de l'Eglise elle-même : au XVIe siècle, Erasme et Luther s'attaqueront à l'idée de sacrement, exalteront l'état de mariage, mais en même temps reconnaîtront les droits de l'Etat et des familles.

Plus subtilement, les « philosophes » du XVIIIe siècle déchireront le voile de révérence pour aboutir à l'apologie de la liberté et du sentiment. L'indissolubilité du mariage, les droits de la famille peuvent devenir oppressifs ; les engagements et les vœux perpétuels sont critiqués au nom de la liberté inaliénable de l'homme. La loi du 28 août 1792, abolissant la puissance paternelle, les deux lois du 20 septembre 1792, instituant le divorce, seront l'aboutissement normal de cette philosophie.

ÉTAT DES QUESTIONS

Le problème de la famille a été étudié dans l'un des colloques internationaux du C.N.R.S. : *Sociologie comparée de la famille contemporaine* (Paris, 1956). On retiendra spécialement la communication de M. P. PETOT, La famille en France sous l'Ancien Régime, p. 9-14, et les interventions de MM. LE BRAS et YVER. Parmi les travaux récents, on peut citer spécialement, Philippe ARIÈS, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Paris, 1960 (étude historique de la vie et de l'éducation des enfants) et, du même, *Histoire des populations françaises et de leur attitude devant la vie depuis le XVIIIe siècle*, Paris, 1948 ; L. CHEVALIER, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIXe s.*, Paris, 1958 (concerne le début du XIXe siècle, mais donne de nombreux renseignements sur un type familial très proche encore de celui du siècle précédent) ; Henri LEFEBVRE, Psychologie des classes sociales, dans *Traité de sociologie* de G. GURVITCH, Paris, t. II, p. 364-386 (le psychisme des classes sociales se révèle dans celui de la famille et spécialement de la femme) ; Structures familiales comparées, dans *Villes et campagnes*, Paris, 1953, p. 327-362 (Bibl. générale de l'Ecole pratique des H. Etudes) ; Emil WALTER, Kritik einiger familiensoziologischer Begriffe im Lichte der politischen Arithmetik des 18. Jht., dans *Schweizerische Zeitschrift f. Volkswirtschaft und Statistik*, t. XXVII, 1961, p. 64 (essai statistique qui tend à montrer que la « dimension » de la famille a varié depuis 1650 en fonction non de l'industrie, mais de l'origine rurale ou urbaine).

L'ethnologie, à ses origines, s'est attachée à l'étude des « non-civilisés » ou « primitifs », sans parvenir d'ailleurs à définir exactement ces mots. Mieux vaut parler de civilisations anciennes ou archaïques, qui peuvent d'ailleurs être des civilisations en régression aussi bien qu'en progrès. L'idée même d'une « mentalité primitive », défendue par L. LÉVY-BRUHL, est fort discutée : G. VAN DER LEEUW, *L'homme primitif et sa religion*, Paris, 1948 ; R. THURNWALD, *L'esprit humain*, Paris, 1953, admettent que le « primitif » existe toujours dans le civilisé. Au contraire, après DURKHEIM, beaucoup admettent encore une évolution des civilisations qui conduit à comparer leur archaïsme relatif : DAVY et MORET, *Des clans aux empires*, Paris, 1923. C. LÉVI-STRAUSS, La notion d'archaïsme en sociologie, dans *Anthropologie structurale*, Paris, 1958 ; Place de l'anthropologie, dans *Sociologie, psychologie sociale et anthropologie culturelle*, UNESCO, 1954, a insisté sur les discordances qui rendent toute typologie difficile et illusoire, et

G. GURVITCH, *La vocation actuelle de la sociologie*, 2e éd., Paris, 1957, sur le caractère empirique de toute démarche sociologique : ce qui est, tout au moins, pour le juriste un conseil de prudence.

Le même conseil résulte du *Traité de sociologie*, 2 vol., 1958-60, publié sous la direction de G. GURVITCH, qui donne bien l'état actuel des problèmes : les idées d'évolution, de types sociaux ou idéaux, de structures, d'institutions sont susceptibles de révision. L'idée de « société globale », développée par GURVITCH, t. I, p. 216-251, permet d'opposer néanmoins les « théocraties charismatiques », les « sociétés patriarcales », les « sociétés féodales », les « sociétés donnant naissance au début du capitalisme et de l'absolutisme », les « sociétés démocratico-libérales ». La sociologie fournit ici à l'histoire « des cadres conceptuels », tandis que l'histoire procure à la sociologie les matériaux indispensables et les « schémas explicatifs les plus simples ».

Sur les sociétés primitives, on pourra retenir spécialement les ouvrages de Cl. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, 1949 ; *La vie famiale des Indiens Nambikwara*, 1948 ; de Marcel MAUSS, L'organisation domestique, dans *Traité d'ethnographie*, p. 124 ; de R. H. LOWIE, *Primitive Society*, 1920 ; trad. fr., 1936 ; *Social organization*, 1948 ; et aussi les études célèbres de DURKHEIM, La prohibition de l'inceste, *L'Année sociologique*, t. I, 1898, p. 1 ; L'organisation matrimoniale des sociétés australiennes, *ibid.*, 1905 ; Introduction à la sociologie de la famille, *Ann. Fac. Lettres Bordeaux*, 1888, p. 257 ; et de J. FRAZER, *Les origines de la famille et du clan*, trad. fr., 1923.

Souvent fort précieux pour la compréhension des faits sociaux est le « témoignage des tombes ». Au moment des invasions réapparaissent dans les sépultures des rites protohistoriques disparus à l'époque gallo-romaine. A partir du milieu du VIIe siècle, les coutumes funéraires changent : on abandonne, par exemple, les tombes individuelles et les tombes « par rangées » pour les tombes familiales et on constate, corrélativement, l'abandon des rites païens et, dans le mobilier ou les emblèmes funéraires, l'apparition des signes d'une christianisation décisive. Dans les cimetières, des murettes et des bornes paraissent bien établir des limites entre les groupes familiaux (aux Alyscamps d'Arles, par exemple).

L'étude du mobilier permet aussi des constatations intéressantes. On a prétendu que l'on disposait dans le tombeau les biens dont le défunt avait la propriété personnelle : H. SCHEUER, Das Recht der Toten, *Z. für vergleich. Rechtswissenchaft*, 1916, p. 333-432. La richesse et l'importance de certaines tombes de femmes peuvent signifier l'indépendance ou l'autorité qu'elles possédaient. De même les tombes font bien apparaître la fréquence des mariages mixtes, les grands squelettes masculins dolichocéphales des Francs voisinant avec les squelettes brachycéphales des Romaines. Le maître livre est celui d'Edouard SALIN, *La civilisation mérovingienne*, 4 vol., 1950-59.

Les ouvrages de MEIJERS sur le droit ligurien de succession ont suscité toute une littérature sur le calcul de la parenté : notamment E. CHAMPEAUX, « Jus sanguinis » ; trois façons de calculer la parenté au Moyen Age, *RHD*, 1933, p. 241-290 ; La parenté fraternelle et la prima stemma d'Isidore, *RHD*, 1937, p. 1-19, qui, posant en principe que la parenté est *l'unitas*

carnis, admet que sont véritablement parents ceux qui ont une même portion de sang commun *(pares)* : « Seuls sont complètement parents ceux qui ont une identité complète ou une parenté égale de sang. Ils seront des frères, des moitiés, des quarts, des huitièmes de frères. »

L'histoire sociale peut fournir des éléments de référence importants. Par exemple, l'opposition des classes riches et du peuple apparaît dans la grandeur même de la maison : J. CARRIÈRE, La population d'Aix-en-Provence à la fin du XVIIe siècle, dans *Annales Fac. Lettres Aix* ; et surtout R.-H. BAUTIER, Feux, population et structure sociale, dans *Annales*, 1959, p. 255-268 : la maison du noble compte de vingt-cinq à trente personnes ; la maison d'un artisan quatre ou cinq. La grande maison n'est guère favorable à l'intimité de la famille et à l'éducation des enfants : préoccupations qui ne deviennent apparentes qu'aux XVIIe et XVIIIe siècles et que traduisent bien les peintures ou les gravures (cf. Le Brun, Le Nain, Chardin).

Si la noblesse garde l'image de la famille au sens de « lignage », l'idée de ménage et de vie familiale appartient à l'univers social du « bourgeois » dont le type est consacré au XVIIIe siècle (et la plupart des tenants de l'esprit philosophique seront des bourgeois) : cf. par exemple J. AYNARD, *La bourgeoisie française ; essai de psychologie*, 1934 ; Ed. PILON, *La vie de famille au XVIIIe siècle*, 1923 ; M. VENARD, *Bourgeois et paysans dans la région au sud de Paris au XVIIe siècle*, Paris, 1958. La peinture de l'époque, qui représente « La sainte famille », le « Benedicite », la « Prière du soir », fournit un témoignage identique. Enfin, l'influence protestante s'est exercée dans le même sens : le culte privé devient culte familial et les vertus familiales sont exaltées. Sur la « mystique du mariage » au XVIIe siècle, les bonnes pages de H. BRÉMOND, *Histoire littéraire du sentiment religieux*, t. IX, Paris, 1932. Sur la « psychologie collective » et les « solidarités fondamentales », Robert MANDROU, *Introduction à la France moderne* (1500-1640), Enfin indications diverses dans des livres souvent vieillis : Ch. de RIBBE. *La vie domestique, ses modèles, ses règles*, Paris, 1877. et *La famille et la société en France avant la Révolution*, 4e éd., 1879 ; A. BABEAU, *Le bourgeois d'autrefois*, Paris, 1886 ; Ch. NORMAND, *La bourgeoisie française au XVIIe siècle*, Paris, 1908 ; P. de VAISSIÈRE, *Gentilshommes campagnards de l'ancienne France. Etude sur la condition, l'état social et les mœurs de la noblesse de province du XVIe au XVIIe siècle*, Paris, 1903. Sur l'« instabilité sociale » de la noblesse à la fin du Moyen Age, la bonne étude de E. PERROY, *Past and present*, 1962 ; cf. aussi l'enquête de Marc BLOCH, *Annales*, 1937.

Chapitre Premier

LA FAMILLE ROMAINE

La gens. — Le passage de la famille large à la famille étroite apparaît comme une évolution inéluctable sinon irréversible. A Rome, cela se traduit par le passage de la *gens* à la *familia* ou *domus*.

« La *gens* est un groupe à la fois politique, religieux et familial » (Ellul, I, p. 236). Certains pensent qu'elle serait le succédané d'un clan totémique qui aurait été la forme la plus ancienne de la famille romaine dont le totem était le loup (cf. le rôle joué par le loup dans la légende romaine et la fête des *lupercales*). La *gens* serait le groupement politique antérieur à la cité, cette dernière étant par la suite composée d'une fédération de *gentes*.

L'histoire en tout cas prouve le caractère juridique très ancien de la famille romaine. En dépit de certaines exagérations, inhérentes à toute systématisation, la célèbre théorie de Durkheim reste valable. C'est à juste titre qu'il faut opposer le caractère institutionnel de la famille humaine aux prétendues origines naturelles qui reposent sur le jeu de certains instincts et la comparaison des familles animales. Dans les définitions qu'il donne de la famille, Ulpien (D. 50, 16, 195), après avoir noté que le terme a plusieurs significations, marque fortement son caractère juridique et sa nature d'organisme, de *corpus*.

La « patria potestas ». — Aussi loin que remontent nos sources, la famille romaine est de type patriarcal. Elle repose sur la parenté masculine, c'est-à-dire *agnatique*, alors qu'à l'époque classique, comme dans nos droits modernes, la parenté

est reconnue des deux côtés : en ligne maternelle comme en ligne paternelle (c'est ce que les Romains appellent la *cognatio*). Ce privilège de la parenté masculine s'explique par l'importance dans la société de ceux qui peuvent porter les armes, et plus encore, peut-être, par une explication d'ordre physiologique : les enfants ont le sang du père, la mère n'est que le terrain où se développe le germe. Le père n'a pas seulement le monopole de l'établissement de la parenté, il est source de toute autorité, il a la *patria potestas*.

Le père de famille, qu'il soit vivant ou mort, est le centre de trois cercles concentriques. Le cercle le plus large est la *gens* qui groupe tous ceux qui, à tort ou à raison, considèrent qu'ils descendent d'un même ancêtre. Vient ensuite le cercle des agnats où se trouvent réunis tous ceux qui ont été soumis à un même *pater* ou qui l'auraient été s'il avait vécu plus longtemps. Enfin la *domus*, c'est-à-dire le foyer, peut se composer du seul *paterfamilias*, mais normalement on trouve dans la *domus* un certain nombre de personnes assujetties au *pater*, et appelées pour cela *alieni iuris*. Le lien n'a pas toujours une origine physiologique, certains descendants du chef de famille ne sont pas ses parents et à l'inverse certains parents du *paterfamilias* ne sont pas ses descendants. Sont seuls, en effet, soumis à la puissance paternelle les enfants issus d'un mariage légitime ; les enfants nés en dehors d'une telle union n'ont de parenté qu'avec leur mère naturelle. Sont également privés de rapports juridiques avec leur père les enfants qu'il a exclus de la famille.

Au contraire, sont parents du *pater*, sans être pour autant ses descendants, ceux que le père a introduits artificiellement dans le groupe domestique par adoption.

Contenu de la « patria potestas ». — L'importance des pouvoirs dont dispose le *pater* pour composer sa famille explique sa toute-puissance sur les membres du groupe. Cette puissance est en principe illimitée dans le temps comme dans son ampleur. En droit moderne, la puissance paternelle est temporaire, à Rome, elle est perpétuelle, en ce sens qu'elle dure toute la vie du père. Ce dernier a sous sa puissance ses enfants et sa femme mariée *cum manu* (v. p. 171), ses petits-enfants nés de ses fils et les femmes de ceux-ci mariées *cum manu*.

COMPOSITION DE LA FAMILLE. — Tout enfant né en légitime mariage d'un père citoyen romain est soumis à la *patria potestas* de son père ou du chef de famille de ce dernier. Mais la règle est soumise à un principe supérieur : l'acceptation ou non de l'enfant par le chef de famille. Que celui-ci ait des doutes sur la fidélité de la mère, qu'il estime l'enfant mal constitué ou pour toute autre raison, il peut ne pas accepter le nouveau-né. S'il peut refuser son enfant, le père peut à l'inverse en adopter un autre.

On distingue deux sortes d'adoption selon que l'adopté est ou non *sui iuris* au moment de l'acte. Dans le premier cas, l'adoption prend le nom d'adrogation.

L'adrogation est un acte très grave. Il fait disparaître la personnalité juridique de l'adrogé mais également la famille dont il est le chef ainsi que le culte domestique. La gravité de l'acte explique la rigueur des conditions de forme et de fond auxquelles il est soumis. L'adrogation est soumise à un contrôle de l'autorité publique caractérisée par un vote du peuple et par l'intervention des pontifes.

L'adoption ordinaire, bien qu'astreinte elle aussi à un formalisme compliqué, ne comporte pas de contrôle de l'autorité publique car ses conséquences sont moins graves. Elle ne fait passer dans la famille de l'adoptant que la personne de l'adopté. Ce dernier étant *alienis iuris* n'a par hypothèse aucun patrimoine.

Le chef de famille peut rejeter de son groupe qui bon lui semble. Il peut répudier sa femme ou celle de ses enfants et il peut vendre ces derniers comme il peut vendre un esclave ou un animal. Mais le mode normal d'extinction volontaire de la *patria potestas* entre vifs est l'*émancipation*.

De nos jours, le procédé est plutôt une récompense ; qu'il s'agisse de l'émancipation légale ou tacite par suite du mariage du mineur ou de l'émancipation expresse : « considérée comme une abdication de la puissance paternelle par la volonté de son titulaire » (CARBONNIER, p. 642).

A Rome, l'émancipation a d'abord été une peine : le père expulse un enfant pour son inconduite. Il perd ainsi tout lien de parenté civile avec sa famille ; en un temps où la solidarité

familiale est la base de la vie sociale, c'est là une situation défavorable. Mais l'émancipé devenu *sui iuris* acquiert la plénitude des droits civils et patrimoniaux. Avec les progrès de l'individualisme, une évolution s'amorcera dans le sens du concept moderne.

Le père — et c'est ce qui caractérise toute organisation patriarcale — apparaît comme la seule autorité dans la famille et le seul qualifié pour la représenter au-dehors. Il est le seul sujet actif des droits de la famille, seul il est dit *sui iuris*, c'est-à-dire indépendant, par opposition à l'*alieni iuris*, soumis au droit d'autrui. Le mot de *pater* n'implique rien d'autre que la détention de l'autorité et ne comporte nullement l'idée de paternité. Le père peut n'avoir personne sous sa puissance (impubère, par ex.). Il ne s'agit donc pas du chef de famille, au sens moderne du terme, mais du maître d'un patrimoine qui comprend des personnes au même titre que des biens et peut consister en une simple virtualité (t. II, p. 49).

Le *paterfamilias* a des droits qui relèveraient davantage de notre droit public que de notre droit privé. Souverain et juge, il est également prêtre. La famille, comme la *gens*, a son culte, son autel aux dieux lares ou Pénates, ses cérémonies, ses auspices. Ce culte n'est pas bien différent du culte public : le droit privé et le droit public, ici encore, sont mal distingués et en constant parallélisme. Pour ceux qui sont soumis à la puissance du *paterfamilias*, il n'existe ni majorité ni minorité, pas plus qu'il n'y a de conditions d'aptitude à l'égard du *pater*, qui peut être un mineur ou un fou.

Là encore, l'organisation du groupe familial permet de constater la primauté du caractère juridique sur le physiologique. L'âge, pas plus que le mariage ou l'accession à des fonctions publiques, ne permet à un membre de la *domus* d'échapper à l'emprise du *paterfamilias*. Ce dernier a sur ceux qui se trouvent soumis à sa puissance un droit comparable à celui de propriété à tel point qu'il fait l'objet de la même protection. Cependant, la puissance du chef de famille connaît une différenciation dès l'époque de la loi des XII Tables.

S'ils n'ont aucun droit, les membres de la famille n'ont pas pour autant la même place dans la famille. Dans son sens le plus

large, et peut-être aussi le plus ancien, *familia* signifie « l'ensemble des êtres et des choses, qui sont dans la maison » (la racine du mot veut dire : habiter). Mais très vite il s'est opéré une différenciation dans le rôle joué par les membres de la famille. La preuve de cette spécialisation nous est fournie par l'emploi de différentes expressions techniques pour désigner l'objet de la puissance du *pater*.

Le *pater* dispose du *mancipium* sur les enfants d'autres familles qui lui ont été cédés. Il a la *manus* (la main est le symbole de la puissance) sur sa femme mariée *cum manu*. Sur ses enfants *(liberi)*, il dispose d'un pouvoir désigné de façon plus familière pour un moderne : c'est la puissance paternelle *(patria potestas)*. *Dominica potestas* et *dominium* qualifient les autres formes de puissance que le chef de famille exerce sur ses esclaves et sur ce qui fait l'objet de son droit de propriété, choses et animaux.

En se différenciant, la puissance du chef de famille a perdu de son absolutisme. Cet affaiblissement est surtout marqué pour le droit de juridiction souveraine dont dispose le *pater* et qui lui donne droit de vie et de mort sur les membres de sa famille.

A l'époque archaïque, le chef de famille a, en effet, le devoir d'assurer la perpétuité du culte domestique dont il est le prêtre. Or la charge de ce culte se transmettait par les descendants mâles, il fallait donc des raisons impérieuses pour éliminer un de ses successeurs. Non seulement la société tout entière était concernée par la perpétuation du culte domestique qui traduisait le maintien de la cellule familiale, mais il existait une étroite solidarité entre les membres d'une même *gens*. C'est pourquoi, si un membre de la famille était accusé d'un crime grave, le *pater* réunissait un tribunal domestique composé de parents et d'amis. L'avis de ces derniers ne liait certes pas juridiquement le chef de famille mais il lui était difficile de ne pas en tenir compte sans encourir la réprobation de la cité tout entière.

Il faut également noter les tempéraments apportés par les mœurs et qui reposent très probablement sur une copropriété familiale originelle. On en relèvera quelques traces en examinant les successions *(consortium, heredes sui)*. C'est à cette tendance que se rattache la règle des XII Tables qui permet

de faire interdire le chef de famille prodigue sur demande de ses proches et même des descendants soumis à sa puissance. Ils empêchent ainsi la dilapidation des biens des ancêtres.

Les abus de la puissance paternelle peuvent enfin être sanctionnés par la *nota censoria* du magistrat (V. ELLUL, I, p. 309).

Cette pression morale externe et interne va se trouver renforcée par l'intervention de l'État. On s'efforce de limiter le pouvoir absolu du *pater* et de corriger son caractère unilatéral en lui adjoignant en contrepartie certaines obligations. Les transformations tiennent à des considérations d'ordre social et économique. L'État favorise l'émancipation civique et économique des membres de la famille.

Le fils de famille jouit pleinement des droits politiques et les usages de la vie électorale apportent des tempéraments à l'incapacité qui le frappe en matière de droits civils. Il peut obliger son père, à concurrence du pécule, par ses intercessions, en se portant caution, par exemple, d'un partisan politique ou d'un ami. Il a également le droit d'aliéner pour faire les dons imposés par la coutume en raison de ses fonctions (frais pour les jeux publics, distribution d'argent et de nourriture).

ÉTATISME ET INDIVIDUALISME. — L'opinion publique, la religion et l'intérêt bien compris du chef de famille tempéraient dans une certaine mesure l'omnipotence du *pater*. Le monopole de droit reconnu à ce dernier présentait plus d'avantages que d'inconvénients dans une vie en économie fermée où les transactions étaient rares. La vie et le travail en commun s'accordaient avec l'unité de direction. La rigueur du régime patriarcal ne se manifestera qu'avec les transformations de la société. L'État exerce un contrôle croissant sur le groupe familial dont il réduit l'autonomie. L'interventionnisme n'est pas seulement la conséquence d'un accroissement de la puissance étatique, elle résulte aussi de l'individualisme croissant. Les enfants adultes ne vivent plus aussi souvent auprès du *pater*.

Le développement du commerce est incompatible avec l'asphyxie qui résulte de la concentration de tous les pouvoirs entre les mains d'un seul membre de la famille. Cela d'autant plus que l'extrême vieillesse n'empêchant pas que la *patria potestas* reste l'attribut du *pater*, le déclin normal des forces

physiques et intellectuelles rend la gestion du patrimoine familial difficile. Il y a donc ici contradiction entre la réalité économique et le système juridique. Nous avons là un bel exemple du handicap qu'a constitué à Rome le monopole indiscuté du *ius civile*. Loin de mettre en valeur l'originalité des pratiques commerciales, les juristes se sont toujours efforcés de les mouler dans les techniques du droit civil. C'est là un phénomène général et encore valable pour notre droit moderne (v. t. I, p. 33 ss.).

I. — Le contenu de la *patria potestas* va se trouver considérablement modifié pour répondre aux transformations économiques. L'évolution s'opère sous le signe du *pragmatisme et de l'opportunisme* (section I).

II. — Mais les pouvoirs du *paterfamilias* restent dans leur principe même intangibles, et cela jusque sous Justinien (section II).

SECTION I. — Pragmatisme et opportunisme

En raison de la primauté du facteur économique, on assiste d'abord à un I) *développement de la capacité juridique* du fils de famille, et ensuite à une II) *modification des rapports personnels* entre les parents et les enfants.

I) LE DÉVELOPPEMENT DE LA CAPACITÉ JURIDIQUE DU FILS. — Du fait même de l'évolution économique, le *pater* a été amené à utiliser la compétence des membres de la famille et particulièrement celle de ses fils. Or la possibilité pour le fils de famille de servir à son père d'agent économique est limitée par le principe qu'il peut rendre meilleure la condition de son *pater* mais non la rendre pire. La plupart des actes de la vie économique ont un caractère synallagmatique, ils comportent des obligations réciproques. Le fils se trouve dans la même situation que l'esclave qui peut servir à son maître d'instrument d'acquisition. C'est là l'application de la théorie de l'accession. Le fils, comme l'esclave, est un élément du patrimoine appartenant au *pater* ; dès lors, les acquisitions provenant de cet élément accroissent le patrimoine du *pater*.

Le caractère artificiel de ce concept est d'autant plus aflgrant que le droit romain a toujours reconnu que le fils de famille, même dans l'état d'incapacité absolue où il se trouve, est une personne, ce qui le différencie de façon essentielle de l'esclave considéré, lui, au contraire, comme une chose. Comme l'esclave, le fils de famille ne peut engager la responsabilité du *pater*, c'est-à-dire rendre sa situation pire. En cas de délit commis par le fils, cependant, le *pater* pouvait être attaqué par la victime et se libérer de toute obligation en abandonnant le coupable. C'est la théorie de l'abandon noxal qui s'applique pour les animaux comme pour l'esclave ou pour le fils de famille.

Mais, en aucun cas, ce dernier ne peut engager la responsabilité du chef de famille en raison des contrats qu'il a conclus avec un tiers. Une telle conception, si elle s'accordait parfaitement avec la souveraineté du *pater*, n'était viable que dans une société rurale à économie fermée où les échanges étaient forcément restreints.

Dans l'intérêt du *pater* lui-même, le magistrat romain a élaboré une technique permettant d'engager sa responsabilité contractuelle du fait de l'activité économique de ses fils ou esclaves. Il s'agit non pas d'une transformation du droit civil mais d'un simple procédé basé sur une modification de la procédure. Le préteur qui est à la tête de l'organisation judiciaire réalise, en effet, ses réformes par voie procédurale. Réforme réalisée *utilitatis causa*, par conséquent, et qui n'a qu'un caractère exceptionnel.

ACTIO ADIECTICIAE QUALITATIS. — En droit classique, le fils va pouvoir rendre son père débiteur et donc passer pour lui des contrats synallagmatiques qui comportent des obligations réciproques.

Dans le cas où le *pater* a placé son fils à la tête d'une exploitation commerciale — maritime ou terrestre — ou lui a confié la gestion d'une masse de biens (pécule), le magistrat accordera une action contre lui. Dans la mesure où le fils de famille a un patrimoine, le tiers peut le poursuivre, mais il a aussi une action contre le père qui avait délégué ses pouvoirs à son fils. A l'action contre ce dernier s'ajoute donc l'action contre le père (D., 14, 1, 5, 1, qui envisage le cas analogue de l'esclave),

d'où le nom donné par les interprètes, d'*actio adiecticiae qualitatis* (action de qualité ou de nature additionnelle). C'est une action à transposition de personnes. Le nom du fils ou de l'esclave qui a passé le contrat est bien signalé (dans l'*intentio*) mais la *condemnatio* porte le nom du *pater* contre qui l'action est dirigée.

Il n'y a pas de partage de responsabilité entre le fils et le père qui sera condamné pour le tout. Les tiers devront cependant se renseigner sur la réalité et sur l'étendue des pouvoirs délégués par le père à son fils, ce qui était précisé dans une sorte de charte *(lex praepositionis)*.

LES PÉCULES. — La constitution d'un pécule est un moyen très commode pour utiliser l'activité économique d'un fils ou d'un esclave. Cette technique constitue une exception au principe de l'unité du patrimoine familial (t. II, p. 48 ss.). Le pécule constitué par le *pater* porte le nom de 1) *pécule profectice* (nom donné par les auteurs modernes, transposition de l'expression latine : *peculium a patre profectum*. Cf. la dot *profectice*, constituée par le père). A la fin de la République, ou au début de l'Empire, apparaît une autre catégorie : le 2) pécule *castrense* (gagné dans les camps militaires). Enfin, au Bas-Empire, l'évolution vers l'autonomie patrimoniale des fils de famille s'accentue avec l'institution des 3) biens *adventices* (biens acquis).

1) *Le pécule profectice*, qui apparaît dès le IIe siècle avant J.-C., consiste en une masse de biens, en droit, propriété du *pater*, mais, en fait, distincts de son patrimoine, administrés qu'ils sont par son fils. Le pécule est le gage des créanciers de ce dernier, mais le fils n'en étant pas propriétaire, il devra le rendre à son père lorsqu'il le demandera.

Le préteur permettra aux créanciers du fils d'agir aussi contre le père qui a concédé le pécule *(actio adiecticiae qualitatis)*, même s'il a ignoré l'acte passé. Ce n'est pas l'acte du fils qui justifie l'action accordée contre le père, c'est la constitution du pécule (d'où le nom de l'action : *de peculio*). En application du principe général, le père peut également être poursuivi à concurrence de l'enrichissement que l'acte lui a procuré (action *de in rem verso* : KASER, I, p. 506).

Le père, le fils et le créancier : la réalité est souvent plus compliquée, et plusieurs créanciers peuvent entrer en concours. A l'origine, le paiement sera le « prix de la course », c'est le plus diligent qui sera remboursé. Par la suite, apparaît une procédure collective de paiement des créanciers (action *tributoria* : de répartition). Elle est incontestablement supérieure au procédé précédemment employé, dynamique certes, mais anarchique. Adoptée en droit commercial moderne, elle n'a pas été admise par notre droit civil.

2) *Le pécule castrense.* — Il comprend les acquisitions du fils militaire. Sous le Haut-Empire, le service militaire obligatoire, qui incombait à tous les citoyens en temps de guerre, fut remplacé par l'institution d'une armée permanente recrutée par engagements volontaires. Pour assurer la fidélité souvent douteuse de ces mercenaires, les empereurs ne se contentèrent pas de leur accorder des avantages pécuniaires. Ils firent en leur faveur des exceptions souvent très importantes aux principes les plus absolus du droit romain. Le pécule est composé de la solde et des récompenses de toutes sortes ainsi que des libéralités reçues des compagnons d'armes. Le fils de famille se verra reconnaître sur son pécule les mêmes droits qu'il aurait s'il était *sui iuris*. Ni le père ni ses créanciers n'auront de droit sur cette masse de biens. Héritier intestat de ce pécule, à l'origine, le père se verra peu à peu supplanté par les enfants de son fils, puis par les frères de ce dernier.

Au Bas-Empire, avec le développement des carrières administratives civiles et l'influence croissante des bureaux de l'administration centrale, apparaît le pécule *quasi castrense* (analogue à celui gagné dans les camps). Là aussi le développement de la technique fut progressif. C'est d'abord le personnel de la cour impériale qui bénéficie de l'assimilation pour les gains réalisés dans l'exercice de ses fonctions. Ce sont ensuite les fonctionnaires des provinces et les membres de certaines professions libérales. Bien qu'il existe un principe général, le statut de ces pécules est régi par des mesures de détail qui seront uniformisées par Justinien.

Utilisée au Moyen Age, dans les pays de droit écrit, la notion de pécule réapparaît dans notre jurisprudence moderne

avec le droit du mineur de 18 ans de disposer de son salaire (CARBONNIER, I, p. 709).

3) *L'institution des biens adventices* a sur bien des points inspiré la théorie moderne de la *jouissance légale*.

C'est une innovation du Bas-Empire. Ces biens ne sont pas des pécules, car le père garde sur eux un droit de jouissance et d'administration mais il ne peut les aliéner. Il s'agit des biens que l'enfant reçoit en vertu du droit qui lui a été reconnu de succéder *ab intestat* à sa mère (v. p. 343). Lorsque l'enfant était *alieni iuris*, les biens en question tombaient dans le patrimoine de son père. Avec la fréquence des divorces, à cette époque, il s'ensuivait une situation choquante, le mari pouvant hériter de son ancienne femme.

Au début du IVe siècle, l'empereur Constantin décida que le père de l'*alieni iuris* n'aurait que l'usufruit des biens adventices, le fils devant les recueillir au décès du *pater* (C. T., 8, 18, 1 et 2, de 319). En cas d'émancipation, l'enfant devient propriétaire des biens, mais, pour éviter que le père ne s'oppose à une mesure qui réduit son droit de jouissance, le législateur l'indemnisait en lui laissant le tiers des biens en pleine propriété (en usufruit sous Justinien). Il fut cependant admis qu'une disposition expresse de la mère pouvait exclure le droit d'usufruit du *pater*.

Au cours des IVe et Ve siècles, le statut de bien adventice fut étendu à un nombre croissant d'acquisitions faites par les *alieni iuris* (biens provenant de successions ou de donations du côté maternel, biens reçus d'un conjoint ou d'un fiancé). Justinien renversera le principe, tout au moins en apparence : toute acquisition de l'enfant devient sa propriété (C., 6, 61, 6). Le père conserve l'usufruit mais il peut y renoncer.

II) MODIFICATION DES RAPPORTS PERSONNELS ENTRE PARENTS ET ENFANTS. — En matière patrimoniale, l'évolution juridique apparaît singulièrement lente, compte tenu de la transformation des mœurs. C'est la conséquence du caractère technique et pratique des modifications qui se font presque toujours par des procédés indirects.

Dans les autres domaines, au contraire, l'État interviendra de façon plus directe.

Dès la fin du Haut-Empire, la juridiction domestique du chef de famille tend à se limiter au droit de correction paternelle. Les peines plus graves sont infligées par la justice publique après vérification du bien-fondé de la plainte portée par le *pater*. Selon les idées nouvelles, on s'efforce d'organiser les rapports familiaux d'après un devoir d'affection réciproque (*Officium pietatis ;* cf. l'obligation alimentaire réciproque entre ascendants et descendants et l'interdiction d'exhéréder ses enfants sans juste motif) et non plus uniquement en se fondant sur un principe d'autorité.

Pour des motifs populationnistes, l'empereur Auguste limite les pouvoirs du *pater* sur le mariage des membres de sa famille. Il peut certes s'opposer au mariage d'un descendant mais l'autorité publique l'obligera à lever son opposition s'il empêche arbitrairement sa fille de se marier. A une époque où la fortune familiale est un élément important du standing matrimonial de la femme, le législateur a voulu éviter tout chantage de la part du père en l'obligeant à constituer à sa fille une dot en fonction de sa fortune et de son rang social. En outre, le chef de famille perd le droit d'imposer le divorce à une personne se trouvant sous sa puissance.

Antonin le Pieux interdit l'exposition et la mise à mort des enfants nouveau-nés.

Mais l'évolution des mœurs, les progrès de la civilisation ne doivent pas faire croire à une transformation irrésistible et sans retour des pratiques existantes. C'est ainsi que les empereurs païens luttèrent avec succès contre le droit qu'avait le *pater* de vendre les membres de sa famille en esclavage. Ces pratiques, qui connaissent un regain de faveur, car on les retrouve dans les coutumes des pays conquis, sont combattues au nom du principe de l'inaliénabilité des personnes libres. Il n'en est que plus étonnant de constater le caractère rétrograde des dispositions du premier empereur chrétien, Constantin. Il autorise les parents indigents à vendre leurs enfants nouveau-nés en leur réservant le droit de les racheter ultérieurement. Mais un tel revirement s'explique par la conjoncture économique défavorable et le souci d'éviter les infanticides ou les abandons. La réalité imposait de composer avec les principes.

En dépit de ces vicissitudes, les transformations essentielles s'opèrent. Sous le Haut-Empire, grâce à la procédure extraordinaire, on en arrive à un contrôle plus efficace des abus de pouvoir du *pater*. Ce dernier peut se voir enlever par le magistrat la garde de son enfant qui sera habituellement confié à la mère (D., 43, 30, 1, 3 et 3, 5). Dans les cas les plus graves (enfant abandonné ou livré à la prostitution), l'émancipation sera même prononcée de plein droit. On s'achemine donc vers une véritable déchéance de la puissance paternelle (D., 37, 12, 5 et 48, 9, 5).

SECTION II. — Le maintien des principes

Jusque dans le dernier état du droit romain, c'est-à-dire sous Justinien, les pouvoirs du chef de famille demeureront sensiblement plus étendus que dans les autres législations de l'Antiquité, et *a fortiori* que dans notre droit moderne.

Si le fils devient propriétaire de ses biens adventices, si l'idée d'absence de personnalité du fils n'est plus à la base de l'organisation familiale, le principe traditionnel n'a pas totalement disparu. Pratiquement, il a été vidé de ses effets les plus considérables. Mais l'esprit ancien demeure. Jamais la règle de l'incapacité du fils de famille ne sera abrogée explicitement, seules des dérogations de plus en plus importantes lui seront apportées.

Des conséquences fort suggestives de l'ancien état de droit restent en vigueur. Propriétaire, le fils ne peut cependant tester sur ses biens adventices. Capable, il peut encore servir d'instrument d'acquisition pour son père. Enfin, les actes juridiques passés entre père et fils sont en principe sans effets, ce qui est un souvenir de l'ancienne unité de la *domus*.

En dépit de ce conservatisme, on constate une limitation du droit pour le *pater* de composer arbitrairement sa famille. En droit français moderne, la paternité du mari de la mère est présumée en vertu d'une maxime du droit romain : *pater is est, quem nuptiae demonstrant* (D., 2, 4, 5 ; C. C., art. 312). « La présomption de paternité doit être regardée non seulement

comme une *obligation* pesant sur le mari, mais comme un *droit* lui profitant. Il en est le maître et le juge par l'action en désaveu, et il peut en revendiquer l'exercice à l'encontre des tiers » (CARBONNIER, t. I, p. 473). Mais la règle romaine n'a pas la même rigueur qu'en droit moderne. Conformément aux principes traditionnels, les droits du père l'emportent sur ses obligations. Si, en pratique, les arguments invoqués contre cette présomption paraissent à peu près les mêmes que de nos jours (impuissance du mari, dissimulation de la grossesse par la femme, éloignement pendant la période légale de conception), le mari peut utiliser tous moyens de preuve et aucune condition de délai ne paraît avoir été imposée pour l'exercice du désaveu de paternité. Mais le pouvoir arbitraire du *pater* de ne pas accepter dans sa famille l'enfant nouveau-né a fait place à une série de règles précises.

Le contrôle des naissances est assuré sous Auguste (déclaration à l'autorité publique). Des précautions sont prises contre les fraudes : supposition de part, suppression de part, substitution de part. Avec le développement du christianisme, le problème de la parenté naturelle se présente sous un jour nouveau. Auparavant, le droit romain ne reconnaissait que la maternité naturelle qui produisait les mêmes effets, limités il est vrai, que la maternité légitime. Quant au père naturel, il pouvait acquérir la puissance paternelle sur son fils, si celui-ci y consentait, grâce à l'adrogation.

Sous l'Empire chrétien, à partir de Constantin, deux tendances apparaissent. D'une part, les enfants naturels, nés d'une fornication, sont les enfants du péché. D'où la suppression de la règle d'égalité entre enfants légitimes et naturels à l'égard de la mère. Puis l'interdiction faite au père de mettre sur un même pied enfant légitime et naturel, grâce à l'adrogation ou l'adoption, ou de les avantager également par son testament.

D'autre part, les parents, qu'ils soient naturels ou légitimes, ont des obligations envers leurs enfants, tant au point de vue pécuniaire (obligation d'entretien) qu'au point de vue moral (obligation d'éducation). L'obligation alimentaire réciproque sera donc étendue entre ascendants et descendants naturels. Le concubinat (v. p. 174) engendrera, sauf le cas d'adultère,

un droit aux aliments au profit de la concubine et un droit de succession limité au profit des enfants issus de cette union.

La tendance défavorable qui se manifeste à l'égard des enfants naturels va inciter leurs parents à les relever de leur déchéance en essayant de les assimiler aux enfants légitimes. C'est à ce besoin que répond l'institution de la légitimation organisée sous le Bas-Empire.

LÉGITIMATION. — Elle existe sous trois formes : 1) par mariage subséquent ; 2) par rescrit du prince ; 3) par oblation de l'enfant à une curie municipale.

1) La légitimation par mariage subséquent est un retour à l'ordre, une « régularisation » de la situation illégitime. Il est normal que les enfants illégitimes n'en bénéficient que sous certaines conditions. Les enfants légitimes d'une union précédente ne doivent pas souffrir de la concurrence et leur présence élimine tout au moins les enfants naturels adultérins ou issus d'union avec un esclave ou un pérégrin. La volonté de mariage des parents doit être clairement manifestée (contrat de mariage avec constitution de dot). La volonté de l'enfant naturel est prise en considération ; s'il est *sui iuris*, il peut refuser la légitimation qui le place sous la puissance de son père.

2) Avec la légitimation par rescrit, le procédé découle d'un acte de souveraineté de l'État. Il permet de remédier à l'impossibilité où l'on se trouve d'utiliser la technique précédente, soit qu'un des parents naturels soit décédé, soit qu'il fût marié postérieurement à la conception de l'enfant. Les conditions de fond précédentes subsistent.

3) Ce sont des préoccupations fiscales qui expliquent la création de la légitimation par oblation de l'enfant à la curie municipale. C'est un expédient destiné à peupler de membres solvables les assemblées municipales responsables de la levée des impôts et qui, en raison de cela, voyaient leur recrutement se tarir. Des facilités spéciales furent accordées pour cette légitimation. Elle est possible même en présence d'enfants légitimes et peut être faite par testament. Justinien permet même aux enfants naturels de se légitimer eux-mêmes après la mort de leur père en l'absence d'enfants légitimes. Les effets de cette légitimation sont cependant incomplets : l'enfant

ne devient pas juridiquement parent de la famille de son père.

La variété des nouveaux procédés permettant de modifier la composition de la famille n'en laisse pas moins subsister les techniques traditionnelles : *adrogation* et *adoption*.

L'*adrogation* subit le contrecoup de l'affaiblissement des concepts de puissance. Selon Justinien (*Inst.*, I, 11, 4), il convient d'imiter la nature et de protéger les intérêts des enfants nés du mariage de l'adrogeant. « Conformément aux conceptions helléniques, on voit dans l'adrogation un moyen de donner un fils ou une fille aux citoyens qui n'ont pas d'enfants : on a cessé de la considérer comme une institution destinée à augmenter la puissance d'une famille » (MONIER, p. 265). Antonin le Pieux autorisait déjà l'adrogation des impubères avec juste motif (GAIUS, 1, 102) et au Bas-Empire les femmes purent être adrogées tandis que celles qui avaient perdu leurs enfants pouvaient adroger un *sui iuris* (C., 8, 47, 5).

L'adrogation des impubères, tout en étant pleinement conforme à l'évolution des mœurs, permettait de graves fraudes, notamment quand l'adrogé avait une fortune importante. L'adrogeant pouvait émanciper l'adrogé tout en gardant ses biens. Dans ce cas, on décida que l'adrogeant devait restituer à l'adrogé tout le patrimoine apporté et lui laisser le quart de sa succession. Cette quarte prit le nom de quarte Antonine (C., 8, 47, 2).

Les règles de l'*adoption* sont également modifiées en fonction des mêmes préoccupations. La technique permet d'imiter la nature, mais il ne faut pas pour cela que l'adoptant, continuant à jouer les *deus ex machina*, puisse priver l'enfant adopté de tout droit de succession alors qu'il est par ailleurs exclu de sa famille naturelle. L'adoption permise aux femmes, alors qu'elles ne peuvent exercer la *patria potestas*, atteste, comme pour l'adrogation, l'atténuation du concept de puissance, pierre angulaire de ces techniques. L'idée essentielle est que l'adoption ne doit pas nuire aux intérêts de l'enfant. Conformément aux usages hellénistiques, le but de l'adoption devient la formation de liens de succession entre adoptant et adopté sans que fussent rompus pour autant les rapports de parenté entre l'adopté et sa famille d'origine. Justinien introduisit ce concept sous le nom

d'*adoptio minus plena*. Le conservatisme ne perd cependant pas ses droits et l'adoption ancienne subsiste sous le nom d'*adoptio plena*. Mais son emploi est limité : l'adoptant doit être un ascendant de l'adopté. Ascendant maternel, en général, car il n'a pas par hypothèse la *patria potestas*.

Conformément aux nouvelles bases de l'adoption, qui doit être faite dans l'intérêt de l'adopté, ce dernier doit consentir à l'acte s'il est en âge de le faire. C'est également le consentement de l'intéressé, en âge de le donner, qui est exigé pour l'émancipation, ce qui constitue la principale modification apportée aux modes d'extinction de la *patria potestas*. Si les principes restent en apparence intangibles, l'esprit des institutions a profondément évolué. L'émancipation, loin d'être une peine, ne présente guère que des avantages. On accède à l'autonomie juridique sans perdre ses droits à l'égard de sa famille. C'est un bienfait du *pater*. Très largement utilisée dans la pratique, Justinien en permettra la révocation en cas d'ingratitude de l'émancipé.

ÉTAT DES QUESTIONS

L'ouvrage de base reste encore celui du grand romaniste italien : BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I : *Diritto di famiglia*, réimpression de la 1re édition, Milan, 1963. Il est cependant inutile de recourir, comme il le fait, à l'hypothèse d'une véritable souveraineté politique du *paterfamilias* pour expliquer l'abstention de l'Etat en cette matière.

Les concepts de *familia* et de *pecunia* sont toujours discutés. V. en dernier lieu : ANDREEV, Les notions « familia » et « pecunia » dans les textes des XII Tables, *6e Conférence internationale d'études classiques Plovdiv*, Sofia, 1963, p. 173 ss., et DIOSDI, Familia pecuniaque, dans *Acta Ant. Hung.*, 1964, p. 87 ss.

Gens et *consortium* sont des types de groupes familiaux qu'il est utile de comparer à d'autres communautés familiales. V. l'importante étude de sociologie historique de J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, Paris, 1963. Cf. du même auteur : Aspects sociologiques de la famille romaine, dans Ἀρχεῖον οἰκονομικῶν καὶ κοινωνικῶν ἐπιστήμων, 1963, p. 215 ss. ; les transformations de la vie familiale au Bas-Empire et l'influence du Christianisme, dans *Romanitas*, 1962, p. 58 ss.

En raison surtout de nos conceptions modernes, on a tendance à simplifier et à s'exagérer notamment l'omnipotence du *pater*. A l'époque ancienne, qu'il s'agisse du droit des biens ou de celui des personnes, l'environnement social est déterminant. Cf. LE BRAS, Capacité personnelle et structures

sociales dans le très ancien droit de Rome, dans *Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, p. 417 ss. : le *pater* a beau n'être sous la puissance d'aucune personne, il « se courbe sous la puissance de la coutume ». Cf. DENOYER, Le « Paterfamilias » et l'évolution de sa position, dans *Synteleia Arangio-Ruiz*, Naples, 1964, p. 441 ss., et d'ORS, Auctoridad y potestad, dans *Lecturas iuridicas*, 1964, p. 23 ss.

Sur l'influence du mode de vie rural des Romains, sur leurs structures familiales originelles, v. KASER, La famiglia romana arcaica, dans *Conferenze romanistiche*, Milan, 1960, p. 37 ss.

Les pouvoirs du « pater ». — Le pouvoir du *pater* de composer librement sa famille est illustré par le geste de *tollere liberum*. Il semble cependant que le geste d'élever l'enfant dans ses bras ou au contraire de le poser à terre n'ait pas un sens juridique précis mais ne soit qu'une pratique coutumière. La *patria potestas* existe dès la naissance de l'enfant et c'est le père qui fait le geste de *tollere* (ou la mère en son absence) même si la puissance paternelle appartient au grand-père, cf. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, II : *La c.d. presunzione di paternità*, Bologne, 1964. V. également SELB, Vom « ius vitae necisque » zum Beschränkten. Züchtigungsrecht und zur magistratischen Züchtigungshilfe, *The Irish Jurist*, I-1, 1966, p. 136 ss.

Et pour une comparaison avec le droit oriental, v. YARON, Vitae necisque potestas, dans *TR*, 1962, p. 243 ss.

« Les jurisconsultes du Haut-Empire ont admis que le *filius familias* avait une personnalité juridique distincte de celle de son *pater familias*, et qu'il était par suite capable de s'obliger non seulement par ses délits, mais par ses contrats... Toutefois dès le règne de Vespasien, le sénatus-consulte macédonien (entre 69 et 79 apr. J.-C.) allait restreindre la capacité du fils de famille en interdisant aux tiers de lui prêter de l'argent » (MONIER, I, p. 254).

L'adoption. — La plupart des peuples de l'Antiquité ont connu des actes juridiques créant des liens de parenté fictifs. Bien qu'il n'existe aucune preuve certaine de l'existence, à la haute époque, d'une adoption en fraternité, analogue à celle des civilisations orientales, une telle conception a pu exister en raison de la possibilité d'établir les liens d'un *consortium* artificiel pour réunir des personnes comme si elles étaient héritières d'un même père.

Sur l'interdiction de l'*adoptio in fratrem*, v. NALLINO, dans *Studi Riccobono*, III, p. 321 ss.

A l'époque républicaine, une forme spéciale d'adoption apparaît : l'adoption testamentaire. Elle peut porter sur des *sui iuris* comme sur des *alieni iuris*. Les liens de parenté civile de l'adopté restent inchangés mais il obtient le nom et la succession de l'adoptant. L'adoption testamentaire peut produire les mêmes effets que l'adrogation si l'adopté fait ratifier l'acte par les comices curiates par une procédure analogue à celle de l'adrogation.

La création de liens de parenté fictifs semble avoir été fort répandue à Rome, d'où la complexité de certains rapports familiaux : v. par ex. dans D., 23, 2, 12 : « J'ai eu une femme, je l'ai répudiée, elle s'est mariée depuis à Seius que j'ai adrogé par la suite, ce mariage n'est pas incestueux ».

Sur la plasticité des techniques anciennes et sur les déformations qu'elles ont pu subir à l'époque classique, v. DONATUTI, Contributi allo studio dell' « adrogatio impuberis ». La restituzione dei beni passati all'arrogatore per effeto dell'arrogazione, dans *BIDR*, 1961, p. 127 ss.

La « capitis deminutio ». — L'émancipation et l'adrogation entraînent un changement de famille et modifient le statut personnel.

Pour rendre compte de cette transformation, la doctrine romaine a créé une catégorie juridique : la *capitis deminutio*. V. sur cette question ELLUL, II, p. 472 ss.

C'est une construction essentiellement théorique qui sert à expliquer un ensemble de solutions déjà fixées par la pratique, d'où un certain nombre de contradictions. Le concept est à rattacher non pas aux questions de capacité mais aux trois statuts de la *persona* : *status libertatis*, *civitatis* et *familiae*. Une altération de ces statuts donne respectivement lieu à une *capitis deminutio maxima*, *media* ou *minima*. C'est autour de l'idée de mort civile que s'organiseront les effets de la *capitis deminutio*. V. KASER, dans *Iura*, 1952, p. 48 ss.

Parmi la bibliographie la plus récente, v. VOLTERRA, Filiazione, dans *NDI*, 1961, p. 308 ss. ; CASTELLO, Tre norme speciali romane in tema di filiazione, dans *Ann. Fac. giurispr.*, Genova, 1964, p. 292 ss. ; SACHERS, Legitimatio, *RE*, Suppl. X, 1965, p. 357 ss., et BERRUTTI, Emancipazione, *Enciclopedia del Diritto*, 1965, p. 807 ss.

On consultera également les études des romanistes polonais sur le problème des enfants illégitimes à l'époque du Principat : KULECZKA, dans *Czasop. Praw. Hist.*, 1966, p. 31 ss., et sur l'obligation alimentaire à l'époque royale : WYCISK, dans *Mélanges S. Plodzień*, Lublin, 1963, p. 215 ss.

Chapitre II

LA FAMILLE DANS L'ANCIEN DROIT

Section I. — Communauté et lignage

L'étude de l'ancien droit de la famille fera bien apparaître l'opposition de deux traditions coutumières : l'une qui fonde les droits de la parenté sur l'identité de sang, l'autre qui les fait provenir de la communauté de vie ou de biens ; c'est le sens de la distinction déjà faite des coutumes lignagères et des coutumes communautaires (pp. 9-12).

Cette distinction apparaîtra nettement dans le droit successoral (p. 390) ; elle est latente dans le choix du régime matrimonial puisque la communauté, en créant une association entre époux, contredit directement les droits du lignage.

La même opposition apparaît dans l'exercice des puissances domestiques : l'autorité tient au droit du sang, mais aussi à la vie commune. Et l'on conçoit que le fait puisse contredire le droit dans le cas, par exemple, d'émancipation ou dans celui du mineur orphelin.

Les traditions germaniques. — D'après les indications que fournit Tacite, les Germains ne font pas venir la parenté de la seule agnation : l'oncle maternel est placé presque sur le même pied que le père et les parents maternels jouissent de droits successoraux supérieurs à ceux des agnats (p. 369). L'autorité du père doit donc compter avec cette intervention des proches qui protègent la femme (p. 128) mais aussi ses enfants.

La solidarité de la famille est un fait incontestable : pour tout procès, les parents soutiennent de leur serment les plai-

deurs. Si un délit est commis, ils prennent parti (*Germ.*, XXI) pour venger la victime et percevoir le *wergeld* ou, au contraire, pour participer à son payement (t. I, p. 386).

L'existence du *comitatus*, qui annonce déjà la vassalité franque, est plus équivoque. Tacite dit expressément que dès qu'un adolescent est jugé par les hommes libres de sa famille capable de combattre, on lui remet la framée et que, dès lors, il ne fait plus partie de la famille *(domus)* mais appartient à l'État.

En fait, il entre dans la clientèle guerrière d'un chef. La puissance de celui-ci se mesure au nombre de ses « compagnons » qu'il recrute soit dans sa parenté (*Germ.*, XIII), soit dans d'autres familles illustres ; mais rien ne permet d'admettre que le compagnonnage crée une fraternité artificielle, *sippe*, *fara* ou *genealogia*, ou une adoption par les armes ; rien non plus ne confirme les thèses des germanistes qui voyaient dans la *sippe* l'équivalent de la *gens* romaine et attribuaient à ses membres un patrimoine commun des droits réciproques de succession et de tutelle. Même l'appropriation du sol par les « associations de marche » demeure fort hypothétique (t. II, p. 115).

Tout incline à croire, au contraire, que la famille germanique demeure une famille « étroite », réduite souvent au père, à la mère et à leurs enfants : c'est l'équivalent de la *domus* romaine et c'est, d'ailleurs, le terme qu'emploie Tacite pour la désigner. Il faut recourir à des textes scandinaves ou aux épopées germaniques pour trouver l'idée d'une véritable parenté guerrière ou d'une fraternité du sang.

La famille a l'époque franque. — Les mêmes incertitudes existent pour la famille franque : la *fara*, par exemple, dont le toponyme « La Fère » atteste l'existence, est-elle un clan en voie de devenir communauté territoriale ? Est-elle, comme Paul Diacre l'indique pour les Lombards, la *generatio vel linea*, le groupe de tous ceux qui descendent d'un ancêtre commun ? Ou est-elle simplement, comme dans l'édit de Rothari, une simple association militaire ?

L'idée communautaire n'a pas, en tout cas, chez les Francs, l'importance qu'on a parfois voulu lui attribuer : l'individu, s'il

doit compter avec les droits de sa famille ou même de ses voisins, garde sur son alleu des pouvoirs fort étendus. L'aristocratie gallo-romaine demeure puissante, surtout dans le Midi, et elle conservera longtemps ses traditions et ses structures sociales.

Il n'empêche que, plus ou moins tôt selon les régions, la famille va imposer aux individus son autorité et son contrôle. La solidarité des parents est de règle et elle fait dégénérer tout conflit ou tout crime en guerre ouverte entre deux familles. L'histoire franque est faite du récit de telles querelles (cf. Grég. Tours, IX, 19, l'épisode de Sichaire). La Loi salique impose le partage du *wergeld* entre les fils du défunt et ses parents mâles du côté paternel et du côté maternel. La Loi lombarde oblige les héritiers à soutenir les armes à la main les querelles de leur parent.

La famille est fondée sur la parenté naturelle. Seule existe une adoption à titre d'héritier — *affatomie* franque ou *thinx* lombarde — qui paraît bien n'avoir été pratiquée que par des vieillards sans enfants et qui, d'ailleurs, dégénère vite en simple transmission du patrimoine (*Form. Marc.*, II, 13).

La force des liens familiaux est attestée par les procédures qui permettent de les rompre : celui qui veut « se retirer de la parenté *(parentilla)* » doit aller au *mallum* briser sur sa tête quatre baguettes d'aune et renoncer à tout droit de succession (*Lex Sal.*, 60). La procédure de *chrenecruda* est spéciale au délinquant qui ne peut payer le *wergeld* qui lui incombe : il doit jurer qu'il ne possède rien ; il pénètre ensuite dans sa maison, recueille de la terre qu'il jette sur ses six plus proches parents, trois *de generatione matris* et trois *de generatione patris* ; enfin, en chemise, pieds nus, il saute la haie qui entoure la maison, ce qui signifie qu'il l'abandonne à ses parents qui devront payer le *wergeld*. S'ils ne peuvent le faire, ils doivent à leur tour faire *chrenecruda* et le coupable est livré à son créancier pour « composer avec sa vie ».

Les débuts de la féodalité : le lignage. — On connaît déjà le désarroi du premier âge féodal (p. 5). Dans un monde qui, désormais, lui est hostile, l'individu recherche l'appui d'un seigneur, de ses parents ou de ses voisins. L'évolution a été

parfaitement décrite par M. G. Duby (*La société aux XI*e *et XII*e *siècles dans la région mâconnaise*, 1953, p. 264) et elle crée vers 1050 des solidarités nouvelles : soit par un resserrement des liens familiaux, soit par un développement des communautés familiales.

Le « lignage » et la « maison » répondent, comme l'a montré M. PARTSCH pour le Valais, à des idées fort différentes. Une institution comme la *laudatio parentum* ne s'expliquerait que par l'existence d'une communauté de famille qui imposerait que chacun des membres de la « maison » autorise la vente ; au contraire, le droit de retrait appartiendrait à tous les lignagers (t. II, p. 419). Dans sa forme la plus absolue, la théorie aboutirait à prétendre que la résidence en commun supprime toute propriété individuelle et tout droit de succession : ce qui rejoint l'idée germanique de la propriété « en main commune » (t. II, p. 258) et aboutit, en définitive, à substituer les droits des communistes à ceux des parents (CHEVRIER, *RHD*, 1958, p. 99).

Les plus riches se rassemblent sur l'alleu familial que les coutumes successorales vont préserver de tout démembrement. Chacun soumet ses actes au contrôle de ses parents, ce qu'attestent les longues listes de témoins ou de garants qui désormais figurent dans les notices ; tous les parents portent le même nom de famille (dont l'usage apparaît justement à cette époque) ; tous portent les mêmes armoiries qui sont pour eux un signe de reconnaissance ; tous aussi conçoivent l'orgueil de leurs ancêtres ou de leur race.

Ces sentiments sont comme sublimés dans les chansons de geste dont l'inspiration est toujours « profondément généalogique » (Gaston PARIS). Roland ou Olivier combattent pour faire honneur à leurs parents ; toute la famille de Ganelon prend fait et cause pour lui ; les quatre fils Aymon reconnaissent Renaud pour chef non parce qu'il est l'aîné, mais parce qu'il est le plus brave.

Tout chef féodal, et le roi lui-même, ont ainsi autour d'eux leur « maison » ou *mesnie*, dans le Midi leur « compagnie », qui ne sont autre chose que l'ancien *comitatus* où se retrouvent ses « nourris » *(nutriti)*, ceux qui « partagent son pain » (ou *copains*,

le mot remonte au moins au XIIe siècle), ses compagnons, mais surtout ses parents, fils, frères ou neveux. L'institution du parage général (p. 405) appartient à cette époque dont elle exprime bien les tendances.

L'idée de lignage vient de là. La puissance d'un chef est due aux parents qu'il a autour de lui et qui sont ses « amis charnels et naturels ». Il les nourrit, les équipe, les consulte, mais prétend sur eux à une autorité presque absolue.

Dès le XIIe siècle, le péril passé, cette autorité va être plus impatiemment subie. Les coutumes permettent un partage qui, s'il est défavorable aux puînés, leur confère tout au moins une relative liberté : partage difficilement admis par la famille dont les droits sont, en contrepartie, définis :

1° La famille est tout entière impliquée dans la guerre privée que poursuit l'un des siens. Le chef du lignage devient le « chevetaigne » ou chef de guerre ; c'est lui qui peut conclure la paix (BEAUMANOIR, nos 1678-1681) et l'asseurement qu'il prête engage tous ses parents.

2° Le lignage joue un rôle dans la vie civile. Les parents doivent consentir à l'aliénation d'un propre (t. II, p. 405). Le « conseil du lignage » est imposé à la veuve qui veut marier sa fille (*Etabl.*, I, 67), comme au mari qui fixe le douaire de sa femme (BEAUMANOIR, n° 445). Si un crime est commis, les « enfants, neveux ou parents prochains ont pouvoir de venger leur ami » (*Jost.*, XIX, 4, 2). L'institution bretonne du *finport* (t. II, p. 410) permet d'appeler en cause tous les parents d'un plaideur et elle trouve son équivalent dans bien d'autres pratiques : la procédure de « mise à loi » de Reims qui est une mise en demeure à la famille de la victime de se porter accusateur (L. CAILTEAUX, *RHD*, 1963, p. 682) ou encore la « paix et fin » qui, en Suisse romande, donne à une vente la garantie de la famille (R. GRAND, *RHD*, 1952, p. 189).

Les règles de la succession, l'institution de la réserve confèrent à chaque lignage un droit sur le patrimoine de la famille (p. 483). Dans l'Ouest, le vieil esprit du lignage survit enfin dans le parage. Le chef parageur reste le maître de l'association qui s'est formée autour de lui ; il devait s'agir anciennement d'une organisation cohérente du lignage qui a laissé peu de trace

dans les actes et qui pouvait même, à l'origine, varier d'une famille à l'autre (H. LEGOHEREL, *RHD*, 1965, p. 233).

LES COMMUNAUTÉS DE FAMILLE. — Pour les paysans, la famille compte peu car la charge de les protéger incombe à leur seigneur. Ils sont solidaires devant lui pour les corvées comme pour les combats et cela même crée ou renforce les communautés de village ou de paroisse (t. II, p. 133).

L'exploitation d'un même fonds peut, cependant, créer des solidarités plus étroites. Dès l'époque carolingienne, existaient parfois sur un même manse plusieurs ménages associés et la *familia* comprenait tous les habitants d'une même maison. Dans quelques régions, en Auvergne, par exemple, les « mas » ou « hameaux » paraissent avoir pour origine une ancienne communauté familiale dont l'existence maintient l'intégrité du manse (L. BOUYSSOU, *RHD*, 1942, p. 52-66). Au contraire, le fractionnement du manse, là où il s'est produit vers le XIIe siècle, a évidemment joué contre toute communauté.

Les circonstances de temps et de lieu sont, d'ailleurs, difficilement perceptibles car de telles communautés, par cela même qu'elles étaient tacites (« taisibles »), n'ont guère laissé de trace dans les documents. Elles connaissent un regain à partir du XIIIe siècle pour permettre à des familles serves de faire obstacle à la mainmorte seigneuriale (MASUER, *Practica*, 33, 20). Aux XIVe et XVe siècles, les guerres et l'insécurité n'ont pu que renforcer la cohésion familiale (cf. p. 395).

A ce fond général, chaque province donne sa couleur propre :

1) Les coutumes de l'Ile-de-France demeurent, en général, hostiles. On admet bien, en principe, que le seul fait de vivre ensemble pendant l'an et jour crée une communauté (BEAUMANOIR, n° 625) ; mais on s'ingénie tout aussitôt à multiplier les restrictions. La communauté ne peut exister qu'entre parents, par exemple, entre père et fils (*Olim*, III, p. 1176, n° 78) ou entre le conjoint survivant et ses enfants (*Gr. Cout.*, p. 365). Elle ne se forme pas entre gentilshommes à raison des principes de la garde ; elle ne porte, en tout cas, que sur les meubles et acquêts (*Olim*, II, p. 473) et n'existe que si elle paraît répondre à la volonté des parties, ce qui permet à chaque

communier de demander le partage : « Un parti, tout est parti » (LOYSEL, n° 77). Pour Beaumanoir, comme pour le *Grand Coutumier*, de telles communautés ne sont qu'un expédient provisoire ; elles permettent de liquider une situation de fait, par exemple, celle qui peut exister, comme aujourd'hui, entre cohéritiers avant le partage : « Visiblement, en cette fin du XIVe siècle, l'institution se meurt » (OL.-MARTIN, t. II, p. 177).

2) Au contraire, le génie de nombreuses coutumes demeure communautaire. Le passage que consacre Guy Coquille aux communautés parsonnières du Nivernais est célèbre : la communauté existe du seul fait de la vie commune, « en celle » (maison), « à un même pain et pot », « au même chanteau » (au même pain). Elle est placée sous la direction d'un chef qui a tout pouvoir de la représenter : « Qui a compagnon, a maître » (LOYSEL, n° 364). A la mort d'un associé, il n'y a pas de partage : l'actif commun appartient à ceux qui demeurent au nombre desquels peuvent être les enfants du défunt. La communauté se perpétue « par subrogation des personnes qui y naissent ou sont appelées d'ailleurs » (cf. p. 270).

Les mêmes pratiques existent en Bourbonnais, Marche, Auvergne, sans doute en raison de la pauvreté du pays. On les retrouve dans le Nord où elles paraissent bien répondre, au moins pour les biens roturiers, à une tendance si profonde qu'elle inspire tout le droit successoral et conduit, entre époux, à la pratique de la communauté universelle.

3) Dans tout le Midi, les communautés ont été pareillement pratiquées. Leur existence est attestée par les coutumes du littoral atlantique (A. C. Bordeaux, 44), mais aussi dans toute la zone centrale, Périgord, Quercy et en Roussillon. Souvent, les communautés sont constituées par des contrats d'*affrèrements* qui établissent entre frères, entre époux ou même entre étrangers une communauté de tous biens ; le produit du travail de chacun est commun ; on doit faire une « table, une bourse et un pain ». La communauté supportait la charge de l'établissement des frères et sœurs ou des enfants exclus de la succession. Même les romanistes (BALDE, par exemple) admettent l'existence d'un *consorcium* pour ceux qui sont *ad panem*

et vinum et allèguent, pour en justifier l'existence, l'épître aux Corinthiens (I^{a}, 10, 17).

De telles communautés peuvent, d'ailleurs, exister entr bourgeois des villes ou entre artisans ; entre nobles, la pratiqu méridionale de la coseigneurie crée pareillement une association qui — encore qu'elle soit fondée sur l'égalité — n'est pas sans rappeler le parage.

La « MAISON ». — Le symbole de l'unité de la famille est la « maison » et celle-ci va prendre, surtout dans le Midi, souvent une importance décisive. C'est par rapport à elle que peut être fixé le régime matrimonial (p. 280). Elle apparaît comme un refuge et les filles mariées stipulent dans leur contrat de mariage qu'elles y seront reçues en cas de besoin. Tous ceux qu'elle abrite doivent reconnaître l'autorité du chef de famille qui, d'ailleurs, comme aujourd'hui, est responsable des « personnes de la maison » (cf. art. 1735 C. civ.). La famille rurale s'appuie sur une propriété indivise et très stable que l'usage du testament permet souvent de maintenir.

Partout où la terre est rare et la culture difficile — en Valais, mais plus encore dans les Pyrénées — le pays se prête mal aux entreprises féodales comme aux spéculations bourgeoises. C'est dans le Lavedan que Le Play a découvert la famille-souche, liée à la permanence de la maison, *ostau* ou *lar*. La « salle » — où l'on « fait feu et où l'on mange pain » — devient le centre de la famille. L'aîné hérite la maison, ce qui impose le sacrifice des cadets : ceux-ci, normalement, ne se marient pas et s'ils restent près de leur frère c'est comme *sterlos* ou *esclaus*, couchant dans la grange et n'ayant que la dernière place à la table de famille. L'aîné possède sur eux une véritable puissance et il est seul responsable de leurs délits. S'ils partent, ils ne peuvent prétendre qu'à une faible somme d'argent fixée par un conseil de parents (p. 434).

L'exemple suffit à indiquer que les communautés familiales peuvent tout aussi bien répondre — comme dans le Nord — à un esprit d'égalité que servir l'autorité du chef de famille : dans le Midi, elles renforcent la *patria potestas* et lui donneront une justification nouvelle.

SECTION II. — La puissance paternelle

Tout au long de l'ancien droit, l'autorité du père persiste : elle s'exerce sur la femme et sur les enfants ; elle les maintient et les rassemble autour du chef qui décide et qui gouverne.

Pourtant, cette autorité, qu'elle s'exerce sur la personne ou sur les biens, est moins absolue qu'à Rome :

1) Tandis que la *gens* n'a à Rome aucun droit, l'intervention de la famille et du lignage est très nettement affirmée, quant aux biens, dans des institutions comme la réserve ou le retrait ; la parenté par les femmes est retenue comme la parenté agnatique ; la mère et sa famille peuvent parfois s'opposer à la volonté du père.

2) On a prétendu opposer à la tradition romaine une tradition germanique plus libérale : non seulement l'autorité du père n'existerait que dans l'intérêt de l'enfant qui, arrivé à l'âge d'homme, en aurait été libéré, mais on a parlé d'esprit d'association, voire de conception égalitaire ou républicaine. En fait, cette quasi-égalité a pu exister dans le cadre de fortes communautés familiales : en Valais, par exemple, où père et enfants ont des droits égaux.

3) La tradition chrétienne est plus équivoque : elle exalte l'autorité nécessaire mais la tempère tout aussitôt par un appel à la charité : la famille crée des droits, mais aussi des devoirs. L'enfant, dira saint Thomas, appartient à Dieu avant d'être à ses parents : *non est parentis sed ipsius dei.*

4) Il n'empêche que, jusqu'au XIXe siècle, les conceptions romaines — par leur netteté et aussi par leur rigueur — seront comme un point de mire. Elles connaîtront même, à partir du XVIe siècle, un regain dû à l'état social, à la rupture des liens lignagers, comme aux conceptions politiques : l'époque des rois absolus est aussi celle des pères absolus. Pour Bodin : « La puissance domestique semble à la puissance souveraine. » Les mœurs peuvent souvent adoucir le droit : celui-ci demeure fort rigoureux et doit être spécialement étudié.

§ 1. L'époque franque

La tradition germanique. — Dans le droit germanique, le père possède sur ses enfants un pouvoir qu'on appelle communément le *mundium* (encore que le mot n'apparaisse que dans les textes postérieurs aux invasions). C'est l'équivalent exact de la *manus*. L'enfant, comme le note Tacite (*Germ.*, 30), vit « pêle-mêle avec les animaux et les esclaves » et il n'est pas mieux traité qu'eux. Le père possède le droit de correction mais les mœurs lui refusent le droit de vie et de mort. Le *mundium*, au contraire de la *manus*, n'est pas perpétuel. Les filles passent normalement par le mariage sous le *mundium* de leur mari. Pour les fils, dès qu'ils sont, au jugement des hommes libres de la famille, capables de combattre, on leur remet la framée : alors, ils ne font plus partie de la famille *(domus)*, mais appartiennent à l'État. En fait, ils entrent dans une clientèle guerrière, le *comitatus*, qui annonce déjà la vassalité ; ce qui aboutit forcément à substituer l'autorité du chef à celle du père.

L'époque franque. — Le *mundium* est une puissance que le roi possède sur ses sujets, le mari sur sa femme, le père sur ses enfants : à l'égard de ceux-ci, il concerne leur personne comme leurs biens.

1) Le *mundium* s'exerce sur les enfants légitimes mais aussi, semble-t-il, sur les enfants naturels, au moins s'ils sont nés d'une femme libre ; la situation de ceux-ci n'empirera que sous l'action de l'Église, toujours hostile aux unions hors mariage. Le droit du père ne paraît pas aller jusqu'à lui permettre de tuer ou de ne pas reconnaître l'enfant ; si les nouveau-nés étaient souvent abandonnés devant une église (*Form. Angers*, 49 ; *Tours*, 11), les conciles interdisent cet abandon et condamnent le père à l'exil ou même à mort.

Le père peut corriger ses enfants : la Loi des Visigoths (IV, 5, 1) lui permet de les fouetter, en accordant, d'ailleurs, le même droit à la mère et aux grands-parents. Il semble que les fils pouvaient se marier sans le consentement de leur père aussi bien chez les Gallo-romains (Sid. Apoll., VII, 6) que chez

les Francs ; au contraire, le père devait autoriser le mariage de ses filles et pouvait même les contraindre à se marier.

A l'époque carolingienne, l'Église impose quelques atténuations : les capitulaires (BORETIUS, t. I, p. 40, 122, 346) permettent au fils d'être ordonné sans l'autorité de son père. Charlemagne et son fils obligent, en outre, le père à instruire dans la religion chrétienne ses enfants et rappellent à ceux-ci qu'ils doivent le respect à leur père.

2) Le *mundium* s'exerce aussi sur les biens : ce qui concerne le cas de l'enfant qui, après la mort de sa mère, hérite la dot de celle-ci (constituée par le père, cf. *infra*). La législation carolingienne interdit au père d'aliéner ces biens et lui impose, au moins s'il se remarie, de les rendre à son fils quand il aura atteint l'âge convenable *(perfecta aetas)*. L'idée de copropriété familiale paraît exister, spécialement dans le droit bourguignon (*infra*, p. 245), de sorte que les enfants en viennent à intervenir aux aliénations faites par leur père.

En droit franc, l'enfant est incapable de s'obliger par contrat (*Loi Rip.*, LXXIV). Le père est responsable des délits qu'il commet et peut même, semble-t-il, l'abandonner à la victime. Tout délit contre l'enfant constitue une violation du *mundium* dont le père peut tirer vengeance.

3) Tous les témoignages indiquent que le *mundium*, contrairement à la *patria potestas* romaine, n'est pas perpétuel ; mais une discussion demeure :

a) L'autorité du père est-elle liée à l'existence d'une communauté familiale ? Son pouvoir cesserait alors, en *fait*, dès que l'enfant n'habite plus avec lui, soit que le père chasse son fils (comme il peut chasser la femme adultère avec l'avis de ses parents), soit que le fils quitte volontairement la maison (*Lex Burg.*, LI), soit qu'il entre dans un compagnonnage (*L. Rom. Cur.*, XXII, 6 ; XXIII, 7).

b) Le pouvoir du père cesse-t-il, au contraire, en *droit*, dès que le fils a atteint la majorité ? Celle-ci était fixée par la Loi salique (XXIV, 5) à douze ans, par la Loi ripuaire (LXXXI) et la Loi des Burgondes (LXXXVII) à quinze ans. Alors, suivant la tradition germanique, le jeune homme était tondu par son père et les armes lui étaient remises devant le peuple assemblé.

A bien lire les textes, il n'apparaît pas que l'idée d'une majorité émancipatrice soit pleinement admise. Il s'agirait plutôt d'une sorte de majorité pénale ou politique : à quinze ans, l'enfant est responsable de ses délits et il doit prêter serment au roi (*Capitul.*, 792 et 802) ; mais tant qu'il habite la maison du père, il demeure soumis à son autorité. L'émancipation complète ne peut résulter d'une rupture de fait avec la communauté familiale.

Pour les filles, le *mundium* est transmis le jour de leur mariage du père au mari (ce qui apparaît dans les formes du mariage, p. 184) ; cependant, la législation visigothique comme les conciles carolingiens s'efforcent de réprimer les abus : en permettant, par exemple, à la fille d'entrer dans un monastère ou d'en appeler aux prêtres si son père refuse de la marier.

§ 2. La puissance paternelle en droit coutumier

La « mainbournie ». — Le *mundium*, parfois qualifié de *mundeburdium* (cf. *Form. Marc.*, I, 24), se perpétue dans la mainbournie des pays coutumiers :

1) L'autorité du père sur la personne de ses enfants se traduit, comme pour la femme (*infra*, p. 129), par un droit de correction : tandis que les coutumes du Nord sont à cet égard fort rigoureuses, on insiste ailleurs sur la modération nécessaire. L'enfant ne peut être vendu (Boutillier, I, 68), mais il est fréquent que le père se donne comme serf avec tous ses enfants.

2) Tous les auteurs coutumiers indiquent, d'autre part, que l'enfant ne peut rien posséder (Beaumanoir, n° 640). Cependant, il s'agit d'une situation de fait plutôt que d'un état de droit. L'affirmation souvent reprise (*Gr. Cout.*, II, 40) que tous les « conquêts des enfants en puissance sont au père » paraît bien venir du droit romain et elle est contredite dans quelques cas : pour les dons faits par le mariage, pour les successions collatérales et aussi — ce qui rappelle les pécules romains — pour les acquisitions faites par les enfants par « service ou prouesse de leur corps » (*T. A. C. Bretagne*, 209).

3) Cela même implique qu'à partir d'un certain âge, qui varie avec les coutumes, le fils peut s'obliger par ses contrats

ou par ses délits : on dit alors qu'il est « en âge ». Mais la question est loin d'avoir pour le fils de famille l'importance qu'elle aura pour le mineur orphelin (*infra*, p. 113) et la pleine indépendance du fils ne peut exister que s'il cesse d'habiter avec ses parents.

4) La mère, comme le dit très nettement Beaumanoir (nos 631 et 640), possède conjointement avec le père la puissance paternelle. Elle le remplace s'il est empêché avec moins de droits, cependant, que n'en possède le père survivant. Au contraire, la puissance du père ne s'exerce jamais sur les brus ou les petits-enfants, ceux-ci étant toujours placés sous l'autorité de leur propre père.

Au lieu de l'inflexible logique romaine, la pratique coutumière est pleine de tâtonnements ; la famille n'est pas organisée d'une manière systématique, elle se gouverne d'elle-même et la coutume n'intervient que comme une règle presque officieuse et dans des cas rares. Cette différence avec la *patria potestas* romaine est exprimée par un brocard sans doute traduit de la glose des *Institutes* : en France, « puissance paternelle n'a lieu » (Loysel, no 37). L'Eglise permet toujours à l'enfant de se marier ou d'entrer librement dans les ordres. Les mœurs font le reste et, si elles demeurent sévères pour les enfants, elles font tout au moins aux parents une obligation de les nourrir et de les élever. Les *Assises de Jérusalem* imposent même au père l'obligation de rembourser ce que l'écolier a emprunté « pour son vivre ou pour payer son maître ».

Les pratiques communautaires. — Jusqu'au xive siècle, ces règles demeurent assez floues, ce qui tient à l'existence fréquente entre parents et enfants d'une communauté familiale qui impose sa logique propre : tant que les enfants demeurent en « celle », dans la maison de leur père, celui-ci est « chef d'hôtel ». Beaumanoir (no 640) accorde, par exemple, la « garde et mainbournie » aux père et mère qui ont « leurs enfants avec eux » et qui sont alors responsables des délits qu'ils commettent : le père ne peut « esquiver le péril » qu'en les « ôtant d'autour soi » et « à mesure qu'ils viennent en âge » en les mettant « hors de leur maison et hors de leur mainbournie ».

Il est normal que ces règles soient plus nettes encore dans

les coutumes où les tendances communautaires sont les plus vivaces : dans toute la Flandre méridionale et aussi en Lorraine et dans une grande partie de la Suisse et dans la Vallée d'Aoste, l'autorité est exercée par le père et la mère tant que l'enfant n'est ni émancipé, ni marié. Si la mère vient à mourir, la puissance cesse pour faire place au bail (ce qui n'est pas sans rappeler le cas de « lit brisé » qui prive alors le père de la succession de ses enfants, cf. p. 414). Tant que les parents vivent, les enfants non mariés ne font qu'un avec eux et ils ne peuvent rien posséder en propre. Le père est responsable de leurs méfaits et aussi de leurs contrats à moins qu'il ne nie qu'ils tiennent ménage avec lui. Il ne peut faire cesser cette responsabilité qu'en notifiant dans les paroisses que personne ne doit faire confiance à ses enfants tant qu'ils ne sont pas entrés en possession de leur héritage (Saint-Amand-en-Pévèle, IX, 20).

L'IDÉE D'UNE MAJORITÉ ÉMANCIPATRICE. — Les coutumes flamandes gardèrent, avec bien des nuances, jusqu'au XVIIIe siècle, ces principes qui ont pu être considérés par Meijers comme l'un des caractères du droit qu'il appelle belgo-helvétique (*Etude hist. du droit*, t. I, p. 100). La Bourgogne conserva des règles analogues.

Au contraire, on trouve, dès la fin du XIIIe siècle, dans l'*Ancien coutumier de Champagne* (éd. PORTEJOIE, 26), l'affirmation qu'au moins le mineur roturier est émancipé non seulement par la séparation de « feu et bien » mais par l'âge et le mariage.

Les coutumes de l'Ouest dont l'inspiration est, on le sait, toute féodale ne s'intéressaient qu'au sort des biens des mineurs. La garde et la majorité féodale ne concernaient que le noble possédant fiefs ; or, s'il était presque sans exemple qu'un enfant dont le père et la mère vivaient possédât des biens, on ne distinguait pas cependant sa condition de celle d'un mineur orphelin. L'âge de la majorité féodale ayant été reculé jusqu'à vingt-cinq ans, la règle fut couramment rapprochée des règles romaines de la *restitutio in integrum*. La plupart des coutumes admirent, à partir du XVIe siècle, que, même pour les fils de famille, la majorité serait fixée à ving-cinq ans. Il paraît bien qu'à l'origine les enfants arrivés à cet âge pouvaient

acquérir pour eux-mêmes et que le père perdait l'usufruit qu'il avait sur leurs biens (Poitou, art. 317) ; mais ils demeuraient « en la mainbournie de leur père et mère » (LOYSEL, n° 161).

Au XVIIIe siècle, au contraire, le droit commun coutumier admet pleinement l'idée de majorité (BOURJON, I, p. 42) : la puissance paternelle disparaît quand l'enfant a atteint l'âge de vingt-cinq ans (ce qui la distingue encore de la *patria potestas* romaine). L'enfant majeur doit toujours le respect à ses parents et s'il se marie sans qu'ils l'y aient autorisé, il doit leur faire des « sommations respectueuses » (p. 208).

Cependant, quelques coutumes romanisantes (Berry, Bourbonnais, Bretagne) subissent l'influence romaine et exigent, pour reconnaître la pleine capacité du fils même majeur, un acte de volonté du père ou au moins une habitation séparée ; l'intervention du père équivalait à un consentement et elle emportait son obligation solidaire. Beaucoup de coutumes accordent au fils de famille le bénéfice de restitution. Quant au testament, il est soit interdit (Flandre), soit soumis à l'autorisation du père (*T. A. C. Bretagne*, art. 67), soit limité aux biens acquis par le fils (Berry, art. 18 ; Lorraine, IV, 5). La coutume de Paris (art. 293) ne permet de tester des meubles qu'à l'âge de vingt ans et du quint des propres à vingt-cinq ans. Cette règle fut généralement admise comme l'expression du droit commun.

L'ordonnance de 1673 sur le commerce (I, art. 6) admet que « tous négociants ou marchands en gros ou en détail seraient réputés majeurs pour le fait de leur commerce » et l'on appliqua cette ordonnance aux artisans et ouvriers pour les actes de leur métier.

La plupart des coutumes décident, enfin, que le mariage émancipe (*N. C. Paris*, art. 239 ; DU MOULIN, *Bourbonnais*, art. 116), tout au moins, comme ajoute la coutume de Bretagne, si le père y a consenti.

LA PUISSANCE PATERNELLE AUX XVIIe ET XVIIIe SIÈCLES. — Les anciens auteurs rapprochaient la situation des parents de celle du tuteur : la puissance paternelle, dira Pothier (*Personnes*, I, 6, 2), ne consiste que « dans le droit qu'ont les père et mère de gouverner avec autorité la personne et les biens de

leurs enfants jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se gouverner eux-mêmes et leurs biens ».

Quant aux biens, la pratique coutumière va dégager — des principes de la garde, comme des règles romaines des pécules — une théorie simple d'où procédera l'administration légale du Code civil :

1) Le patrimoine de l'enfant est distinct de celui du père, tout au moins s'il n'existe entre eux aucune communauté (COQUILLE, *Quest.* 65) ; les donations faites au fils lui demeurent propres et ne sont pas acquises au père.

2) Le père administre normalement les biens de ses enfants, ce que Loysel (n° 160) traduira : « Bail, garde, mainbour, légitime administrateur sont quasi tout un » (cf. également COQUILLE, Nivernais, art. 2). Si la mère est morte, quelques coutumes (Auvergne, XI, 2 et 5 ; Bourbonnais, art. 174 et 178 ; Bourgogne-duché, VI, 7) attribuent au père l'administration des biens « adventifs ou maternels », ce qui est un souvenir manifeste de la théorie romaine des biens adventices. D'autres coutumes (Berry, XVII, art. 22) accordent le même droit même à la mère survivante. Plus généralement, le survivant des père et mère devient gardien.

3) La jouissance des biens qui appartiennent au mineur suscite les mêmes divergences. Les coutumes romanisantes accordent au père tous les fruits et revenus de ces biens et, parfois même (Poitou, art. 317), la propriété des meubles ; le gardien noble fait de même les fruits siens. Plus généralement, le père ne possède aucun usufruit et peut seulement prélever sur les biens de ses enfants les frais d'entretien ou d'éducation.

Quant à l'autorité du père de famille, on la rattache désormais à l'ordre public et aux principes du gouvernement monarchique : la discipline des familles paraît impliquer leur soumission à l'autorité royale. Bourjon (t. I, p. 40) en vient même à blâmer « l'esprit républicain » de la *patria potestas* romaine. Non seulement, la tradition gallicane n'admet pas que le fils puisse se marier librement (cf. p. 207), mais le droit de correction est très largement admis : il permet au père de faire enfermer ses enfants dans une maison de force ou dans une maison religieuse, voire de prononcer contre eux une condamnation aux

galères. L'intervention du juge n'était requise que si le père veuf avait convolé ou si le placement était demandé par la mère survivante. Si l'enfant « rebelle » désertait la maison paternelle, le père pouvait agir contre lui par la force armée, *manu militari*. En fait, le père demandait et obtenait une lettre de cachet après enquête de l'intendant. L'exemple de Mirabeau est à cet égard célèbre.

Cependant, l'enfant peut contracter un engagement dans l'armée (cf. art. 374 C. C.) et, dans ce cas, dit Pothier, « l'intérêt public doit l'emporter ». La même idée conduira souvent les tribunaux à intervenir pour contrôler l'usage que le père faisait de son droit : il s'agit d'un « pouvoir de haute surveillance pour maintenir l'autorité paternelle dans les bornes de la justice » (MERLIN, v° *Education*, I, 10). On reconnaissait même au ministère public le droit d'agir directement contre le père ou la mère (POTHIER, *Mariage*, n° 384).

L'ÉMANCIPATION. — L'émancipation est anciennement une rupture de la communauté familiale : comme le dit Loysel (n° 38), « Feu et lieu font mancipation ». Le père peut ainsi punir son fils ou se décharger de toute responsabilité pour ses délits ; il peut aussi l'établir en lui consentant une donation. Le mariage n'est réputé émanciper que parce qu'il entraîne ordinairement la sortie de la maison paternelle.

Il s'agit, à l'origine (BEAUMANOIR, n° 640), d'une situation de fait dont les coutumes du Nord indiquent bien la portée : l'enfant émancipé n'est plus « parçonnier » et, si ses parents ne lui donnent pas son « parçon », il peut s'adresser aux échevins pour le réclamer (Saint-Amand, IV, 78) ; s'il l'obtient, il ne doit pendant un an « ni manger, ni boire, ni dormir en l'hôtel de son père ».

Avec le déclin des idées communautaires, l'émancipation va devenir une procédure soumise à des règles précises :

1) L'intervention du juge qui, à l'origine, n'avait d'autre but que de déjouer les fraudes, va se muer en autorisation. De l'ancienne séparation on ne garde qu'un symbole, par exemple le père rompt un morceau de pain et le donne à son fils pour signifier qu'il le met « hors de pain et de pot ». Le juge intervient soit pour dresser un procès-verbal, soit pour autoriser l'éman-

cipation. La même autorisation peut être donnée par la chancellerie royale qui délivre à cet effet des lettres royales.

2) L'initiative appartient au père et l'acte équivaut à une abdication de la puissance paternelle ; cependant, certaines coutumes (Bretagne, art. 204) ont égard à la volonté du fils qui peut soit refuser d'être émancipé, soit, au contraire, l'exiger : ce qui conduit parfois (Poitou, art. 317) à attribuer au père une partie des fruits ou des revenus appartenant à son fils. On aboutissait aussi à l'idée d'une sorte de contrat qui peut être reçu par un simple notaire.

3) L'idée réapparaît, cependant, dans l'émancipation taisible : la séparation d'habitation suffit, au moins entre roturiers, à établir que le fils est devenu « personne de son droit » *(sui iuris)* ; au contraire, entre nobles, il faut, en Poitou, une émancipation expresse (*Vieux Coust.*, éd. FILHOL, p. 195). L'émancipation est présumée par les coutumes non seulement au cas de mariage, mais si le fils accède à la prêtrise (Bourbonnais, art. 166), à l'épiscopat, s'il obtient un bénéfice, s'il exerce un commerce ou une profession séparés et, parfois, s'il accède à un office inamovible.

L'effet de l'émancipation n'est autre que de donner au fils de famille mineur le droit d'administrer ses revenus ; il ne peut ni aliéner ses immeubles avant sa majorité, ni ester en jugement sans être assisté d'un tuteur ou d'un curateur : à Paris, par exemple, où l'émancipation concerne souvent de très jeunes écoliers, elle s'accompagne presque toujours d'une désignation de curateur. Seul, l'émancipé par mariage est réputé père de famille.

§ 3. LA PUISSANCE PATERNELLE DANS LE MIDI

COMMUNAUTÉ ET « PATRIA POTESTAS ». — Le Midi a très largement pratiqué, jusqu'au XIIIe siècle, surtout à la campagne, les communautés familiales, au point que dans tout le Sud-Ouest, dans le Centre, dans les vallées des Alpes, tout le droit familial en subit la marque. L'autorité attribuée au chef de famille est une discipline économique et morale autant qu'une règle juridique. Le fils qui quitte sans autorisation la maison

se rend coupable de rébellion mais aussi d' « ingratitude », il paraît normal que le père puisse par son testament le priver de tout droit de succession (p. 525).

Les pratiques communautaires vivifiaient ainsi les règles de la *patria potestas*. L'autorité du père durait toute sa vie, sauf s'il faisait « démission » des biens ; le fils devait non seulement l'honorer mais le servir en travaillant et en acquérant pour lui ; la famille n'avait qu'un patrimoine qui était celui du père : le père ne pouvait rien donner à son fils et celui-ci ne devenait ni créancier ni débiteur en son nom propre, au point qu'il était tenu, plus nettement même qu'en droit romain, pour incapable de s'obliger.

La théorie des pécules, importante en doctrine, n'avait que peu d'applications à la campagne puisqu'elle ne concernait que les biens acquis à l'armée ou dans une fonction de l'Etat ou de l'Eglise. Quant aux biens adventices, le père en avait tout au moins l'administration et l'entière jouissance.

La divergence du fait et du droit apparaît surtout dans les villes : dès lors que la communauté de vie est rompue, les fils de famille vont acquérir, en pratique, une liberté que, surtout à partir du XVIIe siècle, la jurisprudence va strictement contrôler et limiter.

LE DROIT URBAIN. — Il s'en faut de beaucoup, au Moyen Age, que les règles romaines soient universellement et exactement appliquées.

1) La puissance paternelle n'a jamais un caractère perpétuel : à Avignon, par exemple, un grand-père n'a jamais sous sa puissance ses petits-enfants et il n'intervient même pas pour autoriser leur mariage.

2) L'autorisation paternelle est très rarement stipulée dans les actes. Le fils est considéré comme pleinement propriétaire des biens qui, d'après le droit romain, rentreraient dans le pécule *castrens* (que posséderaient tous les nobles) ou *quasi castrens*. La pratique admet, en outre, qu'il puisse renoncer à la protection légale à condition d'assortir sa renonciation d'un serment. Il peut contracter et plaider librement, il a, disent les bartolistes, une *integra persona*. La seule restriction vient de la théorie des biens adventices : sur ceux-ci, le père possède

bien un droit d'usufruit mais non, contrairement à ce qu'admettaient les glossateurs, un droit de disposition. L'aliénation ne peut être faite que par le fils habilité par le *consensus* de son père.

3) La pratique reconnaît, enfin, l'existence de contrats conclus entre un père et son fils ; le serment suffit, ici encore, à les valider en raison de l'obligation naturelle qu'ils font naître. Au contraire, le fils demeure incapable de faire un testament et aucune autorisation ne peut l'habiliter ; il peut, au contraire, faire une donation à cause de mort (p. 462) et c'est la forme qu'usuellement les notaires donnaient à ses dispositions.

4) L'émancipation romaine existe dès le XIIe siècle, mais l'institution ne devint jamais usuelle. L'acte est dressé par un notaire et mentionne les formes qui ont été observées ; le fils s'agenouille devant le père et le supplie de le libérer de la puissance paternelle ; le père y consent et, souvent après lui avoir fait une donation, lui donne le pouvoir de « tester, de faire le commerce, d'acheter, de vendre, d'agir en justice, de contracter et de transiger ». L'émancipé conserve, d'autre part, tous ses droits successoraux. L'émancipation tacite ne peut exister car tous les romanistes répètent que, dans le doute, il faut présumer la puissance paternelle. Il n'empêche que l'on trouve souvent l'affirmation que pour avoir son plein effet la *patria potestas* suppose la communauté de vie.

Les derniers siècles de l'Ancien Régime. — A cette relative souplesse du droit médiéval va succéder, à partir du XVIe siècle, une application stricte des règles romaines. Comme dans les pays coutumiers, la transformation répond au changement des mœurs et elle est due ici à l'action conjuguée des Parlements et des humanistes. Alciat (*Dispunctiones*, II, 22), par exemple, réfute l'opinion d'Accurse et de Balde qui avaient affirmé que les Français ne connaissaient pas la puissance paternelle. A Toulouse, il est très net qu'au début du XVIIe siècle l'arrêtiste Maynard (II, 95) et le commentateur de la coutume François François (III, 1) accumulent les arguments pour établir que la « puissance et autorité paternelles avaient lieu en France » et pour « étroitement garder et observer le droit écrit ». Ils veulent notamment restreindre la portée de la

coutume de Toulouse (art. 121) qui admettait l'émancipation par mariage.

Il ne subsistera, en définitive, entre les Parlements que quelques divergences d'interprétation.

1) Le fait même que le mariage n'émancipe pas (sauf en Lyonnais, Forez, Beaujolais et Auvergne ressortissant au Parlement de Paris) soumet les petits-enfants à la puissance de leur grand-père. Celle-ci persiste même si le fils vient à être émancipé. De ce fait, des hommes de soixante ans pouvaient être encore sous la puissance de leur père.

2) Le fils en puissance ne peut tester. Cependant, le Parlement de Toulouse lui permet de faire une disposition même en faveur de son père s'il est autorisé par celui-ci.

3) Le père jouit de l'usufruit de tous les biens de ses fils et il conserve cet usufruit s'ils meurent avant lui, même, suivant certains Parlements, si ces biens étaient grevés d'un fidéicommis. Tout ce que le fils acquiert appartient au père en pleine propriété car « les acquisitions du fils de famille procèdent de la substance paternelle et reviennent au père comme à la source de la fontaine d'où elles sont issues » (FRANÇOIS, III, 1). En revanche, le père est responsable de la dot de sa belle-fille et, en Provence et Dauphiné, de l'augment, des bagues ou joyaux et du trousseau (cf. p. 285).

On admet même, sur le fondement d'une loi romaine (C., VI, 61, 6) que le père qui émancipe son fils ou sa fille peut retenir la moitié de ses biens en usufruit. Le père jouit de cet usufruit même sur les biens acquis après l'émancipation ; cette faveur qu'Accurse et Balde restreignaient aux biens provenant de la mère (C., VI, 60, 3) fut étendue par Cujas à tous les biens échéant au fils.

4) Le sénatus-consulte Macédonien interdit au fils de s'engager pour cause de prêt et même, en Provence, pour des marchandises achetées. On excepte, cependant, l'argent prêté aux écoliers ou les « négociations utiles », mais on répute que la nullité étant prononcée en haine des créanciers et non en faveur du fils, aucune renonciation au Macédonien n'est possible (E. MEYNIAL, *NRH*, 1901, p. 262).

Quant à l'émancipation, elle ne peut résulter que d'une

déclaration expresse faite devant le juge ou (au moins à Toulouse) en présence d'un notaire. Néanmoins, le père qui abuse de son pouvoir ou qui gère mal ses biens peut être contraint d'émanciper son fils.

L'ADOPTION. — L'adoption allait trop directement contre les droits du lignage pour être admise par le droit coutumier (DU MOULIN, *Cout. Paris*, II, 2, 10) et les seules exceptions concernent l'Auvergne où l'adoption ne confère aucun droit de succession (MASUER, XVI, 38), la Saintonge où elle équivaut à une institution d'héritier et la Lorraine.

Même dans les provinces méridionales, l'adoption est très peu pratiquée (MERLIN, v° *Adoption*) : elle apparaît « également contraire aux lois de la nature et du christianisme ». A Lyon, à Avignon, en Provence, on a pu citer quelques exemples d'adoption sans qu'il soit possible d'affirmer que l'adopté succédât à l'adoptant. L'acte est parfois qualifié d'*adrogation* et il concerne alors un beau-fils de l'adrogeant. Le plus souvent, le contrat précise les effets qu'il produira : obligation d'entretenir l'enfant et, s'il s'agit d'une fille, obligation de la doter.

L'*affiliation*, qui est plus fréquente, avait pour objet, comme l'affrèrement, d'organiser une communauté de tous biens. En Périgord, l'affiliation était l'adoption d'un gendre par son beau-père (A. DUMAS, *Les gens mariés...*, p. 169-174). En Provence et dans le Comtat, le contrat stipule que chacune des parties renonce à faire un testament ou à demander le partage : tous les biens appartiendront au survivant. L'affilié s'engage à obéir à l'affiliant, à le respecter, à se comporter en toutes choses comme un bon fils ; il ne s'agit pas, pourtant, d'une adoption créant une véritable puissance paternelle, mais d'une société : l'argent, stipule-t-on parfois, sera mis dans une caisse à deux serrures dont chaque partie aura une clef.

Enfin, les *donations d'enfants* ont toujours été pratiquées ; elles concernent le plus souvent des enfants abandonnés ou des enfants naturels et leurs effets sont normalement réglés par le contrat : par exemple, l'obligation de doter l'enfant peut incomber suivant les cas soit au père naturel, soit au père nourricier.

§ 4. Le droit intermédiaire

Le Code civil. — Le caractère monarchique qu'avait acquis, au XVIIIe siècle, la puissance paternelle la rendait suspecte au législateur révolutionnaire. Celui-ci se borna, cependant, par la loi du 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, à régler le droit de correction et, pour les cas graves, à en soumettre l'exercice au jugement des tribunaux de famille et à l'autorité du président du tribunal civil (ce qui sera repris dans l'ensemble par le Code civil). La loi du 28 août 1792 généralisa, en France, la disposition des coutumes qui faisaient cesser la puissance paternelle à la majorité.

Le premier projet de Code civil demeurait fidèle à l'esprit des coutumes en définissant la puissance paternelle comme « un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi » ; mais Bonaparte intervint à deux reprises pour demander qu'on s'en tienne à la loi ; la famille ne doit pas s'organiser naturellement car elle est un moyen de gouvernement politique ; c'était une réminiscence du droit écrit dont, au cours de la même discussion, Maleville défendait les solutions.

Le texte adopté fut présenté, en fin de compte, comme un moyen terme entre la « voix de la nature » et le « despotisme paternel ». Au droit romain on reprocha « sa sauvage origine » contraire « à toute idée de liberté, d'industrie, de commerce » ; aux coutumes, leur « désordre résultant d'une multitude de contradictions », leurs « vues imparfaites marchant entre l'exagération et la faiblesse » (rapport Réal au Cons. Etat, 23 ventôse an XI).

La puissance sur les enfants mineurs est donnée au père par la nature et la raison exige que la « mère ne commence à en jouir qu'à l'instant où elle devient veuve ». Quand l'enfant est arrivé à « l'âge d'homme », il « entre dans la grande famille » et si la « nature et la loi relâchent pour lui les liens de la puissance paternelle, la raison vient en resserrer les nœuds... il est alors saisi d'un respect sacré à la vue des auteurs de ses jours ».

L'article 371 du Code civil, voté sur ce rapport et énonçant « que l'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère », est destiné à affirmer un « précepte de morale au sortir

de la tourmente qui a tant bouleversé les têtes, tant menacé d'une subversion fatale toute idée de subordination et de révérence filiale » (rapport du tribun ALBISSON, 3 germinal an XI). La rigueur des articles qui suivent (notamment des art. 375 à 378 qui accordent au père le droit de délivrer contre son fils un « ordre d'arrestation ») est présentée comme un acte « de fidélité aux principes conservateurs et à la vraie magistrature domestique ».

C'est presque un retour à l'ancien droit. Le père garde la jouissance des biens de l'enfant de moins de dix-huit ans ; la mère, si elle « participe » à la puissance paternelle, n'en a pas l'exercice. La déchéance du père n'est prévue que dans le cas où il aurait été condamné pour avoir favorisé la prostitution et la corruption de ses enfants (art. 335 C. P.). Même la fixation à vingt et un ans de l'âge de la majorité ne fait que reprendre la solution du droit commun coutumier et la règle comporte une exception qui est bien dans l'esprit de l'ancien droit : l'âge de la majorité est reculé pour les hommes, en ce qui concerne le mariage, jusqu'à vingt-cinq ans.

De même, le Code civil connaît une émancipation tacite résultant du mariage (art. 476) et une émancipation expresse qui s'opère par la seule déclaration du père reçue par le juge de paix : l'intervention de l'enfant et son acceptation n'étant même pas nécessaires.

L'ADOPTION. — En ce qui concerne l'adoption, au contraire, les innovations viennent du droit révolutionnaire. Une proposition présentée le 18 janvier 1792 indiquait que « tous les peuples libres avaient eu des lois sur l'adoption », ce que reprirent les projets de Cambacérès. Le 27 janvier 1793, la Convention décréta qu'elle adoptait la fille de Michel Lepelletier. Elle devait même décider, dans un décret du 15 brumaire an II, que les « enfants en bas âge dont les parents auraient subi une condamnation à mort emportant confiscation de leurs biens sont déclarés appartenir à la République et seront nourris et élevés aux dépens du trésor national ». Sous l'influence de ces idées, des particuliers procédèrent à des adoptions qui firent parfois scandale.

En l'an X, un projet de loi fut enfin déposé qui heurtait

si directement les notions jusque-là reçues sur les droits de la famille naturelle qu'il n'aboutit qu'après sept rédactions, le 2 germinal an XI (art. 343-370 C. C.). On rejeta l'idée d'une adoption politique destinée à transmettre un nom illustre et voulue par Bonaparte. L'adoption demeurait exceptionnelle : l'adopté doit être majeur, l'adoptant doit être âgé de plus de cinquante ans et n'avoir ni enfants ni descendants légitimes ; il doit avoir fourni des soins à l'adopté dans sa minorité pendant six ans au moins, avoir été sauvé par lui « soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots » : « l'amour paternel se forme avec les bienfaits, la piété filiale avec la reconnaissance ». L'adoption est ainsi une « institution morale, ce qui prouve qu'elle est une institution politique » (rapport du tribun GARY, 2 germinal an XI) : entre l'adoptant et l'adopté naît une obligation alimentaire ; mais il n'existe aucun droit de succession réciproque ; l'adopté reste dans sa famille naturelle et y conserve tous ses droits ; s'il prend le nom de l'adoptant, c'est pour l'ajouter à son propre nom.

L'institution de la *tutelle officieuse* est une « préparation à l'adoption » : le tuteur — qui doit être âgé de plus de cinquante ans — assume devant le juge de paix l'obligation de nourrir et d'élever un mineur ; après cinq ans, il peut l'adopter et s'il vient à mourir avant de l'avoir fait l'adoption testamentaire est possible.

Une loi du 5 floréal an XI eut enfin pour objet de ratifier les adoptions faites par acte authentique entre 1792 et 1803. En 1805, l'empereur devait adopter — et autoriser à s'appeler Napoléon — tous les enfants de militaires morts à Austerlitz. Le décret du 12 mars 1808 permit aux titulaires de majorats de transmettre leur titre à leurs enfants adoptifs. Enfin, la loi du 13 décembre 1830 décréta l'adoption par la France des enfants dont les parents auraient péri dans les journées de juillet.

ÉTAT DES QUESTIONS

Communauté et lignage. — On hésite toujours à s'engager dans le domaine, hérissé d'hypothèses, du droit germanique : les distinctions qui paraissaient le plus certaines — comme celle des Saliens et des Ripuaires — sont remises

en cause par la critique la plus récente : E. EWIG, Die « civitas Ubiorum », dans *Rheinische Vierteljahrsblätter*, 1954, p. 1-29 ; Volkstum und Volkstewusstein im Frankenreich, dans *Settimane*, 1957, p. 587-648 ; R. LATOUCHE, De la Gaule romaine à la Gaule franque, dans *Settimane*, 1961, p. 379-409. En revanche, le livre de K. von AMIRA, *Grundniss des germanischen Rechts*, 3e éd., 1913, paraît bien vieilli. Il vaut mieux recourir aux articles de H. DANNENBAUER, dans *Hist. Jahrbuch*, 1941, p. 1-50, et 1949, p. 155-219, de K. KROESCHELL sur la *sippe* dans *ZSS*, 1960, p. 1625, et aux manuels généraux de : H. CONRAD, H. MITTEIS (3e éd., 1954) (cf. pour la bibliogr. plus ancienne, t. II, p. 130).

Sur le droit franc, Roger GRAND, *Recherches sur l'origine des Francs*, 1965 ; J. BALON, *Etudes franques*, I : *Aux origines de la noblesse*, Namur, 1963 ; *La structure et la gestion du domaine de l'Eglise au moyen âge*, 2 vol., Namur, 1959. Sur les familles franques, Al. BERGENGRUEN, *Adel und Grundherrschaft in Merovingerreich*, Wiesbaden, 1958 (c. r. DOLLINGEN, dans *RH*, 1961, p. 472-474). Sur les familles romaines, K. F. STROHEKER, *Der senatorische Adel im spätantiken Gallien*, 1948, sans oublier l'excellente étude de la famille de *Syagrii* de A. COVILLE, *Recherches sur l'histoire de Lyon*, 1928, p. 3-29.

Sur la culture, très précieuses indications de P. RICHÉ, *Education et culture dans l'Occident barbare (Ve-VIIIe s.)*, 1962, et les livres fondamentaux de E. SALIN, *La civilisation mérovingienne*, 4 vol., 1949-1959. Les manuels de L. MUSSET, *Les invasions*, 2 vol., 1965 (« Nouv. Clio») fournissent un excellent point de départ de toute l'étude de cette période.

Pour les communautés rurales, Ch.-E. PERRIN, *Ann. Hist. sociale*, 1945 ; *Etudes... Noël Didier*, 1960, p. 245-258 ; M. DAVID, Les « laboratores », dans *Etudes Petot*, 1959, p. 107-119 ; G. DUBY, *L'économie rurale et la vie des campagnes*, 2 vol., 1962, spéc. p. 91-95 ; J. GAUDEMET. *Les communautés familiales*, 1963 ; G. PARTSCH, *ouvr. cité*, p. 388.

Sur les communautés taisibles, les thèses de CHARTIER (1885), BOUCOMONT (1895), MASSÉ (1902), BASTID (1916), SIESSE (1922). Seules quelques coutumes rédigées en traitent (Poitou, art. 283 ; Angoumois, II, art. 41 ; Orléans, A. C., art. 180, Nivernais, chap. 22). Les coutumes de l'Ouest sont, au contraire, fort hostiles : elles exigent un acte exprès (ce qui aboutit à supprimer leur caractère « taisible » et les transforme en sociétés conventionnelles). M. CHEVRIER est revenu souvent sur la distinction à établir entre communautés et lignage : *TR*, 1959, p. 30, 185 ; *Etudes Petot*, 1959, p. 79-95 ; R. GRAND, Le désaveu de communauté, dans *RHD*, 1923, p. 385-404 ; Quelques survivances régionales d'une communauté de famille ou de clan, *RHD*, 1952, p. 178.

Sur les communautés de village, P. de SAINT-JACOB, *Les paysans de la Bourgogne du Nord (XVIIIe s.)*, 1960 ; *Documents relatifs à la communauté villageoise en Bourgogne du milieu du XVIIe siècle à la Révolution*, 1962 ; cf. aussi *Ann. Bourgogne*, 1941, p. 169-262 ; 1943, p. 173-184 ; 1946, p. 237-250. A. SOBOUL, *Revue Synthèse*, 78, p. 283. Sur les affrèrements, R. AUBENAS, Le contrat d' « affrairamentum » dans le droit provençal dans *RHD*, 1933, p. 478-524, et *Etudes Didier*, 1960, p. 1-10 (qui donne la bibliographie du sujet).

Le Play avait prétendu opposer, en 1855, la famille patriarcale et la famille souche et émis l'hypothèse que les agriculteurs patriarcaux de la mer du Nord, en devenant pêcheurs, étaient passés du premier type au second : la famille souche étant formée de deux ménages, celui du père et du fils, associés. L'idée fut reprise par Henri de Tourville qui crut découvrir la « famille des fjords » dont l'esprit d'initiative et d'indépendance assurait l'expansion. R. Pinot transposait ces idées au Jura bernois et F. Butel à la vallée d'Ossau. L'Ecole de la *Science sociale* opposa, désormais, famille « communautaire » (ou patriarcale) et famille souche ou « particulariste ». Celle-ci serait propre au génie scandinave et se retrouverait en Normandie. Ces vues vertigineuses demeurent fort hypothétiques (encore qu'elles aient eu sur beaucoup de points une influence non négligeable : cf. Roger Grand, *Les Francs*, p. 177). Le facteur ethnique prêtera toujours à discussion : la famille Melouga du Lavedan, par exemple, avait bien conservé l'esprit des anciens temps, mais celui-ci était traduit par la coutume et expliqué par l'économie du pays : Paul Ourliac, *La famille pyrénéenne*, cité p. 429.

Le droit héraldique paraît lié de très près à la conception du lignage (et permet même de mieux comprendre celle-ci) : tous les membres d'une même famille jouissent des mêmes armes mais, en principe, seul le « chef des armes », qui est forcément un mâle, peut avoir les « armes pleines ». Dès le dernier quart du XIIe siècle, les puînés doivent « briser » ou « surbriser » leurs armes, ce qui sera repris par beaucoup de coutumes rédigées : R. Chabanne, *Le régime juridique des armoiries*, 1954.

Le calcul romain de la parenté sera nettement exposé par les romanistes : cf. Accurse, *gl. sur Inst. Just.*, III, 12. On recourt au système de l'échelle double et du *gradus* (gl. sur D., 38, 10, 10, 7) en usant des *arbores consanguinitatis* ou des *stemmata* (d'où la terminologie de *lignage* et de *branchage*). En outre, la parenté est souvent limitée par les glossateurs au dixième degré (cf. *Glose de Turin*, 501-543), tandis que le droit du Bas-Empire la limitait au septième degré (*Sent. Pauli*, IV, 11, 8) et que la novelle 118 ouvrait, au contraire, un droit de succession aux *cognati*, même plus éloignés.

Les peuples germaniques comptaient par générations attribuant une même parenté à ceux qui étaient séparés de l'auteur commun par un même nombre de générations : c'est le système des parentèles (*infra*, p. 366). On prenait comme comparaison le corps humain en faisant correspondre à chaque articulation un degré de parenté (épaules, coudes, poignets...) : ce qui aboutissait, pour la parenté collatérale, à ne compter les degrés qu'en remontant à l'auteur commun (et non en redescendant). Deux cousins germains qui sont au quatrième degré d'après la computation romaine appartiennent ici à la seconde génération. Quant à la limitation de la parenté, elle est fixée tantôt au cinquième degré (*Lex Rip.*, LVI, 3), tantôt au sixième (*Lex Salic.*, XLIV, 9-10), tantôt au septième (*éd. Rot.*, 153), ce qui peut parfois tenir au fait que l'on compte tantôt les intervalles et tantôt tous les degrés.

Le droit canonique adopta, vers le VIIIe siècle, le mode de calcul germanique mais garda, spécialement pour le mariage, la règle que la parenté cessait au septième degré (p. 196). Après quelque hésitation on compta les générations du côté le plus long.

Les coutumes admirent généralement que la parenté existait tant que l'on pouvait prouver le lignage (Marche, art. 218 ; Berry, XIX, 1, et sur cette coutume DU MOULIN). En Bretagne, on limitait la parenté au neuvième degré (*T.A.C.*, LXV) et en Normandie, au septième (*Summa*, XXII). En outre, on usait, dans ces deux provinces, du système canonique tandis qu'ailleurs, sauf pour les empêchements au mariage, prévalait le système de calcul romain. Pour l'Italie, A. MARONGIU, *La famiglia nell'Italia meridionale (sec. VIII-XIII)*, Milan, 1944.

Puissance paternelle. — Sur le droit franc : cf. *supra*, p. 82. E. MOLITOR, Zur Entwicklung der Munt, *ZSS*, *Germ.*, 1944, p. 112-172. Sur la majorité de vingt-quatre ans : K. A. ECKHARDT, *ZSS*, 1941, p. 1-20.

Outre les cours de M. PETOT, on ne peut guère citer que l'article de M. J. GILISSEN, Puissance paternelle et majorité émancipatrice dans l'ancien droit de la Belgique et du nord de la France, dans *RHD*, 1960, p. 5, les thèses de DU PLESSIS DE GRENEDAN (1900), de LAPANOUSE (1901), A. LAUNOY (1904), A. DUFAU (dact., Paris, 1953).

Il y a beaucoup de variétés entre les coutumes sur la portée de l'*émancipation* et l'étude minutieuse de l'institution permettrait de mieux connaître le fonctionnement des communautés familiales : pour le Nord, par exemple, F. COURTOY, L'émancipation à Namur aux XVe-XVIe siècles, dans *Mélanges C. de Borman*, 1919, p. 383 ; M. BAUCHOND, L'émancipation dans le droit valenciennois du XIVe et du XVe siècle, dans *Mém. Soc. Hist. Droit des pays flamands*, 1939, p. 5-19 ; R. VAN DER MADE, L'émancipation à Huy au XVIe siècle, dans *Chron. archéol. du pays de Liége*, 1954, p. 67-86. Sur le Forez : H. RICHARDOT, *RHD*, 1945, p. 79-83.

On a pu citer, pour le Moyen Age, quelques exemples d'*adoption* dans les pays coutumiers (OLIVIER-MARTIN, t. I, p. 151) et BOUTILLIER indique que, quoique rare, elle est en usage de son temps. L'institution tombe ensuite en complète désuétude : les rédacteurs du Code civil allèguent seulement les « quasi-adoptions des campagnes » (FENET, t. X, p. 247) ; R. AUBENAS, L'adoption en Provence au Moyen Age, dans *RHD*, 1934, p. 700-726 ; Paul OURLIAC, *Droit romain et pratique...*, p. 56. A Lyon, existe une institution originale étudiée par P. GONNET, *L'adoption lyonnaise des orphelins légitimes (1536-1793)*, 2 vol., 1935 : l'Aumône Générale et l'Hôtel-Dieu possèdent le privilège coutumier d'adopter les enfants des familles pauvres, ensuite les seuls orphelins légitimes ; mais il s'agit d'une adoption de bienfaisance analogue à celle que pratiquaient les établissements du Saint-Esprit.

Il y aurait beaucoup à découvrir sur l'exercice de la puissance paternelle dans les arrêtistes. D'autre part, les municipalités s'inquiètent souvent de la liberté trop grande donnée aux fils de famille. Ainsi, à Avignon, un statut, confirmé par une bulle de Pie II de 1459, ordonne aux notaires de dénoncer tout emprunt fait par un mineur et refuse toute action en remboursement au prêteur.

Chapitre III

TUTELLE ET CURATELLE EN DROIT ROMAIN

Puissance et protection. — En droit moderne « l'incapacité qui se traduit par une certaine limitation de la personnalité est toujours une exception » (Carbonnier, I p. 628, qui cite le C. C., art. 1123). Toutes les législations anciennes, et parmi elles le droit romain, adoptent un point de vue diamétralement opposé. « Elles considèrent la personnalité comme un privilège n'existant qu'à certaines conditions » (Girard, p. 101). Pour posséder la plénitude des droits, il faut être chef de famille *(sui iuris)*, citoyen et libre, ces trois éléments de la personnalité complète étant classés par ordre croissant d'importance (D., 4, 5, 11). Qu'un individu soit titulaire de l'ensemble de ces droits, il ne s'ensuit pas qu'il puisse forcément les exercer. C'est pourquoi une distinction classique est faite entre la *jouissance* des droits et leur *exercice*. C'est ainsi que des personnes capables en droit ne peuvent en fait utiliser leurs droits, soit pour incapacité physique ou intellectuelle, soit en raison des mœurs et usages. La différence, par sa logique même, peut sembler lapidaire, de profondes transformations ont cependant eu lieu et dans tous les domaines. On conçoit que l'évolution des mœurs ait fait disparaître peu à peu les incapacités dues aux usages de la société romaine et qui frappaient les femmes. En ce qui concerne les inaptitudes physiques et intellectuelles, on assiste à un renversement des valeurs causé par les progrès de la civilisation. La force physique, critère de supériorité à l'époque ancienne, cède le pas devant les facultés intellectuelles. L'évolution de la procédure, qui conditionne toute la vie juridique à Rome, permet de faire cette constatation. Alors que le recours à la force était un moyen courant pour faire valoir ses droits (cf. : l'introduction de l'instance dans la procédure des actions de la loi), dès l'époque républicaine, la place faite à la volonté dans les relations juridiques souligne l'importance grandissante de l'aptitude intellectuelle.

Quelle que soit la raison qui ait servi à justifier l'incapacité d'exercice, elle peut être ramenée à une idée de protection. Mais celle-ci va subir une reconversion totale à la suite de la transformation des mœurs.

A l'époque archaïque, il s'agit de sauvegarder les intérêts de la famille. Il faut éviter que l'incapable mette en péril le groupe social dont il fait partie. Avec l'affaiblissement de la solidarité familiale, il ne s'agit plus d'organiser la protection de l'incapable dans l'intérêt bien compris des membres

de la famille qui doivent lui succéder, mais dans son intérêt personnel. Il reste de cette évolution que les juristes romains s'intéressent davantage à la protection du patrimoine de l'incapable qu'à celle de sa personne (la même conception, d'ailleurs critiquable, cf. CARBONNIER, I, p. 620, est reprise dans notre Code civil. La C.R.C.C. réagit contre cela. *Ibid.*, p. 689). Corrélativement, sous l'empire de préoccupations fiscales et économiques, l'Etat romain s'efforce de lutter contre l'abandon ou la mauvaise gestion des patrimoines et c'est ce qui justifiera l'apparition d'incapacités nouvelles.

La sanction la plus grave est celle qui frappe de nullité absolue tout acte accompli par l'incapable. Elle joue à l'égard des enfants en bas âge. Les autres sanctions se fondent sur un critère analogue à celui utilisé pour l'activité des personnes en puissance qui peuvent rendre meilleure et non pire la situation de leur *pater* (v. p. 45). La distinction finira cependant par être nuancée en raison du perfectionnement des rapports contractuels. A côté des actes de pur enrichissement, on permettra dans certains cas à l'incapable d'accomplir tous les actes de la vie juridique sous réserve d'annulation s'il s'avère par la suite que ces actes sont dangereux pour ses intérêts. Pratiquement, on en arrive à une situation analogue à celle qui résulte de la nullité relative du droit moderne.

Cette dernière sanction laisse en théorie toute latitude à l'incapable. Mais, dans la pratique, les tiers hésiteront à traiter avec lui, d'où l'habitude de remédier à cela en faisant aider l'incapable par quelqu'un qui complétera sa capacité et l'assistera dans l'accomplissement de l'acte juridique. Lorsque l'incapacité est totale, par absence de volonté de l'enfant en bas âge par exemple, le remède employé est celui non plus de l'assistance mais de la substitution à l'incapable. C'est le procédé de la représentation qui se heurte à d'importantes difficultés techniques, les Romains ne connaissant que la représentation imparfaite (v. p. 91). L'acte fait par un représentant ne produit pas ses effets sur la personne du représenté, en vertu de ce principe qu'un acte juridique n'a d'effet qu'à l'égard de ceux qui y ont directement participé. Certes une reddition de comptes ultérieure permettra de reporter les effets de l'acte sur la tête du représenté. Mais cela entraîne des délais (il faut attendre la majorité du représenté), des complications et des risques, dont le moindre n'est pas celui de l'insolvabilité des parties en présence.

Deux institutions bien distinctes permettent à l'origine de remédier à l'incapacité : la tutelle et la curatelle. Si cette dernière se rapproche de notre conception actuelle en ce qu'elle correspond à une protection du patrimoine de l'incapable, la tutelle, au contraire, est une puissance familiale (*vis ac potestas : I.*, 1, 13, 1). Le tuteur ne représente pas le pupille, il est le maître de ses biens (GIRARD, p. 231). Or c'est la tutelle qui est l'institution générale car elle joue pour les incapacités normales : 1) impubères et 2) femmes. La curatelle remédie aux incapacités exceptionnelles dont sont frappés les 3) fous et les prodigues. Au terme d'une longue évolution, on assiste à une fusion des deux techniques et au triomphe de l'idée de *protection* des intérêts patrimoniaux de l'incapable. Ce sera chose faite avec 4) la curatelle des mineurs de vingt-cinq ans, destinée à remédier à une incapacité normale et régie par des règles analogues à celles de la tutelle des impubères.

SECTION I. — La tutelle des impubères

L'incapacité de l'impubère varie avec son âge. Considérée d'abord comm une question de fait (v. *infra* : l'aptitude au mariage, p. 167), la puberté été fixée de façon précise au cours de l'époque classique (quatorze ans pou les garçons, douze pour les filles). Corrélativement, une graduation a ét opérée dans la période d'impuberté. Une première période est constitué par l'*infantia*. Etymologiquement, l'*infans* est celui qui ne sait pas encor parler *(fari)*. En fait, cet âge dépend des enfants. Sous l'Empire, on a fixé la limite de l'*infantia* à sept ans, l'âge de raison, l'âge où l'enfant commence à comprendre le sens des paroles qu'il prononce. L'*infans* est frappé d'une incapacité absolue, il ne peut accomplir aucun acte juridique valable.

Pour atténuer la gêne résultant de cette incapacité absolue, on a démembré l'*infantia*. L'*infantiae proximus* est celui qui n'a pas pleinement conscience du sens des paroles qu'il prononce. Il s'agit d'une question de fait. Celui qui est encore proche de l'enfance ne peut s'obliger par ses délits, mais il peut faire valablement seul les actes de pur enrichissement et accomplir tous autres actes avec l'assistance d'un tuteur.

Le *pubertati proximus*, enfin, est l'enfant qui approche de l'adolescence. Il a déjà une volonté raisonnable et c'est le critère qui permet d'apprécier le passage du deuxième stade au troisième. *Doli capax*, à la différence de l'*infantiae proximus*, il s'oblige par ses délits (D., I, 4, 1, 18) mais sa capacité contractuelle est la même.

En raison des incapacités qui le frappent, l'impubère *sui iuris* a besoin d'être aidé, il doit être assisté d'un tuteur. En principe, le droit romain laisse à la famille la charge de la tutelle, mais dans ce domaine comme dans bien d'autres cas on assiste à une émancipation de l'individu avec corrélativement une intervention croissante des pouvoirs publics.

En fonction de cette remarque, un parallèle doit être fait entre la dévolution de la tutelle et celle de l'hérédité. Il existe, en effet, trois types de dévolution de la tutelle : 1) testamentaire, 2) légitime et 3) dative, c'est-à-dire déférée par le magistrat.

§ 1. LES DIFFÉRENTES SORTES DE TUTELLES

Dans notre droit actuel, il y a un ordre à observer entre la tutelle légale, testamentaire et dative (donnée par le conseil de famille). Mais en dépit de cette hiérarchie établie par le C. C., « notre droit a une préférence marquée pour la tutelle dative, et une certaine défiance pour la tutelle légale des ascendants» (CARBONNIER, I, p.664). Qu'est-ce à dire, sinon que la hiérarchie évolue en dépit d'une sclérose apparente. C'est ce que le droit romain permet de vérifier sur une bien plus vaste échelle.

LA TUTELLE TESTAMENTAIRE. — De même qu'il est normal qu'un *paterfamilias* meure en laissant un testament (v. p. 299), de même il est normal, dès l'ancien droit romain, que ce testament, qui comporte une ou plusieurs

institutions d'héritiers, comporte également une ou plusieurs nominations de tuteurs. D'aucuns pensent même (BONFANTE) qu'à l'origine il y aurait eu confusion entre le tuteur et l'*heres* : chef spirituel de la famille. Les mêmes préoccupations, à savoir l'intérêt de la famille et de son patrimoine, valent, en effet, pour les deux. La tutelle n'est pas encore une institution de protection proprement dite. La protection des orphelins découle de l'organisation de la famille.

Avec le développement de l'idée d'une protection du pupille pour lui-même, on assiste à des modifications tant dans la forme que dans le fond de l'institution. En la forme, la tutelle apparaît moins liée au testament. C'est ainsi qu'est valable la nomination de tuteur dans un simple codicille confirmé ou non par testament et même dans un testament irrégulier. Dans ce cas, le magistrat ratifie la désignation du tuteur mais son intervention n'en laisse pas moins subsister le caractère testamentaire de la tutelle, ce qui permet de la faire prévaloir sur une tutelle légitime.

Quant au fond, les changements sont encore plus caractéristiques. A le droit de nommer un tuteur, non seulement le titulaire de la *patria potestas*, mais celui qui a perdu cette puissance dans l'intérêt du mineur qu'il a émancipé. Au Bas-Empire, si l'intérêt que l'on porte au mineur se traduit d'une façon encore plus tangible (héritage, legs ou donation), il n'est même pas nécessaire d'avoir la *patria potestas* à son égard pour lui nommer un tuteur. C'est ainsi que la mère peut choisir un tuteur pour l'enfant qu'elle institue héritier (C., 5, 28, 4). Le père peut agir de même à l'égard de ses enfants naturels à qui il fait un legs ou une donation (avec ratification du magistrat : C., 5, 29, 4). Enfin le lien de parenté, lui-même indépendant de la *patria potestas*, n'apparaît plus nécessaire. Il ne constitue qu'une présomption de l'intérêt porté à l'enfant.

Réciproquement, le *paterfamilias* ne peut plus désigner arbitrairement le tuteur, il lui faut restreindre son choix à des personnes capables de gérer le patrimoine de l'impubère, conformément au seul intérêt de ce dernier. Le magistrat acceptera de confirmer la désignation d'un tuteur faite « par une personne étrangère à la famille, qui a institué héritier un impubère qui n'avait pas d'autres biens » (MONIER, I, p. 317). Alors qu 'il suffisait, autrefois, pour être tuteur, d'être libre, citoyen romain ou latin et du sexe masculin, on tend à écarter les impubères, les fous, les muets et les sourds. Par ailleurs, soldats, évêques et moines sont dispensés de cette charge. A mesure, en effet, que la tutelle revêt un caractère protecteur, la renonciation à l'exercice de cette fonction apparaît non plus comme un droit mais comme une faveur. C'est pourquoi on est passé dans ce domaine du système de la simple déclaration de renonciation à celui des excuses légales (cf. *Ulp. Reg.*, 11, 17, et *Vatic.*, 147, 173 *a*, 223). Dans l'évolution qui tend à remplacer les notions d'autorité et de puissance par celles de protection du pupille, la désignation testamentaire tempérée par un contrôle du magistrat a été préférée pour sa souplesse à la désignation de la loi.

LA TUTELLE LÉGITIME. — C'est « celle où s'exprime le plus nettement le caractère primitif de la tutelle établie dans l'intérêt du tuteur » (GIRARD, p. 222). Techniquement, elle est à la tutelle testamentaire ce que la succes-

sion intestat est à la dévolution testamentaire. A défaut de tuteur testamentaire, la tutelle est déférée automatiquement aux héritiers présomptifs de l'incapable selon l'ordre légal de la succession *ab intestat* (v. *infra*). La transformation des ordres de successibles, et notamment la substitution de la cognation à l'agnation, se répercutera sur la tutelle légitime.

Le caractère archaïque de l'institution se manifeste tout particulièrement par la possibilité donnée au tuteur de vendre la tutelle à un tiers. Il s'agit, en effet, d'une *potestas* et donc d'une source de profits pour le tuteur. En dépit des atténuations apportées à ses traits originels, la tutelle légitime a été de plus en plus remplacée par la tutelle testamentaire, plus souple et bénéficiant du *favor testamenti* (v. p. 300), ou par la tutelle dative, déférée par le magistrat.

L'aptitude de l'héritier à gérer ses propres affaires n'est pas prise en considération. Si la femme, même proche parente, est exclue, car elle ne peut exercer de *potestas*, il n'en va pas de même du fou ou du prodigue. De même qu'il peut y avoir plusieurs héritiers de l'incapable, il pourra y avoir plusieurs tuteurs (cotutelle).

La tutelle dative. — Elle a été créée à l'époque républicaine, probablement pour pallier l'absence de tuteur testamentaire ou légitime. Différents facteurs ont également contribué à lui donner un caractère propre. Ce sont, outre le relâchement de la cohésion familiale, les conditions économiques nouvelles : notamment la multiplication et la complication des affaires, ce qui avec l'augmentation des distances entraîne la fréquence et la durée des absences.

Les lacunes de l'organisation ancienne ont dû être d'abord ressenties par les plébéiens qui n'étaient pas organisés en *gentes*. L'importance prise par ce mode de désignation résulte de la spécialisation du magistrat qui en est chargé. Le préteur urbain se voit confier originellement cette mission. A la fin du Haut-Empire (Marc Aurèle), apparaît un préteur spécialement nommé en Italie à cet effet : le *praetor tutelaris*. En province, ce sont les gouverneurs, puis sous Justinien les *defensores civitatis* qui désignent habituellement les tuteurs (C., 1, 4, 30). Avec l'officialisation de la tutelle, le principe de la protection de l'incapable va encore s'affirmer. La tutelle, au lieu d'être une source de profit, devient une charge pour son titulaire. Le tuteur rend un service, il assume un office qui peut lui occasionner des pertes de temps et même d'argent. Non seulement il ne peut plus être question de monnayer cette fonction, en la cédant à un tiers, mais bien au contraire on cherche à s'en affranchir. C'est pourquoi on ne peut renoncer à la tutelle dative sauf raisons valables. Tout un système d'excuses légales va être élaboré à cet effet et il sera étendu aux autres formes de tutelle.

Extinction de la tutelle. — A la différence de la tutelle des femmes, en théorie permanente, la tutelle des impubères est normalement temporaire et prend fin à l'arrivée de la puberté (14 ans pour les garçons, 12 pour les filles). La mort ou la *capitis deminutio* du pupille interrompt également la tutelle, tandis que la mort ou la *capitis deminutio* du tuteur donne lieu à l'ouverture d'une nouvelle tutelle après extinction de la précédente.

§ 2. Fonctionnement de la tutelle

Le « negotium claudicans ». — L'incapable peut rendre sa condition meilleure, il ne peut la rendre pire, sauf éventuellement par ses délits. Il peut s'enrichir mais il ne peut s'appauvrir. Si le principe est simple, son application est simpliste. Le système n'est guère valable que pour les actes unilatéraux qui sont le propre d'une société peu évoluée. L'opération est analysée d'un point de vue technique, c'est-à-dire étroit. On ne considère ni son résultat global, ni son intérêt économique. On envisage la qualité de créancier, seule valablement conférée à l'incapable, indépendamment de la contrepartie habituelle qui le rend débiteur. Dans ces conditions, la plupart des contrats ayant un caractère synallagmatique, c'est-à-dire rendant à la fois chacune des parties débitrice et créancière, il est impossible de passer un contrat avec un incapable. Une vente, qui peut être économiquement très avantageuse pour lui, le rend bien créancier du prix consenti mais ne l'oblige nullement à céder le bien vendu. Juridiquement, l'acte est valable d'un côté et nul de l'autre. C'est le *negotium claudicans* qui interdit toute activité à l'impubère en raison de la juste méfiance des tiers à son endroit. D'où l'utilisation d'un procédé qui aboutit à l'excès inverse, l'impubère s'effaçant devant son tuteur.

L'« auctoritatis interpositio ». — Ce n'est pas, en effet, une autorisation donnée par le tuteur à son pupille. Techniquement, c'est ce dernier qui exécute l'acte en présence du tuteur, mais en réalité le rôle de celui-ci est essentiel. La présence de l'incapable est une simple formalité.

On mesure ici le dédain que les juristes manifestent pour tout ce qui touche aux affaires. Dans l'ancien droit romain, la représentation n'est pas admise (t. I, p. 129). Le formalisme des actes juridiques implique un tel rejet. L'obligation est considérée comme un lien essentiellement personnel, propre à celui qui a conclu le contrat. C'est ce qui explique que le procédé courant d'administration à cette époque soit l'*auctoritas* qui suppose la coopération du pupille et de son tuteur. La présence des deux est exigée. Ceci est d'autant plus incommode que la garde du pupille, pour des raisons de sécurité bien compréhensibles, est habituellement confiée à un tiers : mère ou proche parent (cf. *infra*, l'adage de notre ancien droit : on ne peut confier l'agneau à qui doit en avoir la peau). Mais avec cette formalité, les effets de l'acte accompli se reportent instantanément sur la tête de l'impubère. Le tuteur n'est même pas un organe de transmission. Techniquement, sa présence ne fait qu'ajouter (*auctoritas* vient du verbe *augere* : augmenter) à l'impubère le supplément de capacité qui lui fait défaut. Le tuteur n'est qu'un conseiller et de ce fait n'encourt aucune responsabilité. Il ne s'oblige pas envers les cocontractants de son pupille. Ce dernier est considéré avoir agi seul et avec la pleine jouissance de sa capacité juridique, cela quelle que soit la gravité de l'acte passé. Pratiquement, le rôle du tuteur est déterminant. Quand bien même l'incapable se tairait, il serait obligé par l'intervention de son tuteur (D., 26, 8, 13). La fiction a cependant des limites et c'est pourquoi, outre la présence effective de l'impubère, le droit exige que

l'enfant ait une compréhension relative, c'est-à-dire qu'il ait atteint l'âge de sept ans environ.

Faute d'organiser la représentation de l'impubère, on limite le plus possible la durée de son incapacité en fixant la majorité à quatorze ans. Des préoccupations morales d'une part, une meilleure analyse de la technique juridique de l'autre, ont cependant permis d'atténuer les inconvénients d'un système inadapté à l'évolution de la société. Mais il n'y a jamais eu de réforme d'ensemble. Fidèles à leur habitude, les juristes romains procèdent à des modifications de détail. Face aux nécessités nouvelles, ils adaptent les règles anciennes beaucoup plus qu'ils ne les refondent. En vertu du principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui (t. I, p. 304), l'impubère sera responsable dans la mesure de son enrichissement. Par ailleurs, une meilleure compréhension du caractère synallagmatique du contrat permet à celui que l'on met en demeure de s'exécuter de se retrancher derrière le refus d'exécution du cocontractant incapable (t. I, p. 145).

Toutes ces améliorations ne sont que la conséquence d'une évolution générale des structures juridiques. Un procédé plus direct devait être obtenu à la suite d'une double évolution technique et sociale. La technique de la *représentation* permettra au tuteur de gérer normalement les biens de l'impubère.

D'autre part, comme on l'a déjà souligné, la décadence de la cohésion familiale ainsi que la substitution de nouveaux liens de parenté aux anciens (la *cognatio* remplace l'*agnatio*) s'accompagnent d'une intervention croissante de l'Etat. Celle-ci se traduira par une limitation des pouvoirs du tuteur et par un accroissement de ses responsabilités.

Puisque en pratique c'était le tuteur qui agissait, il paraissait plus logique sinon plus simple de le dispenser de la présence du pupille et de le laisser agir seul, c'est-à-dire ès qualités. C'est ce qui se passe avec le procédé de la gestion d'affaires qui utilise la technique de la représentation.

La représentation. — En l'absence du pupille, ou lorsqu'il s'agit d'un enfant en bas âge *(infans)*, on peut suppléer à *l'auctoritas* par la gestion d'affaires (t. I, p. 302). Mais si, en fait, le tuteur agit alors pour le compte du pupille et le représente, techniquement, le droit romain ne pouvait admettre qu'une représentation imparfaite (t. I, p. 129). Le pupille ne peut donc être rendu créancier ou débiteur par son tuteur. C'est ce dernier qui acquiert ou s'oblige personnellement. A la fin de la tutelle, un règlement de comptes s'opérera entre pupille et tuteur pour rétablir la réalité des choses.

Outre les complications inhérentes à de tels atermoiements, les risques d'erreur se conjuguant avec les difficultés de preuves, il en résultait un très grave risque d'insolvabilité. Insolvabilité du tuteur surtout, car en ce qui concerne celle du pupille, le tuteur avait toute latitude pour y pallier. La solution ne pouvait résulter que de l'admission d'une représentation parfaite. Celle-ci sera obtenue, comme c'est habituellement le cas en droit romain, non par la reconnaissance d'un principe, mais à l'aide d'expédients. Les juristes vont utiliser les situations de fait qui sont la terre d'élection de la plupart de leurs innovations, c'est-à-dire la possession. Mais il ne s'agit nullement « d'une montée du fait au droit » ; les juristes romains avec un par-

fait empirisme n'hésitent pas à associer la réalité à la fiction pour aboutir au résultat pratique recherché, en l'occurrence pour réaliser une représentation parfaite.

Dès l'époque classique (t. II, p. 84 ss.), on assiste à une dématérialisation de la possession. L'*animus* l'emporte sur le *corpus*. On peut acquérir la possession par l'intermédiaire d'autrui, à condition d'avoir l'intention de devenir possesseur de la chose appréhendée par son représentant. Par suite des rapports étroits existant entre possession et propriété (cf. la *traditio* où le transfert de la *propriété* est réalisé par simple remise de la *possession*), on admet l'acquisition de la propriété par le tuteur pour le compte du pupille. On présume, en effet, que ce dernier a l'intention générale d'aliéner et d'acquérir par l'intermédiaire de son tuteur (D., 41, 2, 1, 20). Et c'est le processus habituel, la fiction engendre la fiction. On applique la présomption à l'*infans* qui n'a aucune volonté réelle. De cette façon, les transferts de *possession*, et par là même de *propriété*, faits par le tuteur pour le compte du pupille, produiront directement effet sur la tête de ce dernier.

La représentation en justice sera encore plus facilement réalisée par voie d'actions utiles et d'exceptions. En matière de procédure, la fiction est à la fois plus apparente et plus naturelle, contrôlée qu'elle est par le magistrat. Au terme de cette évolution, c'est-à-dire au Bas-Empire, la gestion d'affaires produit des effets analogues à ceux reconnus par nos droits modernes.

Les procédés utilisés étaient tellement commodes qu'ils faisaient courir un grave risque au pupille dont tout le patrimoine pouvait être facilement aliéné par le tuteur. Aussi bien va-t-on assister à une double transformation corrélative qui se traduit par la diminution des pouvoirs du tuteur et par un renforcement de sa responsabilité.

La diminution des pouvoirs du tuteur. — Traditionnellement, le tuteur ne doit s'occuper que du patrimoine du pupille. En ce qui concerne la personne de ce dernier, le droit romain se fie aux usages et à l'affection familiale. Le tuteur est seulement tenu de verser une pension qui est fonction de la fortune et du rang social de l'enfant. Son montant est fixé sous le contrôle du magistrat.

A l'origine, le tuteur est assimilé à un propriétaire des biens du pupille (*domini loco :* D., 26, 7, 27). Il faut éviter cependant d'apprécier cette situation avec nos conceptions modernes. On doit tenir compte du contexte social de l'époque, c'est-à-dire de la forte cohésion du groupement familial romain. On verra pareillement que le mari est considéré comme propriétaire des biens dotaux de sa femme (v. p. 224). Le pouvoir du tuteur, comme celui du mari, revêt sa véritable signification quand on considère que l'un comme l'autre doivent restituer les biens qui leur ont été confiés, à la fin de la tutelle ou à la dissolution du mariage. On avait d'autant moins de raisons de se méfier de la gestion du tuteur qu'il agissait primitivement dans son propre intérêt. Il sauvegardait ses droits de successeur éventuel. On se fiait donc aux usages et le tuteur n'était astreint à aucune activité précise. On ne protégeait l'impubère que contre les malhonnêtetés caractérisées : vol et abus de confiance. Ce sont, tout à la fois, les modifications intervenues dans les modes de désignation du tuteur, et dans les procédés de gestion, qui

ont obligé les juristes à transformer les usages anciens en règles juridiques impératives.

L'*oratio Severi* est la mesure qui est à la base de toute cette réglementation. Edictée à la fin du IIe siècle, sous le règne de Septime Sévère, l'*oratio* s'efforce d'assurer la stabilité du patrimoine du pupille. Pour ce faire, on cherche à conserver les valeurs qui apparaissent les plus sûres tant par la régularité de leur revenu que par la stabilité du capital qu'elles représentent (cf. les règles de notre droit moderne, symbolisées par les placements de bon père de famille en rentes sur l'Etat... et le désastre occasionné par les dépréciations monétaires). La mesure consiste essentiellement en une interdiction d'aliéner, sauf cas exceptionnels, les immeubles ruraux (D., 27, 9, 1 : *praedia rustica vel suburbana*). L'interdiction sera étendue à la constitution d'hypothèque, de droit de gage, de servitude ou de superficie.

La discrimination entre les immeubles ruraux et rustiques, qui ne peut avoir que des raisons d'ordre économique, se conçoit mal. Il est probable que l'explication doive être recherchée dans les dangers d'incendie qui menaçaient constamment les immeubles urbains (J.-Ph. Lévy), la règle de l'*ambitus* (l'espace libre de cinq pieds entre chaque maison) étant tombée en désuétude après avoir fait la preuve de son inefficacité (t. II, p. 365).

Pour mieux assurer encore la conservation du patrimoine de l'impubère, Constantin étendra la prohibition d'aliéner aux immeubles urbains et aux meubles précieux (C. T., 3, 30, 3). L'incapable est ainsi protégé contre les risques d'une dissipation du prix ou d'un remploi malheureux par le tuteur, mais on en arrive à un excès de réglementation. Cela d'autant plus que l'importance croissante des facteurs économiques interdit de confondre la sécurité avec l'immobilité. On finira donc par autoriser les ventes de meubles même précieux quand ils s'avèrent superflus ou onéreux pour le pupille.

La protection des individus s'accompagne, comme toujours, d'une intervention croissante de l'Etat. Déjà, dans l'*oratio Severi*, l'inaliénabilité pouvait être levée avec l'autorisation du magistrat, pour payer les dettes du pupille. Sous Justinien, le paiement d'une créance du pupille n'est valable qu'avec l'intervention du magistrat qui contrôlera le remploi du capital reçu. La règle ne joue pas pour les intérêts sauf si on les a laissés se capitaliser (C., 5, 37, 25 et 27).

Les prescriptions légales pour le placement des capitaux de l'impubère ne peuvent qu'inciter le tuteur à un prudent conservatisme (*Nov.* 72, 6 ss.). C'est lui qui court tous les risques inhérents à la recherche des profits que procure le prêt à intérêt. Le tuteur aura donc tout avantage à ne pas s'inspirer de la parabole des talents (Matt., 25, 14) et à enfouir le denier qu'on lui a remis. Il peut, en toute mauvaise foi, rester strictement passif, ce qui est particulièrement dangereux pour le patrimoine du pupille. Ce n'est qu'à partir du Haut-Empire qu'il sera responsable de son inaction. Comme la plupart des techniques issues de dispositions testamentaires (cf. l'usufruit, t. II, p. 379), la tutelle ne peut bien fonctionner que dans une atmosphère de confiance. Pour la même raison, le tuteur, comme de nos jours, n'a le droit d'exiger aucune rétribution en dehors du remboursement des frais qu'il a engagés, ce qui ne peut qu'accroître son inertie. On s'explique dès

lors le peu d'empressement des tuteurs, surtout à une époque où les transformations économiques et l'accroissement des distances modifient profondément les structures de la société.

Malgré l'interdiction des donations (D., 26, 7, 22) et de toutes les aliénations prévues dans l'*oratio Severi* et ses prolongements, le tuteur conserve des pouvoirs dont les virtualités paraissent redoutables. L'omnipotence de principe demeure. Avec la possibilité d'accomplir tout acte, y compris les plus graves tels que la transaction ou le compromis, le tuteur romain apparaît beaucoup plus puissant que nos tuteurs modernes. C'est pourquoi, en dépit de la diminution de ses pouvoirs, on assiste à un renforcement de ses responsabilités.

L'ACCROISSEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DU TUTEUR. — « A la conception primitive suivant laquelle le tuteur n'était pas obligé d'administrer les biens de l'impubère et n'était responsable que de ses malversations, s'est lentement substituée l'idée que le tuteur doit bien administrer le patrimoine du pupille ou, du moins, le gérer aussi bien que son propre patrimoine » (MONIER, I, p. 326). A l'époque ancienne, le tuteur pouvait être condamné à payer le double de ce qu'il avait frauduleusement détourné dans le patrimoine de son pupille (action *rationibus distrahendis* : action en reddition de comptes). L'action de vol ne peut, en effet, être utilisée car le tuteur est considéré comme propriétaire des biens de l'impubère. En outre, le tuteur indélicat peut être révoqué (*crimen suspecti tutoris :* accusation du tuteur suspect). Mais la protection du pupille est très incomplète, la faute, et *a fortiori* la négligence de son tuteur, n'étant pas sanctionnées.

A la fin de la République, cette lacune est comblée grâce à l'*actio tutelae.* Action de bonne foi reipersécutoire (non pénale), mais infamante, elle peut être intentée contre les héritiers du tuteur. Elle permet d'indemniser le pupille à concurrence du préjudice subi (GAIUS, I, 191). Vers la même époque, se généralise la pratique de la confection d'un inventaire des biens du pupille. Le tuteur qui n'a pas pris cette précaution, lors de son entrée en charge, s'expose à voir l'impubère, à la fin de la tutelle, prouver la consistance de son patrimoine par tous moyens y compris la simple déclaration sous la foi du serment (D., 26, 7, 7 pr.). L'action étant de bonne foi, elle permet au juge de compenser les obligations réciproques nées de la tutelle et de condamner pour le solde le tuteur ou éventuellement le pupille. Ce dernier reste cependant libre d'intenter ou non l'action. En cas de carence de sa part, ce qui signifie vraisemblablement que le solde lui est défavorable, le tuteur ne peut faire valoir ses droits que par l'action de la gestion d'affaires utile. Justinien harmonisera le système en créant une *actio tutelae contraria* (par opposition à l'*actio directa*) que le tuteur peut intenter sans attendre la demande du pupille.

L'*actio tutelae* permet non seulement la restitution des biens du pupille mais l'indemnisation de ce dernier en cas de mauvaise gestion. A l'époque classique, le tuteur est responsable des fautes qu'un bon père de famille ne commettrait pas dans la gestion de ses affaires *(culpa levis in abstracto).* Sous le Haut-Empire (D., 46, 6, 4, 3), l'*actio tutelae* est délivrée à titre utile contre le tuteur qui reste passif et porte ainsi préjudice aux intérêts de son

pupille. En raison de la gratuité des services rendus, Justinien atténuera la responsabilité du tuteur en le rendant responsable des seules fautes qu'il ne commettrait pas dans la gestion de son patrimoine (*culpa levis in concreto*, v. t. I, p. 172).

L'accroissement de la responsabilité du tuteur n'apparaît donc pas comme le résultat d'une évolution irréversible et systématique. Justinien l'atténue quelque peu en fonction d'une analyse plus poussée de la situation existant entre tuteur et pupille. Néanmoins, la protection du pupille dans le droit du Bas-Empire est renforcée.

Outre l'harmonisation des règles gouvernant les différentes sortes de tutelle, un sérieux effort est accompli pour lutter contre le principal danger qui menace le pupille au moment de la reddition de comptes : l'insolvabilité du tuteur. Comme on le verra à propos des régimes matrimoniaux notamment (v. p. 226), l'insolvabilité est la préoccupation dominante des juristes du Bas-Empire. Ceci s'explique par l'importance accrue des facteurs économiques et par l'élaboration plus poussée des techniques de crédit.

A l'époque classique, on utilise le cautionnement et de façon subsidiaire le gage. Le système est gênant pour le tuteur, qui trouve difficilement des cautions, et peu efficace pour le pupille. Ce dernier se voit cependant attribuer un privilège chirographaire (D., 26, 7, 42). Avec Constantin, l'impubère dispose d'une hypothèque générale tacite qui prend rang au jour de l'ouverture de la tutelle. La protection est dès lors très efficace mais excessive. Elle ruine le crédit des tuteurs, de même qu'une mesure analogue garantissant la restitution de la dot ruinera, sous Justinien, le crédit des hommes mariés (v. p. 232).

SECTION II. — La tutelle des femmes

La matière est dominée par les considérations pratiques. A côté d'une 1) *Conception classique* caractérisée en apparence par une décadence sans nuance, on assiste à des 2) *Transformations et Survivances*.

§ 1. LA CONCEPTION CLASSIQUE

L'institution traduit les mœurs de la Rome primitive. Selon l'usage, la femme vit retirée, à l'écart des affaires publiques ou privées. Contrairement à certains droits de l'Antiquité orientale, chez lesquels la femme jouissait d'une capacité juridique complète, on a pu dire que chez les Romains « la femme est uniquement un objet » (VILLERS, La femme, *Société Jean-Bodin*, II, 1959, p. 179). Comme chez la plupart des peuples indo-européens, la femme romaine n'a pas la capacité patrimoniale.

On a vu qu'aucune règle juridique édictée par l'Etat ne concernait la personne du pupille. Le droit romain ne s'occupe que des droits patrimoniaux, pour le reste il fait confiance aux usages familiaux. On peut faire la même constatation à propos de la femme pubère. Celle-ci est soumise à une tutelle dite perpétuelle par opposition à la normale, celle des impubères, qui par sa nature est temporaire. En revanche, tout comme pour les impubères, la tutelle des femmes peut être légitime, testamentaire ou dative. Dans les

deux cas, les fonctions du tuteur sont à l'origine analogues. Ils ont tous deux pour mission la sauvegarde des intérêts de la famille et de leurs propres droits de succession. Seules les vestales échappent à la tutelle comme elles échappent à la *patria potestas* (GAIUS, 1, 145).

Dans l'ancien droit romain, la femme qui a échappé à la puissance paternelle, en devenant *sui iuris*, et qui a échappé à cette autre puissance qui découle du mariage *cum manu* (v. p. 171), tombe de toute façon (célibataire ou mariée *sine manu*) en tutelle.

L'« IMBECILLITAS SEXUS ». — L'expression d'Ulpien a fait fortune. Plus suggestive que ses synonymes : *infirmitas concilii* ou *sexus* ou *levitas animi*, elle ne signifie cependant rien de plus que la *faiblesse* du sexe. Qu'il s'agisse de Cicéron ou de Gaius, les juristes de l'époque classique reprennent tous ses slogans en les attribuant aux *Veteres* et en se gardant bien de les prendre à leur compte.

Ulpien constate que les femmes sont étrangères à la vie publique, elles ignorent les choses du Forum. Dans l'ancienne Rome, où les structures familiales et politiques sont étroitement liées, c'est la raison la plus tangible de l'incapacité féminine. Il est vain de chercher à démêler la cause de l'effet ou d'épiloguer sur les infériorités d'ordre physique ou intellectuel. A la base de la forte cohésion de la famille romaine se trouve l'autorité du *paterfamilias* et la mère de famille n'occupera jamais qu'une place secondaire.

Ce sont les transformations sociales et politiques qui vont enlever tout sens à l'incapacité de la femme. La place dans la société n'est plus conditionnée par le rôle que l'on joue dans les affaires publiques, l'éclatement de la famille surtout favorise les progrès de l'individualisme. On se rend compte que l'incapacité de la femme est essentiellement fondée sur sa confrontation avec l'autre sexe. Elle disparaît donc avec l'atténuation des hiérarchies familiales.

La promotion du sexe faible apparaît d'autant plus paradoxale qu'elle coïncide avec le développement économique et la complexité grandissante des techniques juridiques. Ces transformations rendent tellement périlleuse la gestion des patrimoines qu'elles justifieront une prolongation de l'incapacité des impubères avec la création de la curatelle des mineurs de 25 ans (v. p. 102). Il sera donc nécessaire de dégager des mesures de protection pour sauvegarder les intérêts patrimoniaux de la femme.

LA FEMME ET SON TUTEUR. — A l'origine, son incapacité laisse à la femme plus de latitude qu'à l'impubère. Son tuteur joue le rôle de conseiller et non celui d'un administrateur qui se substituerait à elle. Il n'intervient que pour autoriser les actes les plus graves. Le concours du tuteur est inutile pour tous les actes de la vie courante (paiements à recevoir ou à effectuer, contrats non solennels) ou n'engageant pas le patrimoine (mariage *sine manu*). Le tuteur intervient par voie d'*auctoritas*. Il n'engage donc pas sa responsabilité (GAIUS, 1, 190) mais on peut utiliser contre lui le *crimen suspecti tutoris* au cas de manœuvres dolosives de sa part.

La tutelle des femmes étant perpétuelle, on ne pouvait obliger le tuteur à en assurer la charge pendant toute sa durée. On permet donc la cession de la tutelle à un tiers choisi par le tuteur. La cession n'a d'ailleurs rien de définitif, les rapports entre le cédant et le cessionnaire étant régis par la technique du mandat.

La cession de tutelle, admise à l'origine pour les impubères, sera, par la suite, interdite (GAIUS, 1, 169). Pour la tutelle des femmes, au contraire, le procédé paraît tout à fait normal. Non seulement la durée de la charge l'exige, mais la nature même des fonctions exercées par le tuteur l'explique. Le tuteur l'utilisera en cas de désaccord avec sa pupille. En cas de tutelle testamentaire — qui peut résulter soit du testament du *pater* de la femme, soit du testament de son mari, si elle est mariée *cum manu* —, la femme peut enfin se voir octroyer le droit de choisir son tuteur. Le mari peut même permettre à sa femme de changer de tuteur aussi souvent qu'elle le désirerait. C'est le premier symptôme officiel de la décadence de la tutelle des femmes (*optio tutoris* : IIe siècle av. J.-C. : TITE-LIVE, 39, 19).

LA DÉCADENCE DE LA TUTELLE. — Si la supériorité du sexe fort est incontestée sa complicité pour permettre à la femme d'échapper aux règles normales de la tutelle est encore moins discutable ! Après l'*optio tutoris*, la pratique de la *coemptio* fiduciaire en est une preuve aussi décisive que pittoresque. Le tuteur, selon ce procédé fort répandu, autorisait la femme à choisir un acheteur fictif qui la revendait à un compère choisi par la femme. Celle-ci était alors affranchie par le comparse en question qui, considéré comme son patron, devenait son tuteur. N'ayant pas d'intérêt personnel à sauvegarder, comme les parents *(agnats)* de la femme, ce tuteur autorisait tous les actes de cette dernière. Quant à la tutelle dative, selon l'usage, c'est la femme qui indiquait elle-même au magistrat le nom de son tuteur.

Non seulement les femmes *sui iuris* avaient le libre choix de leur tuteur mais elles le révoquaient quand bon leur semblait. En cas d'absence du tuteur, la femme peut en faire désigner un autre (GAIUS, 1, 173), « et il n'est pas nécessaire pour que la femme use de ce droit que son tuteur soit très éloigné » ! (GAUDEMET, La femme, *Société Jean-Bodin*, p. 197).

Sous le Haut-Empire, la désuétude de la tutelle des femmes se généralise. L'empereur Auguste peut encore utiliser cette institution vieillie en monnayant en quelque sorte sa disparition. Pour encourager la natalité, l'empereur accorde aux mères de familles nombreuses (trois enfants pour les ingénues, cinq pour les affranchies) le privilège du *ius liberorum* qui comportait, entre autres avantages, la libération de la tutelle. Très vite, la fiction permettra d'étendre une faveur de plus en plus platonique à des femmes ne remplissant même pas cette condition. Justinien expliquera, pour les besoins de la cause, la disparition de la tutelle par une extension du *ius liberorum* à toutes les femmes de l'Empire alors qu'il ne s'agissait en réalité que d'une simple désuétude. Mais force doit rester à la loi !

§ 2. TRANSFORMATIONS ET SURVIVANCES

LA PROTECTION DU PATRIMOINE. — A l'ancienne idée de puissance, sous-jacente à toutes les tutelles, va se substituer la recherche d'une protection, dans le seul intérêt patrimonial de la femme. Est-ce à dire qu'après avoir laissé tomber en désuétude l'incapacité juridique de la femme les juristes redécouvrent sa faiblesse, son incapacité réelle ? La raison semble plus complexe. En dépit de la décadence de la tutelle, il subsiste en province et

dans les basses classes des survivances notables. Surtout, l'indépendance de la femme ne traduit nullement ce que l'on appellerait aujourd'hui une promotion sociale. On a souvent raillé le traditionalisme excessif des juristes ; force est de constater que les habitudes des praticiens comme des justiciables opposent aux transformations des règles juridiques une force d'inertie remarquable. L'évolution des mœurs a beau libérer de la tutelle la femme romaine, celle-ci n'accède pas pour autant aux fonctions politiques ou administratives et une revendication féministe à cet endroit paraît impensable. Economiquement égale de l'homme, la femme n'en a pas moins une gamme d'activités infiniment plus restreinte. Sa principale, sinon son unique source de revenu, surtout dans les hautes classes de la société, provient de la gestion de son patrimoine. Encore affecte-t-on de considérer qu'elle s'acquittera plutôt mal de sa tâche.« Une veuve tout au plus a le droit de laisser diminuer son patrimoine », disait déjà Caton. Sous le Haut-Empire, la politique populationniste des empereurs explique qu'ils se soient efforcés de protéger le patrimoine de la femme qui est un élément important de son standing matrimonial.

L'essentiel de ces mesures de protection consiste à interdire à la femme d'agir et de s'engager pour autrui. Elle ne peut agir en justice pour le compte d'un tiers (D., 3, 1, 1, 5) ou exercer pour lui une activité juridique quelconque (D., 50, 17, 2). L'empereur Auguste interdit enfin et surtout à la femme mariée de s'engager ou d'engager ses biens pour garantir une dette de son mari. L'*intercessio pro marito* présente, en effet, un double danger. Outre le caractère insidieux propre à un engagement qui n'entraîne dans l'immédiat aucune conséquence financière fâcheuse, il est évident que le mari, protecteur traditionnel de sa femme, est aussi le mieux placé pour faire pression sur elle. « Sous le règne de Claude, et probablement en 46, le sc. Velléien (texte dans ULPIEN, D., 16, 1, 2) étend ce régime à toute femme, mariée ou non, et à toute *intercessio*, qu'elle soit *pro marito* ou *pro alieno* » (GAUDEMET, *op. cit.*, p. 212).

Certaines exceptions, prévues ou tolérées, accentuent le caractère uniquement protecteur de la règle. Si la femme fait la preuve de son habileté, si elle emploie des manœuvres dolosives, elle n'a nul besoin d'être protégée. Il en va de même lorsqu'elle agit en pleine connaissance de cause ; si elle a l'intention de faire une libéralité, par exemple, le caractère insidieux de l'opération ne sera pas retenu. Pour les mêmes raisons, les personnes pour lesquelles elle s'engage (mineurs) ou l'opération pour laquelle elle s'engage (constitution de dot pour sa fille) peuvent faire échec aux mesures protégeant la femme. Elle peut enfin, vraisemblablement, renoncer à invoquer le bénéfice du sc. Velléien (D., 16, 1, 32, 4).

Dans la ligne de cette tendance, Justinien, l'empereur féministe par excellence, s'efforce surtout d'attirer l'attention de la femme sur la gravité de l'acte qu'elle accomplit. L'incapacité s'estompe, on aime mieux faire réfléchir plutôt qu'interdire. L'*intercessio* est valable si elle est constatée par un acte public signé par trois témoins. La femme peut renoncer à la protection à condition de le faire dans un acte public et de confirmer sa décision un an plus tard (C., 4, 25, 22 et 23). Mais la renonciation sans forme

est admise pour permettre à la femme d'obtenir la tutelle de ses enfants (C., 5, 35, 3 pr.). Débarrassée de la tutelle et de l'autorité maritale, protégée si elle le désire, la femme *sui iuris* semble donc jouir de la pleine capacité juridique et être l'égale de l'homme. En fait, les choses sont assez différentes.

VIR CAPUT MULIERIS. — L'homme est le chef de la femme. La formule lapidaire de saint PAUL (*Ire Epître aux Corinthiens*, XI, 3 et 7) peut servir de pendant à l'*imbecillitas sexus*. L'Eglise pose certes le principe de l'égalité des sexes (SAINT PAUL, *Epître aux Galates*, III, 26-28), mais le même saint Paul n'en affirme pas moins à longueur d'épîtres la supériorité de l'homme sur la femme. Il ne fait ainsi que traduire le sentiment du citoyen moyen et plus particulièrement des basses classes dont sont issus les premiers chrétiens. Il faut tenir compte, en outre, de « la survivance coutumière d'institutions locales voisines de la tutelle (quasi-tutelle) » (MONIER, p. 321).

Aussi n'y a-t-il rien d'étonnant à ce que chez les Pères de l'Eglise l'équivoque, pour ne pas dire plus, persiste. Qu'il s'agisse de saint Augustin et plus encore de Tertullien, le principe de l'égalité des sexes voisine avec l'affirmation de la supériorité de l'homme sur la femme. Il ne fait aucun doute que le principe de l'égalité ne soit valable que « sur le terrain exclusif de la foi » (METZ, La femme, II, p. 71). L'incapacité de la femme, abandonnée à contrecœur par les juristes romains, n'en persiste pas moins à l'état latent.

SECTION III. — La curatelle des fous et des prodigues

La curatelle est une institution destinée à remédier à une incapacité passagère bien que d'une certaine durée. En cas d'absence, par exemple, on peut faire gérer son patrimoine par un mandataire et non par un curateur.

CURATELLE DU FOU. — Selon le C. C., art. 389, « le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides ». Dans notre système actuel, le dément est frappé d'une interdiction prononcée par l'autorité judiciaire (C. C., art. 490 à 501) et l'état de folie est considéré comme permanent. A la différence du droit romain, en effet, notre droit moderne ne tient pas compte des intervalles de lucidité de l'aliéné. « L'internement, comme l'interdiction, emporte une présomption légale de démence continue » (CARBONNIER, I, p. 739). A première vue, c'est une solution peu réaliste car on ne peut nier l'existence d'intervalles lucides.

Les juristes romains, avec les gradations qu'ils avaient établies selon l'âge dans la condition juridique des mineurs *(infans, infantiae proximus, pubertati proximus)*, témoignent d'un souci très vif d'enregistrer le « décret de la nature ». Pour les mêmes raisons, les Romains distinguaient deux catégories de maladies mentales, celle du *furiosus* qui souffre de crises de folie intermittente, entrecoupées d'intervalles lucides, et celle du *mente captus* atteint de démence constante. Mais dans la pratique, ce système devait être une source de difficultés. Le risque d'arbitraire était d'autant plus grand que la psychiatrie était dans l'Antiquité fort élémentaire. Selon la tradition, à Rome, c'est aux héritiers présomptifs de l'incapable que la curatelle est

déférée (agnats ou à défaut *gentiles*). La curatelle légitime du fou est semblable à la tutelle légitime des impubères et des femmes. En principe, il n'y a pas de curatelle testamentaire mais en fait le magistrat confirmera dans ses fonctions celui qui a joui de la confiance du testateur (D., 27, 10, 16). Conformément à l'évolution constatée pour la tutelle, l'intervention de l'autorité publique ne cessera de s'accroître et la tutelle dative, c'est-à-dire déférée par le magistrat, l'emportera sur toutes les autres.

Parallèlement, alors que la curatelle est à l'origine une puissance sur la personne et sur les biens du fou, elle devient une institution de protection. Comme la tutelle, la curatelle est une charge publique qui ne peut être écartée que par une excuse vérifiée par le magistrat. Le procédé de gestion ne peut être que la *negotiorum gestio* ; l'incapacité du fou étant totale, ce dernier ne peut prendre part à aucun acte juridique. En droit classique, les pouvoirs et la responsabilité du curateur sont identiques à ceux du tuteur de l'impubère. Les prohibitions d'aliéner prévues par l'*oratio Severi*, notamment, s'appliquent à la gestion du patrimoine du dément.

CURATELLE DU PRODIGUE. — A la différence de la précédente, la curatelle du prodigue n'est pas une institution par laquelle on s'efforce de calquer la réalité. La prodigalité, elle, résulte d'une décision judiciaire. Cette conception moins exacte mais plus pratique a été adoptée dans notre C. C., art. 489.

En vertu de la loi des XII Tables, celui qui dilapide les biens reçus *ab intestat* de la succession paternelle peut être frappé d'interdiction et soumis à une curatelle analogue à celle du fou (curatelle légitime des agnats ou des *gentiles*). Il y a peut-être là un vestige d'une ancienne copropriété familiale (t. II, p. 64). On aurait protégé la partie la plus stable du patrimoine des ancêtres, ce qui supposerait une conception voisine de celle qui a donné naissance à la théorie des propres de succession dans l'ancien droit français (v. p. 393). L'interdiction du prodigue peut être demandée par tout intéressé et même par quelqu'un soumis à sa puissance. C'est le magistrat qui décide (*Sent. Paul.*, 3, 4 *a*, 7), après enquête, et qui rend publique l'interdiction.

A l'époque classique, l'institution évolue. On protège le prodigue aussi bien que sa famille. Aussi l'interdiction s'applique-t-elle même à la dissipation des biens acquis entre vifs ou par testament, même aux femmes quand leur tutelle ne les garantira pas suffisamment. C'est le magistrat qui a complété l'institution originelle en désignant lui-même un curateur lorsque la curatelle légitime ne pouvait jouer.

L'incapacité du prodigue est moins absolue que celle du fou. Il peut accomplir les actes qui rendent sa situation meilleure, comme un *infantiae proximus* (D., 46, 2, 3). Il peut accepter seul une succession. Les pouvoirs et la responsabilité du curateur sont identiques à ceux du curateur du fou.

Alors que dans notre droit moderne le prodigue agit lui-même avec l'*assistance* (en pratique ce sera souvent l'*autorisation*) du conseil judiciaire, à Rome il ne participe en rien à la gestion de son patrimoine. Pour la prodigalité comme pour la folie, le curateur utilisera la technique de la gestion d'affaires.

L'incapacité prend fin quand le prodigue a fourni la preuve de sa prudence et de son bon sens (D., 27, 10, 1).

SECTION IV. — La curatelle des mineurs de 25 ans

C'est la plus récente et c'est en même temps la plus importante des curatelles. A Rome, l'âge de la pleine capacité juridique correspondait à la puberté (14 ans pour les garçons, 12 pour les filles). Cette précocité se justifiait par le désir de réduire la durée de la tutelle dont le fonctionnement était rendu incommode par l'absence de représentation parfaite. Les inconvénients d'une capacité aussi prématurée étaient atténués par l'existence d'une forte cohésion familiale et par la faible ampleur de la vie économique. Non seulement les actes juridiques étaient rares, mais le formalisme auquel ils étaient soumis réduisait les risques de tromperie.

Les transformations sociales et économiques qui se produisent au moment des guerres puniques vont placer les jeunes gens qui venaient d'atteindre la puberté dans une situation dangereuse. Les fils de famille et les usuriers, qui leur servent de repoussoirs, sont un des thèmes favoris des auteurs satiriques latins. Les protagonistes ne semblent pas avoir tellement vieilli puisqu'ils constituent encore de nos jours « deux types psycho-sociologiques à observer » (CARBONNIER, I, p. 708).

C'est une loi *Plaetoria* (ou *Laetoria*) de la fin du IIe siècle av. J.-C. qui protégera les fils de famille *sui iuris*, c'est-à-dire sortis de la puissance paternelle. Ce texte institue le délit de *circumscriptio adulescentium* (tromperie des jeunes gens). Il consiste dans toute manœuvre frauduleuse destinée à tromper et à appauvrir les individus pubères âgés de moins de 25 ans. La sanction paraît avoir été une amende privée, versée au demandeur. L'action est infâmante et populaire, elle peut être intentée par n'importe qui, car il faut éviter que pour des raisons d'amour-propre bien compréhensibles le mineur s'abstienne d'agir. L'efficacité de cette mesure nous est prouvée par les comédies de Plaute *(Pseudolus)*. Cet auteur tire un effet comique de l'impossibilité dans laquelle se trouvent les jeunes gens d'emprunter pour acheter les jeunes esclaves qu'ils désirent épouser.

Mais les usuriers n'étaient pas les seuls à redouter l'application de la loi. Craignant d'être accusés de *circumscriptio*, si l'opération tournait à leur avantage, les tiers refusaient de traiter avec les mineurs de 25 ans. Ceux-ci, pour pallier cet inconvénient, pouvaient demander à un magistrat de leur désigner un curateur qui traitait avec les tiers. Une reddition de comptes s'ensuivait en fonction du jeu de la représentation imparfaite. Plus fréquemment encore, c'étaient les cocontractants du mineur ou ses parents qui demandaient la désignation du curateur. Le procédé se développe par voie coutumière.

La protection des adolescents restait cependant fort précaire. D'une part, la raréfaction de l'exécution sur la personne laisse le mineur sans défense en présence d'escrocs le plus souvent insolvables. Par ailleurs, il était difficile de prouver les manœuvres frauduleuses des tiers, cela d'autant plus que l'appauvrissement du mineur résultait souvent de sa seule négligence. Une assurance tous risques apparaissait nécessaire. Pour combler les lacunes de la loi, le préteur décide que les jeunes gens de moins de 25 ans pourront demander

l'annulation des actes qu'ils ont passés en invoquant simplement une lésion provenant de leur inexpérience. La technique utilisée par le magistrat est la *restitutio in integrum ob aetatem* (restitution dans la situation primitive à cause de l'âge). Le préteur protège le mineur contre toute lésion appréciée *in concreto*, indépendamment de tout désir de nuire de son auteur. Il s'agit là d'une notion économique. Elle découle de la différence entre le prix et la valeur de la chose. Le magistrat envisage le résultat de l'opération, c'est-à-dire l'appauvrissement du mineur. La protection très souple peut être modelée au mieux de l'équité et des intérêts de l'adolescent. Ce dernier sera protégé contre l'insolvabilité de celui qui l'a lésé en achetant son bien car il pourra reprendre ce bien entre les mains d'un sous-acquéreur même de bonne foi (D., 4, 4, 13, 1 ; cf. les sûretés découlant de l'existence d'un *negotium*, t. I, p. 333). La demande de restitution doit être formulée par le mineur ou ses ayants cause. Le préteur accordera l'annulation de l'acte *cognita causa*, c'est-à-dire après enquête. Trois conditions sont requises pour la restitution.

1) L'acte attaqué doit avoir causé une lésion (cf. C. C., art. 1305). Selon l'adage du droit canonique encore usité : *minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam laesus* (le mineur obtient la restitution non pas en tant que mineur, mais en tant que lésé). Tout secours est refusé pour un dommage peu important *(de minimis non curat praetor)*. Une Novelle de l'époque byzantine, d'Alexis Ier Comnène (4, 19) fixera le minimum au dixième.

2) Le préjudice doit être la conséquence directe de l'inexpérience due à l'âge. On refusera donc toute protection pour un dommage qu'un majeur aurait pu subir (cas de force majeure, par ex.). De même, on ne retiendra pas les dommages subis par le mineur à raison de ses propres délits ou de son dol.

3) La gravité de la restitution en entier lui confère un caractère subsidiaire. Elle est refusée si le mineur dispose d'autres moyens de défense. Pour le même motif, la restitution ne peut être demandée que durant la minorité ou dans le délai d'un an après la majorité ou la mort du mineur. Ce délai sera porté par Justinien à quatre ans (C., 2, 52, 7).

Les avantages de ce système furent tels qu'il fut étendu à l'impubère même pour les actes faits avec l'*auctoritas tutoris*, s'il en découlait une lésion grave. Le procédé est utilisé pour faire jouer un droit de préemption en faveur du mineur qui désire conserver les biens de ses ancêtres (D., 4, 4, 35). Extension également de la protection aux filles et aux femmes mineures de 25 ans en raison de la décadence de la tutelle des femmes. En outre, sous l'influence des conceptions hellénistiques, dans les provinces orientales, il était d'usage de n'accorder la pleine capacité juridique qu'à un âge sensiblement plus avancé que la puberté.

Au terme de cette évolution, le droit du Bas-Empire a renversé le principe. Alors qu'à l'époque classique on admettait la capacité du mineur de 25 ans sauf à y mettre fin exceptionnellement par une curatelle, on pose désormais le principe de l'incapacité de l'adolescent sauf à y remédier par exception grâce à la *venia aetatis* (remise de l'âge).

Le mineur de 25 ans est désormais traité comme un *pubertati proximus*.

Il ne peut plus s'engager sans le concours d'un curateur (C., 2, 21, 3, de 293, *itp.* ?). Il ne peut plus aliéner ses biens *(Oratio Severi)* ni faire des actes qui rendraient sa condition pire. Cependant, à la différence de l'impubère, il peut faire un testament valable. La sanction de l'incapacité est désormais non plus la possibilité de demander la restitution mais la nullité des actes passés sans intervention du curateur. Ce dernier n'intervient pas seulement par la gestion d'affaires. Comme le tuteur, il augmente la capacité insuffisante du mineur de 25 ans en donnant son *consensus* qui est analogue à l'*auctoritas tutoris*. Le curateur peut être désigné par testament ou par le magistrat comme le tuteur, mais il n'y a pas de curatelle légitime. Les obligations de responsabilité du curateur sont modelées sur celles du tuteur et les mêmes garanties sont accordées au mineur de 25 ans, à l'égard de son curateur, qu'au mineur de 14 ans à l'égard de son tuteur (C. T., 3, 30, 1).

La systématisation devenait excessive. Une incapacité aussi étendue dépassait le but poursuivi. Elle ne correspondait plus toujours à un manque d'expérience ou de maturité chez les adolescents et imposait la gêne d'une intervention continuelle du curateur. Dès le IIIe siècle, les mineurs peuvent demander à l'empereur la *venia aetatis* qui peut être rapprochée de notre émancipation des mineurs (C. C., art. 476 à 487). La remise d'âge ne peut être accordée qu'à partir de 20 ans pour les garçons et 18 pour les filles (C., 2, 44, 2, de Constantin). Au Bas-Empire, elle peut être demandée au magistrat en apportant la preuve de ses aptitudes. Celui qui en bénéficie a la capacité d'un majeur sauf application de l'*Oratio Severi* en ce qui concerne les immeubles ou les meubles précieux.

Dans le droit postérieur, à Byzance, le renversement de la tendance s'accentue et on en arrive parfois à constater qu'en principe on est majeur à 20 ans (*Eclogè*, 7 ; *Novelle* 28 de Léon le Sage). Il ne s'agit pourtant pas là d'une réaction systématique ou d'une simplification. A partir du VIIIe siècle, s'esquisse un retour aux concepts réalistes qui caractérisent le droit romain originel. C'est ainsi que la tutelle cesse avec l'indépendance de fait du pupille, c'est-à-dire avec son mariage (*Eclogè*, 7). C'est ainsi également que la prodigalité est parfois appréciée *in concreto*, ce qui diminue considérablement l'incapacité (*Novelle* 39 de Léon le Sage). Mais on assiste également à un développement original de l'idée selon laquelle la tutelle est une fonction. Si les parents n'ont pas désigné de tuteurs, c'est l'autorité religieuse qui sera chargée de l'administration des biens de l'orphelin (*Eclogè*, *ibid.* ; cf. les orphanotrophes du C., 1, 3, 31). Le clergé offre, en effet, toute garantie pour le mineur : moralité et solvabilité. Les ecclésiastiques réagiront certes avec vigueur en invoquant par la suite les excuses légales dont le droit de Justinien leur avait permis de se prévaloir. La tutelle n'en restera pas moins une fonction, c'est le triomphe de la tutelle administrative sur la tutelle domestique. La tutelle légitime disparaît et les tuteurs testamentaires doivent être proclamés par l'autorité publique. Enfin, dans certains textes qui rendent compte des usages, on en arrive à confondre, comme dans notre ancien droit français : tutelle et curatelle (*Eclogè*, 7).

ÉTAT DES QUESTIONS

Ubi hereditas ibi tutela. — Le principe n'a qu'une valeur doctrinale. Il est à rapprocher d'une autre règle plus générale : *ubi emolumentum ibi onus* (*I.*, 1, 17, pr.) et rend compte d'une coïncidence fréquente entre dévolution de l'hérédité et dévolution de la tutelle : DEBBASCH, Excusatio tutoris, dans *Varia. Etudes de droit romain. Publications de l'Institut de droit romain de l'Université de Paris*, XIV, t. II, p. 64, n. 10.

Il ne faut pas exagérer l'opposition entre les concepts de droit et de devoir en matière de tutelle. L'idée de devoir est certainement fort ancienne mais elle n'a eu, à l'origine, qu'une assise coutumière (DEBBASCH, *ibid.*).

Tutelle légitime. — Au Bas-Empire, la décadence de la famille agnatique permet aux cognats très proches d'exercer la tutelle légitime. La mère de l'enfant acquiert le droit de réclamer cette fonction, c'est pour elle une faculté, non une obligation. V. CRIFO, Sul problema della donna tutrice in diritto romano classico, *BIDR*, 1964, p. 87 ss., et du même auteur, *Rapporti tutelari nelle Novelle giustinianee*, Naples, 1965.

Fonctionnement de la tutelle. — Le traditionalisme des prudents peut paraître excessif même si l'on est habitué au conservatisme des juristes. Mais il ne faut pas oublier le rôle essentiel joué par la procédure en droit romain. S'il est possible dans le détail d'aboutir à des solutions équitables, ce qui permet de célébrer les vertus de l'empirisme raisonné des Romains, il est particulièrement difficile, dans le domaine de la technique procédurale, de modifier les principes sans déséquilibrer tout l'ensemble. Pour tourner les difficultés résultant de la non-représentation du pupille par son tuteur, les juristes ont multiplié les procédés. L'un des plus anciens consistait à faire intervenir dans l'acte un esclave du pupille. C'est un aspect important de l'utilisation de plus en plus considérable des esclaves qui deviennent, au point de vue juridique, des instruments perfectionnés (v. ELLUL, II, p. 396 ss.). Le procédé permet au tuteur de faire passer l'effet de ses actes sur la tête du pupille sans attendre le règlement de comptes en fin de tutelle. Mais ce moyen n'est utilisable que pour les actes qui enrichissent le mineur propriétaire de l'esclave ou dans les limites du pécule confié à ce dernier.

Le « *crimen suspecti tutoris* » peut être intenté, en principe, par le pupille ou pour son compte même par son esclave (action populaire), ce qui est un des rares cas de représentation en justice dans le système des actions de la loi. Parallèlement à cette institution du droit civil, le préteur crée la *remotio tutoris* qui, même en l'absence de fraude, permet la révocation du tuteur à la suite d'une enquête administrative. A la différence de la précédente, la *remotio* n'entraîne pas l'infâmie. L'aliénation faite par le tuteur contrairement aux prescriptions légales est nulle. Si l'aliénation a été exceptionnellement autorisée, l'impubère qui a subi une lésion peut demander la *restitutio in integrum.*

L'ouvrage de base est celui de ROBERTIS, *La responsabilità del tutore nel diritto romano*, Bari, 1960. Sur le *restitutio in integrum*, et, d'une façon plus

générale, sur les rapports entre droit prétorien et droit impérial, v. RAGGI, *La Restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, Milan, 1965. Cf. CERVENCA, *Studi vari sulla « Restitutio in integrum »*, Milan, 1964.

V. également : BUND, Zur Veräusserungsbefugnis des Tutors, dans *Studi Betti*, II, 1962, p. 159 ss. ; COSENTINO, Sul pro tutela agere di Inst. 4, *SDHI*, XXX, 1964, p. 263 ss. ; MASI, L'actio protutelae nella compilazione giustinianea e nella dottrina bizantina, dans *Studi Senesi*, 1962, p. 197 ss. ; PERRIN, L'apparition du « proximus pubertati » en droit romain classique, *Synteleia Arangio-Ruiz*, 1964, p. 469 ss. ; ROQUES, Institutes 1.25.15, dans *RHD*, 1961, p. 448 ss., sur l'*excusatio tutelae*.

Tutelle des femmes. — L'attitude de saint Paul ne s'explique pas comme celle de Caton l'ancien par une misogynie de principe. En maints endroits, il exalte la femme et « le chrétien authentique réapparaît » (METZ, La femme, dans *Société Jean-Bodin*, II, p. 68). Les idées de l'apôtre montrent l'impossibilité où l'on se trouve de concilier un principe fondé sur la rédemption, qui s'adresse à tous sans distinction : esclave ou maître, homme ou femme, avec les habitudes de l'époque surtout dans les basses classes sociales dont sont issus les premiers chrétiens. Le principe de l'égalité des sexes apparaîtra d'autant plus platonique que l'inégalité est présentée comme découlant naturellement de la création. L'homme n'a pas été tiré de la femme mais la femme de l'homme, et ce n'est pas la faute originelle qui rehaussera le prestige du sexe faible.

En droit civil, l'incapacité de la femme romaine apparaîtra d'autant plus artificielle qu'elle n'a pas permis de résoudre le problème des fortunes féminines. Problème d'autant plus irritant qu'il se traduit par une supériorité économique des femmes sur les hommes, pour des raisons analogues à celles qui existent de nos jours dans des pays à très forte expansion économique : U.S.A., par exemple. « La tyrannie des femmes riches est l'un des thèmes favoris de la littérature romaine à partir des comédies de Plaute » (VILLERS, *Société Jean-Bodin*, II, p. 185).

Sur toutes ces questions, v. les études contenues dans le t. II de la *Société Jean-Bodin*, et tout spécialement celles de J. GAUDEMET et R. VILLERS, avec l'orientation bibliographique. V. en dernier lieu : BAUM, Das Amt der Frau in Neuen Testament, dans *Novum Testamentum*, 1964, p. 142 ss. ; GAGE, *Matronalia. Essai sur les dévotions et les organisations cultuelles des femmes dans l'ancienne Rome*, Bruxelles, 1963 ; GRIMAL, *Histoire mondiale de la femme. Préhistoire et Antiquité*, Paris, 1964. V. un aperçu pittoresque mais d'une rigueur technique assez relative dans : HERRMANN, *Le rôle judiciaire et politique des femmes sous la République romaine*, Bruxelles, 1964.

La curatelle. — V. ARCHI, Curatela, dans *Enciclopedia del diritto*, 1962, p. 489 ss., et KRAENZLEIN, Zur cura minorum in Klassicher Zeit, dans *Gedächtnisschrift für Rudolph Schmidt*, Berlin, 1966, p. 393 ss.

Si les solutions du droit moderne diffèrent de celles du droit romain en matière d'intervalles de lucidité, le problème n'en est pas moins actuellement posé par la doctrine au sujet d'une interprétation stricte ou non. Certains (cf. C. R. C. C.) préconisent « un système d'accommodements spécialement

pour les actes extra-patrimoniaux toujours vus avec plus de faveur » (CARBONNIER, I, p. 732).

« Il existe un assez grand nombre d'autres curatelles, destinées à permettre l'administration ou la conservation des biens d'un captif, d'un débiteur insolvable ou d'une hérédité jacente. Un curateur au ventre peut être désigné, en vue d'assurer l'entretien de la mère d'un enfant conçu, jusqu'à la naissance, aux frais d'une succession. Un curateur peut être adjoint, à l'époque classique, au tuteur d'un impubère dont il administrera les biens aux risques et périls du tuteur en exercice » (MONIER, I, p. 336).

Chapitre IV

ANCIEN DROIT : GARDE, TUTELLE ET CURATELLE

L'autorité du père de famille a pour contrepartie normale l'affection qu'il porte à ses enfants. La situation du mineur orphelin est, à cet égard, bien différente, non seulement il peut posséder des biens qu'il a hérités de ses parents, mais sa mère, ou son père, peut se remarier et lui donner un parâtre ou une marâtre souvent mus « par la haine qu'ils ont vers leur fillâtre » (Beaumanoir, n° 1632). Les protecteurs qu'il peut trouver dans son lignage sont aussi les héritiers de ses biens :« Ne doit mie garder l'agneau qui en doit avoir la peau. » L'héritier, par convoitise, peut faire la « garde du loup » (J. Ibelin, 168-169).

Cela même devait conduire logiquement les coutumes à assurer distinctement la protection de la personne du mineur et la protection de ses biens : pour ceux-ci, ils sont confiés — baillés — à un gardien ou baillistre qui peut être, pour les fiefs, le seigneur (c'est la garde seigneuriale), mais qui est plus souvent un parent du mineur (c'est la garde noble ou bourgeoise ; section I).

Les inconvénients et les lacunes du système coutumier apparurent vite ; d'où l'effort des praticiens de recourir, en les adaptant, aux règles romaines : la tutelle coutumière devint ainsi, à partir du XIIIe siècle, comme un doublet de la garde. Les coutumes s'en occupèrent peu et cela même permit à la doctrine et à la jurisprudence d'en revenir au droit romain : à partir du XVIe siècle, les règles de la tutelle sont quasi identiques dans le Nord et dans le Midi (section II).

La protection du fou et du prodigue — celui-ci, du fait même qu'il dissipe son patrimoine, étant tenu pour un faible d'esprit — s'inspireront directement du droit romain : les tribunaux leur désigneront un tuteur ou un curateur que l'on distingue mal puisque, pour Loysel (n° 164), « Tuteur et curateur n'est qu'un » (section III).

Le droit franc. — Même pour le droit coutumier, la part des traditions franques apparaît assez mince. L'orphelin est placé sous le *mundium* d'un de ses parents, celui, semble-t-il, qui lui succéderait s'il venait à mourir : il s'agit non d'une protection mais d'une puissance. Le tuteur exerce l'autorité sur l'enfant ; il possède tous les biens qui lui appartiennent et répond des délits qu'il commet. Il agit *jure proprio* puisque le droit franc ignore la représentation. On peut croire, d'ailleurs, comme paraît le prouver l'exemple

du droit lombard, que le prétendu tuteur n'était que le *major domus*, le représentant de la famille. L'idée de protection apparaît, au contraire, à l'époque carolingienne : les *missi dominici* et les évêques doivent protéger les orphelins et leur donner un *tutor* ou un *advocatus* (cf. pour les femmes, *infra*, p. 157).

Il est possible, cependant, que la population gallo-romaine ait gardé une certaine pratique de la tutelle : la tutelle de la mère est mentionnée par la Loi des Visigoths (IV, 3, 3) et des Burgondes (LIX). La *Lex romana curiensis* et la *Summa Perusina* connaissent la tutelle des *parvuli* et de tous ceux qui ne sont pas encore *in aetate*.

Après l'effondrement des institutions carolingiennes, la protection des mineurs paraît fort mal assurée. Les règles franques ont pu parfois persister, mais chaque province les comprend à sa façon ; tout dépend des structures sociales, de la force acquise par la féodalité, de la cohésion du lignage, de la condition du mineur ou de la nature de ses biens. L'autorité appartiendra tantôt au seigneur dont l'enfant va devenir le vassal, tantôt au groupe familial tout entier, tantôt à l'héritier présomptif du mineur, tantôt aussi au roi ou à l'Eglise.

Sur un point, cependant, le droit franc a une conception originale et fort nette : le mineur ne peut pas agir par lui-même et il n'est pas représenté ; il faut donc laisser « sommeiller » jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge convenable — douze ou quinze ans — les procès qui le concernent, puisqu'il ne peut ni agir ni être appelé en jugement ; c'est déjà le principe coutumier de la « dormition des actions » nettement attesté par la Loi ripuaire (LXXXI) et par des capitulaires.

Section I. — La garde

La garde seigneuriale normande. — L'institution ne concerne, en principe, que les fiefs et elle paraît propre à la Normandie — dont la coutume a subi, on le sait, plus qu'aucune autre, l'influence féodale. Si un mineur hérite un fief, le seigneur le reprend « en sa main » et en perçoit les revenus mais, en outre, il place l'enfant « en sa garde » pour l'élever et lui apprendre le métier des armes. Si le mineur possède plusieurs fiefs, on admet logiquement la pluralité des gardes, la garde de l'enfant appartenant au seigneur lige et la garde de chaque fief au concédant. Au cas où le mineur posséderait des biens roturiers (ce qui devait être rare à l'origine), il peut les garder pour lui mais, dans ce cas, le seigneur n'est plus astreint à le nourrir. La garde expire normalement quand le mineur est armé chevalier et peut desservir le fief. Aucun compte n'est dû par le gardien qui doit seulement rendre le fief en bon état.

La garde avait, à l'origine, un caractère personnel : elle concernait les seuls nobles et les liens quasi familiaux qu'elle créait entre le gardien et le mineur répondaient bien aux caractères de la première féodalité. Le pupille doit être élevé « dans de bonnes maisons » et il s'attachera ainsi au seigneur qui l'a nourri et traité comme son propre fils (*T. A. C.*, XI).

Au XIIIe siècle, au contraire, les fiefs peuvent être acquis par des roturiers et les rotures par des nobles ; la *Summa* (XXIV) donne nettement à la garde un caractère réel. Les conceptions féodales changent au point que le seigneur ne considère plus la garde que comme un profit et répugne à recevoir le mineur dans sa famille : il se décharge souvent de l'enfant en le confiant à un de ses parents, à sa mère si elle vit, et en versant une pension pour son entretien.

Ces principes jouent en faveur du duc pour les fiefs tenus de lui et, après la conquête de la Normandie, en faveur du roi : le *Très ancien Coutumier* (VII, 3) rappelle à ce sujet le principe carolingien qui reconnaît au roi la protection des orphelins. Il s'ensuit que la garde royale sera plus étendue que la garde seigneuriale : il suffit pour qu'elle s'exerce que le mineur ait dans son patrimoine une terre tenue du roi par hommage : s'il en est ainsi, la garde royale porte par préférence à la garde seigneuriale même sur les fiefs que le mineur tenait d'autres seigneurs et sur les biens roturiers. Seuls les revenus des fiefs en garde intéressent le roi qui souvent les fait affermer par ses baillis à un parent du mineur. Par là, la garde prend un caractère fiscal mais elle aboutit, en fait, à faire désigner par un officier royal celui qui aura la charge de l'enfant.

Le système de la garde seigneuriale fut un moment appliqué en Bretagne ; mais, dans l'Ouest comme dans le reste de la France coutumière, les droits de la famille vont l'emporter sur ceux du seigneur.

La garde noble. — Par la garde noble, le fief échu à un mineur est confié à son plus proche parent : au lieu de remettre le fief au seigneur pendant la minorité du vassal, le gardien se substitue à lui et le sert à sa place. Ici encore, l'institution ne concernait, à l'origine, que les gentilshommes (*Etabl.*, I, 19, 121) mais elle prend un caractère réel et s'appliquera même aux fiefs tenus par des roturiers (Beaumanoir, n° 537).

Toujours, « les baillies ou gardes sont coutumières » (Loysel, n° 167), ce qui signifiait, à l'origine, qu'elles sont déférées par la coutume à l'héritier présomptif du mineur. Au cas où l'enfant possède à la fois des fiefs maternels et paternels, il a au moins deux baillistres (Beaumanoir, n° 510 ; *Etabl.*, I, 121) : « Bail se règle le plus souvent selon les successions et se donne coutumièrement à ceux qui sont le plus proches du côté dont le fief vient » (Loysel, n° 173). Anciennement, la garde de la personne est également confiée à la fois à un parent paternel et à un parent maternel, car si celui qui a le bail de la terre « avait la garde il y pourrait avoir soupçon » (*Livre droiz et comm.*, n° 466).

Bientôt pourtant, dans le Nord (N. Didier, *Les fiefs de Hainaut*, p. 201) comme en Ile-de-France, on s'écarte des règles de la dévolution héréditaire pour suivre l'ordre des affections présumées. Le bail des fiefs comme la garde de la personne sont déférés au survivant des père et mère sans que l'on distingue selon la provenance des biens. La chose a dû paraître normale pour le père qui servait déjà les fiefs de sa femme ; quant à la mère, elle est la protectrice naturelle de l'enfant et, les femmes pouvant dès le XIIIe siècle tenir des fiefs, il paraît normal de lui confier ceux de ses enfants. Elle les gardera au cas de remariage (*Olim*, I, p. 726), celui-ci étant même

vu avec faveur par les coutumes parisiennes puisqu'il permettait au second mari de servir le fief. Si les parents sont morts, beaucoup de coutumes admettent que la garde passe aux grands-parents (*Gr. Cout.*, p. 292) ; contrairement à la succession, la garde « remonte » et on parlera même plus spécialement dans ce cas de garde pour réserver le mot bail à la jouissance des collatéraux.

Si ce bail échoit à des frères du mineur, les coutumes consacrent une solution qui rappelle le parage : le fils aîné, s'il est majeur, porte la foi pour la totalité des fiefs, sauf à délivrer leur part à ses frères et sœurs parvenus à l'âge de la majorité. Il peut même arriver que ce parage soit organisé par le seigneur du fief (H. LEGOHEREL, *RHD*, 1965, p. 229).

Le baillistre doit pendant la minorité du pupille servir le fief ; c'était, à l'origine tout au moins, une lourde charge que l'on pouvait toujours refuser : « Il n'accepte garde, ni bail qui ne veut » (LOYSEL, n° 163 ; cf. *Olim*, t. II, p. 240). Le baillistre acquiert, en revanche, la possession du fief ; il doit payer au seigneur, comme pour une aliénation, un an de revenus à titre de rachat (BEAUMANOIR, n° 508), rendre personnellement tous les services féodaux, pourvoir aux dépenses de l'enfant. En contrepartie, il perçoit tous les revenus du fief et devient propriétaire des meubles à charge de payer les dettes qui sont toujours la charge des meubles (BEAUMANOIR, n° 518). Si le baillistre n'a pas la garde de l'enfant, il doit subvenir à son entretien ; la règle résulte, en Maine-Anjou, d'une ordonnance de saint Louis de 1246 et elle sera généralisée.

La garde peut se perdre « par mésusage » et elle finit par la majorité du mineur (LOYSEL, n° 182) et, pour les filles, par leur mariage. Le baillistre n'a aucun compte à rendre, il doit seulement restituer le fief dans l'état où il l'avait reçu après avoir payé toutes les dettes : « Qui bail ou garde prend quitte le rend » (LOYSEL, n° 171).

Comme le rappelle encore Loysel (n° 174) : « En vilainie, cotterie ou roture n'y a bail » (cf. BEAUMANOIR, n° 513 ; *Etabl.*, II, 18) ; si le mineur possède des héritages roturiers, le baillistre ne peut en percevoir les revenus ; il doit entretenir son pupille avec le seul produit de ses fiefs même s'il n'a que « petit fief peu convenable au vivre et à la vêture », ce qui prouve, ajoute Beaumanoir (n°s 511-512), qu'il y a parfois « grand péril à prendre bail ».

Entre roturiers, il peut y avoir compagnie mais point garde, les revenus de l'enfant étant acquis à la communauté (n° 630).

LA GARDE BOURGEOISE. — Comme les nobles, qu'ils ambitionnent d'imiter, les bourgeois de quelques villes, Paris, Orléans, Etampes, Tours, Bourges, jouissent, à raison dit le *Grand Coutumier* (p. 373) de la noblesse de leur ville, du privilège de la garde bourgeoise. Elle existe dès le XIVe siècle et est déférée aux père et mère ou aux grands-parents, mais jamais aux collatéraux. Elle porte sur tous les biens appartenant à un mineur bourgeois même si ce sont des fiefs. Le gardien bourgeois en a la jouissance et l'administration : il perçoit les fruits mais n'acquiert pas les meubles (ce qui l'oblige parfois à donner caution de leur restitution), et n'est pas tenu des dettes. Il doit, en revanche, entretenir le mineur et rendre les immeubles en bon état,

En Flandre et parfois en Hainaut et en Artois, existe dès le XIIIe siècle la *houdenisse* qui est une sorte de garde bourgeoise conférée au père ou à la mère survivant. Elle prolonge en quelque sorte la puissance paternelle qui, dans cette région, appartient conjointement aux époux (J. GILISSEN, *RHD*, 1963, p. 687).

LA CONDITION DU MINEUR EN GARDE. — Le mineur sous-âgé est dans une situation analogue à celle d'un fils de famille : le gardien possède ses fiefs et acquiert ses meubles. On admet bien que le sous-âgé ne doit pas « être quitte des forfaits (qu'il commet) si le juge n'a pitié de lui pour son âge» (*Jost.*, p. 118 ; BEAUMANOIR, n° 560), mais il ne peut ni contracter ni plaider.

Il est possible, cependant, qu'un mineur intervienne dans un contrat, par exemple pour donner sa *laudatio* à une vente, mais tous ses actes peuvent être annulés dans l'année qui suit sa majorité (*T. A. C. Norm.*, LXXVIII, 5) et cette nullité atteint même les actes qui seraient accomplis par le gardien. Dès lors nul ne s'aventurera à traiter avec lui s'il n'est assisté par des garants majeurs.

Cependant, à la fin du XIIIe siècle, apparaît même en Normandie une idée nouvelle qui marque l'affleurement du droit romain : le mineur ne peut « rappeler le marché » que s'il est fait « à son dommage » et non « à son profit » (BEAUMANOIR, n° 561) ; mais dans ce cas il peut agir même s'il a eu « l'autorité » de son gardien.

Pour les procès, le droit coutumier a conservé le système de la Loi ripuaire et des capitulaires carolingiens qualifié de *dormition des actions* ; la minorité proroge toutes querelles : ce que fait ou dit le mineur devant un tribunal laïque ne compte pour rien et les actions du mineur demandeur ou défenseur sont comme en sommeil (*Summa Norm.*, XLII, 1) ; comme dira Loysel (n° 33) : « Le sous-âgé n'a ni voix ni répons en Cour. » La raison d'être de la règle est donnée par les textes normands : la représentation en justice n'existant pas, il faut attendre que le mineur soit en âge de se défendre *manu sua* au besoin dans un duel judiciaire (*T. A. C.*, VI). Cela même permettait d'atténuer la règle quand l'action ne pouvait conduire à un duel : ce qui est notamment le cas de toutes les actions de saisine (t. II, p. 246).

Le droit normand connaît ainsi de bonne heure un bref *De saisina orphani patris* qui permet au mineur de recouvrer la saisine d'un bien de la succession de son père. D'autres exceptions concernent l'action par laquelle la mère réclame son douaire ou l'exercice du retrait lignager. Au contraire, pour toutes les actions pétitoires, la suspension des actions est certaine et elle s'applique même aux procès commencés lors de l'ouverture de la garde (BEAUMANOIR, n° 118). Cette dernière règle était si gênante qu'elle fut abrogée par une ordonnance de 1330.

Dans la mesure même où le mineur pouvait ainsi ester en justice, il apparaît nécessaire de le faire assister par un conseil : le rôle peut être tenu par le père ou par le gardien, par la famille ou son délégué ou enfin par un personnage qui, comme l'*advocatus* carolingien (p. 109), « conduit » le mineur et est appelé « ducteur », « meneur » ou « tuteur ». La généralisation de cette tutelle *ad litem* suffisait à ruiner l'ancien principe de la dormition des actions (LOYSEL, n° 172).

LA FIXATION DE LA MAJORITÉ. — La garde, comme la puissance paternelle, prend fin par la majorité de l'enfant. Le droit féodal fixe celle-ci au jour où l'adolescent peut desservir le fief et où, par conséquent, il fait hommage à son seigneur ; ce qui coïncidait, anciennement, avec le moment où il était armé chevalier. Dès le XIIIe siècle, beaucoup de vassaux ne sont plus armés chevaliers et l'âge de la majorité du jeune noble est fixé par la coutume, le plus souvent à vingt ou vingt et un ans (*Summa Norm.*, XXII *bis*, 8 ; XXXI, 3), parfois à quinze ans (BEAUMANOIR, nº 546).

Pour les femmes, la majorité est, en principe, plus précoce, quinze ans en Touraine-Anjou (*Etabl.*, I, 19 ; *Jost.*, p. 233) ; pourtant, une fille ne peut devenir vassale sans avoir un mari pour desservir son fief, ce qui fait dire que seul le mariage met fin à la garde (*Summa*, XXXI, 14) ; quand la vassale est « majeure », le seigneur ne peut s'opposer au mariage (*Olim*, II, 56 ; cf. p. 193).

Pour les roturiers, on disait, à l'origine, « qu'ils étaient toujours en âge » ; de fait, on l'a dit, aucune garde n'était organisée pour eux. La solution parut si choquante que les coutumes admirent une majorité roturière mais en la fixant notablement plus tôt que pour les nobles : le plus souvent à quatorze ou quinze ans pour les garçons, et douze ans pour les filles (BEAUMANOIR, nº 536). Ce qui conduisait à admettre que la qualité des biens déterminait l'âge de la majorité et qu'un noble était majeur dès quinze ans pour ses biens roturiers.

En l'absence d'état civil, l'âge ne peut être prouvé que par témoins, et spécialement par les dires du parrain et de la marraine : d'où la fraude courante de faire insérer dans le contrat du mineur une déclaration de majorité.

LA GARDE APRÈS LE XIVe SIÈCLE. — Garde et féodalité étaient trop étroitement liées pour ne pas connaître, à partir du XIVe siècle, le même déclin. La garde était, anciennement, une puissance conférée à la famille ; elle tend à devenir, au contact de la tutelle romaine, une protection du mineur. Le service du fief qui, autrefois, apparaissait essentiel, n'a plus grande importance ; pour la garde seigneuriale et la garde royale, seuls comptent désormais les profits qu'elles procurent au gardien ; le mérite propre de la garde noble est d'apparaître plus décorative que la tutelle ; les idées aristocratiques aidant, elle devient un privilège de la noblesse : elle perd, de ce fait, le caractère réel qu'elle avait acquis au XIIIe siècle pour ne concerner, comme à l'origine, que les mineurs nobles (N. C. Orléans, art. 179 ; Paris, art. 265 ; A. C. Sens, art. 141-143) pour leurs fiefs mais aussi pour leurs biens roturiers. On exigera même que le gardien soit également noble.

C'est assez dire que des préoccupations de classe ou d'étiquette ont maintenu l'institution alors qu'elle a perdu son ancienne raison d'être. La doctrine s'en occupe encore au XVIIIe siècle, mais la jurisprudence lui a fait perdre son originalité et l'a rapprochée de la tutelle :

1) L'évolution la plus nette affecte la garde royale normande. Elle était déjà une garde complète ne laissant place à côté d'elle à aucune tutelle ; les baillis royaux qui l'exerçaient avaient coutume d'affermer aux enchères

les profits qu'elle comportait. Au XVIe siècle, la pratique persiste mais la ferme est consentie à très bas prix à un parent du mineur, généralement au tuteur qui avait été désigné par la famille. Celui-ci n'est plus qu'un administrateur ; il doit, comme tout tuteur, rendre des comptes de sa gestion et il est soumis au double contrôle du bailli royal et du conseil des parents.

2) Le conservatisme de la coutume de Normandie maintient la garde seigneuriale et lui conserve un caractère réel. Le gardien possède la jouissance des immeubles et fait les fruits siens, mais, au moins si les biens roturiers lui sont donnés, il doit employer une partie des revenus (fixée parfois au tiers) à l'entretien de l'enfant. Celui-ci doit être confié à un membre de la famille que désigne, à partir du XVe siècle, un conseil des parents. Le seigneur doit autoriser, comme au XIIIe siècle, le mariage de l'orphelin ; mais les parents peuvent au cas de difficulté saisir la justice et l'âge de vingt ans émancipe désormais la fille non mariée comme le garçon.

3) Sur la garde noble, les coutumes ont des solutions si diverses qu'elles paraissent provenir des vicissitudes de leur rédaction : les coutumes d'Orléans ou de Berry s'opposent, par exemple, par leur archaïsme à la coutume de Paris :

a) La garde est attribuée partout au survivant des père et mère et, hormis en Maine-Anjou, aux grands-parents (sauf à fixer entre ceux-ci un ordre de préférence). A Paris, le bail des collatéraux disparaît sur la demande des commissaires royaux lors de la rédaction de 1510 ; il est conservé, au contraire, à Orléans.

b) La jouissance et l'administration des immeubles sont toujours attribuées au gardien, l'exemple romain des biens adventices ayant incliné les commissaires aux rédactions vers cette solution. A Orléans, mais non à Paris, le gardien doit rendre compte. En revanche, il ne devient plus (sauf à Orléans, N. C., art. 25, à Sens, N. C., art. 156) propriétaire des meubles. Un tuteur est enfin désigné au mineur pour agir dans toutes les affaires qui ne regardent ni les meubles, ni les fruits des immeubles (Paris, art. 270).

c) Le gardien doit toujours pourvoir à l'entretien du mineur et il est tenu (même là où il n'acquiert pas les meubles) de toutes les dettes même *ultra vires* ; il pouvait refuser la garde et, s'il l'a acceptée, on considère qu'il a fait un marché à forfait.

d) Souvent, la garde doit être demandée en justice et la déchéance peut être prononcée au cas d'abus de jouissance. Le remariage du gardien met fin à la garde (sauf à Orléans, A. C., art. 32).

e) Enfin, l'hostilité à l'institution se manifeste dans la règle que la garde ne se réitère pas : si le gardien vient à mourir, il est remplacé par un tuteur.

4) Quant à la garde bourgeoise, elle est, au moins à Paris, rapprochée au XVIe siècle de la garde noble. Le gardien doit faire inventaire et fournir caution ; il doit acquitter les dettes et entretenir les immeubles. La garde ne peut appartenir aux grands-parents et elle finit à l'âge de la majorité roturière, douze ou quatorze ans.

SECTION II. — La tutelle coutumière

GARDE ET TUTELLE. — La garde est conçue pour un mineur noble qui ne posséderait que des fiefs. Elle ne concerne ni les mineurs roturiers, ni — dans les pays de garde réelle — les héritages roturiers d'un mineur noble. Encore le gardien n'a-t-il pas qualité pour assister ou pour représenter l'orphelin dans ses contrats ou dans ses procès : c'est dire les lacunes et les insuffisances d'un système que sporadiquement divers expédients coutumiers essayèrent d'améliorer :

1) Le mineur roturier peut entrer en communauté avec sa mère ou ses parents, ce qui lui permettra ultérieurement de réclamer sa part du patrimoine commun. Pour éviter ce risque, celui qui recueille« son pauvre parent» peut demander au seigneur justicier que « les siennes choses (du mineur) soient baillées par lui et par ses parents » et s'engager « à les rendre ou les mettre à son profit » (BEAUMANOIR, n° 625).

2) Pour les mineurs nobles, on admet que le père survivant continue de jouir des biens provenant de sa femme et l'on accorde à la mère veuve un droit presque équivalent. Des droits spéciaux sont aussi conférés au frère aîné, notamment par le parage.

3) Si, malgré tout, ces appuis font défaut au mineur, un tuteur peut lui être donné ; mais si le mot est romain, l'institution ne l'est pas encore. Le pouvoir de protéger les orphelins qui, à l'époque carolingienne, appartenait au roi ou au comte, est passé au seigneur ou, en Normandie, au duc. L'initiative de demander un tuteur appartient, en principe, au mineur lui-même : en Anjou, l'orphelin roturier doit « savoir bien dire auquel il lui plaît mieux à aller de ses parents » (*Etabl.*, I, 141) ; il semble même qu'il puisse quitter son tuteur et en choisir un autre.

La volonté de l'enfant n'est autre, le plus souvent, que celle de ses parents. Autour de l'enfant, soucieux de lui mais aussi de ses biens, apparaît, en effet, le groupe des parents ou des voisins. Il peut s'agir d'une action collective comme dans ce jugement normand de 1346 où le sous-âgé est ajourné en justice en même temps que neuf parents et quatorze amis ou voisins (R. GENESTAL, *La tutelle*, p. 62). Plus souvent, les parents délégueront l'un d'eux qui plaidera ou contractera avec le mineur.

Dans les villes, la protection des mineurs est souvent assumée par l'autorité municipale. En Normandie et dans tout le Nord, des magistrats spéciaux (appelés à Lille gard' orphènes, L. MARCHANT, *NRH*, 1902, p. 268-299, 469-496) administrent les biens des mineurs ou surveillent la gestion du tuteur. L'institution qui peut remonter aux débuts des communes est pleinement établie au début du XIIIe siècle et elle nous paraît être l'origine de la garde bourgeoise.

L'APPARITION DE LA TUTELLE ROMAINE. — Ces pratiques auraient pu être harmonisées et généralisées par les coutumes et conduire à une création originale ; au contraire, le développement coutumier fut arrêté au XIIIe siècle par la renaissance du droit romain qui allait fournir des solutions toutes faites aux praticiens. Beaumanoir les transpose et les interprète avec son

habileté accoutumée dans le chapitre qu'il consacre aux tutelles (nos 570-577 ; cf. aussi, no 513).

L'institution demeurera toujours comme en marge des coutumes qui s'en occupent peu, mais dès le XIVe siècle elle a acquis des contours précis :

1) Le tuteur est désigné par la justice : ce qui fera dire à Loysel (no 165) : « Les tutelles sont datives. » Il s'agit d'abord de tuteurs *ad hoc*, nommés à l'occasion d'une action personnelle (*Olim*, t. I, p. 316) et, après une ordonnance de 1330 qui l'autorise, même pour une action réelle. De là on vient normalement à désigner des tuteurs permanents nantis de pouvoirs généraux.

2) La famille intervient pour choisir le tuteur : à Paris, cette intervention paraît assez inorganique ; en Normandie, on fixe à dix ou à douze le nombre des parents et, au moins dans les villes, le juge convoque le conseil de famille et le préside.

3) Dès qu'il est désigné, le tuteur prête un serment fort détaillé. Son mandat est gratuit et il ne peut être refusé (*Gr. Cout.*, p. 792) ; il doit administrer le patrimoine du mineur et rendre des comptes. Pour les actes les plus graves, l'autorisation du juge et l'avis du conseil de famille sont requis.

4) La tutelle prend fin non par la majorité coutumière — qui n'a rien à voir avec la tutelle —, mais par une décision du juge et de la famille. C'est devant eux également que le tuteur doit rendre compte de sa gestion.

LE DROIT COMMUN DES TUTELLES. — Deux traits marquent l'évolution postérieure des coutumes : d'une part l'intervention de la famille devint plus précise, d'autre part les règles romaines furent reprises tantôt par la doctrine et la jurisprudence, tantôt par les ordonnances royales. Presque servile au XVIe siècle, cette imitation devint un peu plus libre ensuite.

Le conseil des parents est convoqué dès l'ouverture de la tutelle. Les femmes ne peuvent en faire partie et il réunit de six à douze membres appartenant aux deux lignes. Il désigne le tuteur et peut lui adjoindre soit un second tuteur, soit un conseil — généralement un homme de loi, conseil de tutelle ou tuteur onéraire, chargé de l'éclairer — soit un subrogé-tuteur (BOURJON, t. I, p. 48). Lamoignon (*Arrêtés*, IV, art. 9-10) considère celui-ci comme un organe permanent chargé d'intervenir au cas d'opposition d'intérêts entre le tuteur et le mineur. Le conseil de famille intervient dans les actes graves, par exemple pour l'aliénation d'un immeuble. Le mariage étant une affaire de famille, les ordonnances de 1579 (art. 42) et de 1639 (art. 1) font au tuteur l'obligation de n'autoriser le mariage « sinon avec l'avis et consentement des plus proches parents ». C'est aux parents qu'en fin de tutelle ou même chaque année doivent être rendus les comptes de tutelle.

Les droits de la famille apparaissent, d'autre part, dans un retour à la tutelle légitime. Des coutumes l'accordent de droit au survivant des père et mère (Orléans, art. 28, 178 ; Anjou, art. 85 ; Artois, art. 156) et parfois même, comme en Normandie et Bourgogne, au frère aîné. La tutelle testamentaire est connue de toutes les coutumes romanisantes (Bourbonnais, art. 177 ; Auvergne, XI, 1 ; Bretagne, art. 474). En fait, même dans les autres provinces, le juge ne refuse jamais de déférer la tutelle au père, à la mère ou au parent désigné dans le testament du père.

Le fonctionnement de la tutelle est régi par les règles romaines. La tutelle

dative est considérée comme une charge publique qui ne peut être déférée ni à un étranger, ni, sauf le cas de la mère ou de l'aïeule, à une femme. Les excuses sont appréciées arbitrairement par les juges. Le tuteur doit faire procéder à un inventaire et à la vente des meubles suivie, après avis des parents, d'un remploi en immeubles ou en rentes. A défaut de vente, le tuteur est tenu de rapporter dans son compte de tutelle la valeur des meubles non vendus et le « quart en sus » à titre de dommages-intérêts.

Le tuteur a la charge de la personne du mineur et de son éducation. La doctrine lui accorde la puissance paternelle, mais celle-ci ne comporte pas un droit de correction aussi étendu que celui du père.

Le tuteur est considéré comme le maître des biens de son pupille : *Tutor domini loco habetur*, et il n'est pas tenu à fournir caution. Les actes de gestion qu'il fait seul sont opposables au pupille devenu majeur. Il peut louer les héritages du mineur (Paris, art. 227), poursuivre le remboursement de toutes les créances, veiller à l'entretien des héritages et doit agir à tous ces égards en bon père de famille.

La cessation de la tutelle laisse peser sur le tuteur l'obligation de rendre des comptes ; jusque-là, l'ancien pupille est réputé mineur vis-à-vis de son tuteur et quelques coutumes n'admettent même pas que cette obligation se prescrive par dix ans. Le mineur avait hypothèque sur tous les biens du tuteur du jour de l'ouverture de la tutelle pour la sûreté de ce paiement. L'ordonnance de 1666 (XXXIV, art. 3) autorise même la contrainte par corps sans que le tuteur puisse faire cession de biens.

La capacité du pupille. — La confusion toujours maintenue entre tutelle et curatelle (p. 103) aboutissait à prolonger la tutelle au-delà de la puberté. L'influence romaine aboutit à fixer à vingt-cinq ans la « majorité pleine ». Mais le mineur ne peut être, jusqu'à cet âge, considéré comme totalement incapable ainsi que l'était le mineur en garde.

Avant le XVe siècle, on a admis la capacité du mineur commerçant ; on reconnaît la validité du testament, des payements de rentes et même de dettes mobilières. Pour les contrats, on conserve le principe de la révocation dans l'an et jour (p. 112), mais on essaye d'en limiter les effets, par exemple, pour les actes faits en justice ou avec le concours de la famille.

A partir du XVe siècle, la leçon romaine est mieux comprise. Si les règles de la tutelle, assez rigides et même archaïques, avaient été vite assimilées par le droit coutumier, la théorie de la minorité, plus souple et plus complexe, demeure le domaine de l'équité et des solutions d'espèce, et la *restitutio in integrum* qui inspire déjà les développements de Beaumanoir va devenir le principe général de solution : pour un mineur pubère, ce qui importe ce n'est pas le respect de formes ou de règles abstraites, mais avant tout le résultat économique de l'acte. Il y a des actes qui enrichissent le mineur et qui, de ce fait, doivent être permis ; d'autres qui l'appauvrissent et qu'il faut réprouver.

L'ordonnance de Villers-Cotterets (art. 134) de 1539 permet au mineur, jusqu'à trente-cinq ans, de poursuivre « la cassation de ses contrats », qu'il agisse par lettre de restitution ou par voie de nullité (cf. t. II, p. 103). Le recours est possible même si le tuteur est intervenu à l'acte.

La nullité peut être demandée si l'acte est irrégulier ; la rescision ou restitution suppose, au contraire, une lésion, ce qu'exprime l'adage connu : *Minor restituitur non tanquam minor sed tanquam laesus.* La jurisprudence assimilait, d'ailleurs, contrairement aux principes romains, la lésion et la perte et admettait la restitution même au cas où cette perte était causée par accident ou par imprudence. Un mineur qui aurait accepté une succession considérable dont les immeubles auraient péri par un tremblement de terre ou par une inondation (D. IV, 4, 25) pourrait être restitué ; ce qui, comme le remarquaient tous les auteurs, « met les mineurs dans une espèce d'interdiction et leur fait souvent perdre l'occasion de faire de bonnes affaires, car personne ne veut contracter avec eux» (ARGOU, *Inst. droit fr.*, t. I, p. 38).

Le fait pour le mineur de se déclarer majeur dans le contrat, accompagné ou non d'un serment, faisait perdre, anciennement, le bénéfice de restitution (BEAUMANOIR, n° 563). On admet, désormais, que, même dans ce cas, la restitution est possible : des arrêts de règlement défendirent même aux notaires d'insérer de telles déclarations dans les contrats (LOUËT, R, 7, 4).

Quant aux actions du mineur, l'ancienne dormition n'a plus, dès lors que la tutelle est organisée, aucune raison d'être : il en reste, cependant, la suspension de la prescription qui en était la conséquence : on continue à dire que la prescription « dort » durant tout le temps de la minorité ; au contraire, les prescriptions coutumières ou statutaires continuent de courir contre les mineurs (LOYSEL, n°s 705, 708).

Au XVe siècle, le mineur doit être mis en cause dans le procès et même, en Normandie par exemple, comparaître en personne. Au siècle suivant, le tuteur représente normalement le mineur : on accorde seulement à celui-ci une « restitution sur chose jugée » s'il n'a pas été défendu valablement, ce qui deviendra dans l'ordonnance de 1667 (XXXV, art. 35) un cas de requête civile.

LES RENONCIATIONS. — Il est usuel, dès le XIIIe siècle, que le mineur, dans le contrat qu'il fait, renonce à invoquer tout moyen de nullité ou de rescision et accompagne cette renonciation d'un serment. La question avait été, pour les premiers romanistes, l'occasion d'une discussion célèbre (*Dissensiones dom.*, éd. HAENEL, p. 52, 98) que l'empereur Barberousse avait tranchée en insérant dans le Code (II, 28, 1) l'authentique *Sacramenta puberum* qui validait les renonciations.

C'était rendre aux mineurs la capacité que leur reconnaissait la tradition franque et faire passer celle-ci avant le droit romain. Les discussions reprirent sur la portée de l'authentique ; les canonistes et les bartolistes la jugent « favorable » et admettent que le serment qu'avait prêté le mineur le prive de tout moyen de faire annuler le contrat. Au contraire, les Français jugent l'authentique « odieuse » et refusent de l'étendre aux impubères et même aux pubères mineurs pourvus d'un curateur. Ils s'emparent d'une phrase de la glose : *Sacramentum facit minorem videri majorem*, pour soutenir que le mineur ne peut avoir moins de droits que le majeur auquel son serment l'assimile. Le serment du mineur ne le prive pas de tout recours ; il peut, par exemple, invoquer la lésion d'outre-moitié, la violence, le dol dont il se prétendrait victime ; mais il ne lui est plus possible d'invoquer la *restitutio in integrum.*

La pratique essaya, pourtant, au moins dans le Midi, de revenir à la solution des canonistes par l'usage d'un double serment. Le mineur prête un premier serment de ne pas user de la *restitutio*, ce qui le met dans la situation d'un majeur ; il prête ensuite un second serment de ne pas user contre le contrat des moyens dont disposerait un majeur : le mineur a beau avoir conclu les contrats les plus insensés, il doit les subir jusqu'au bout sans pouvoir invoquer ni la violence, ni la lésion même énorme.

L'iniquité était telle que les canonistes admirent la possibilité pour le mineur d'être dispensé tout au moins du second serment (G. DURAND, *Speculum*, II, *de rest.*), ce qui devint, vers la fin du XVe siècle, la solution courante. En Languedoc, en Provence, en Dauphiné, la dispense était accordée par l'évêque (Et. BERTRAND, I[1], cons. 1) ; mais, vers la même époque, le roi délivrait des lettres de chancellerie qui, au cas de vente, prescrivaient au juge de l'annuler ou d'en modérer le prix.

Au XVe siècle, la question intéresse encore la doctrine (DONEAU, XXI, 13), mais elle a perdu tout intérêt pratique. La renonciation à la *restitutio* était si étroitement liée au serment qu'elle ne put survivre à sa décadence (A. ESMEIN, *NRH*, 1888, p. 332). Les lettres de dispense furent largement accordées et on en revint, par ce biais, à l'exacte application des règles romaines.

LA TUTELLE DES PAYS DE DROIT ÉCRIT. — Dans la mesure même où elle appliquait les règles romaines, la pratique du Nord avait rejoint celle du Midi ; entre l'une et l'autre, il subsistait pourtant, même aux derniers siècles de l'Ancien Régime, quelques différences fort nettes qui tenaient ici à une constante fidélité au droit romain, là à la survivance d'une tradition coutumière :

1) Le conseil des parents avait existé au Moyen Age (RICHARDOT, *RHD*, 1945, p. 40) et son avis est souvent mentionné dans les actes mais sans que son rôle soit très précis. A Avignon, le juge avant de désigner le tuteur convoque les parents du mineur, leur fait prêter serment et les interroge séparément sur le choix du tuteur. Au contraire, la tutelle légitime et surtout la tutelle testamentaire — qui maintient l'autorité du père même après la mort — sont d'usage courant : il paraît bien pourtant que, comme en pays coutumier, la désignation faite par testament était normalement confirmée par un décret du juge et qu'à l'occasion de celui-ci le tuteur testamentaire pouvait être obligé de donner caution alors qu'il en était légalement dispensé.

2) En principe, la curatelle demeure distincte de la tutelle ; celle-ci finit à l'âge de la puberté, fixé à quatorze ans pour les garçons et à douze ans pour les filles ; ce qui est fâcheux puisque, la tutelle finie, le mineur n'est obligé de prendre un curateur que quand il a un procès. Il peut administrer ses biens ou choisir un curateur à sa fantaisie (BRETONNIER, t. II, p. 412). Le plus souvent, en pratique, le mineur agit seul en mentionnant dans le contrat qu'il renonce à toute assistance d'un curateur, une telle renonciation étant tenue pour licite par tous les bartolistes. Cela même donnait à la *restitutio in integrum* une importance bien plus grande que dans les pays coutumiers.

3) Si, à partir du XVIe siècle, les Parlements, en ce qui concerne la gestion de la curatelle, ont appliqué avec rigidité les règles romaines, les solutions antérieures paraissent fort disparates, souvent même étrangement proches de celles du Nord. L'intervention du juge est constante : il reçoit le serment du tuteur et intervient pour tous les actes importants ; il peut adjoindre au tuteur des parents pour contrôler sa gestion, il peut destituer le tuteur même désigné par testament ; il surveille la reddition des comptes et fixe, au cas où le tuteur a agi *improbe*, les remboursements ou les indemnités qu'il doit. Dans les villes, les mêmes pouvoirs appartiennent aux consuls qui exercent un droit de haute tutelle (Toulouse, art. 5 et 100).

SECTION III. — Les fous et les prodigues

LES FOUS. — La tradition ancienne, encore reprise par Beaumanoir (nº 1061), distinguait le « fol naturel » et le « forcené ». Celui-ci est tenu pour un démoniaque qu'il faut ou traiter par des exorcismes ou enfermer et enchaîner comme un criminel (*Summa Norm.*, 78). Tout ce qu'il fait est radicalement nul. Mais le furieux peut avoir des intervalles lucides et le fou naturel n'être qu'un simple d'esprit : dans les deux cas, il faut prévoir leur protection.

Anciennement, la famille y pourvoyait. Elle agissait de même pour les « surâgés » et les « langoureux » (BOUTILLIER, I, 90), vieillards, malades, difformes, nains, sourds-muets. La femme elle-même prend en mains le ménage si le mari est frappé de folie.

Comme le mineur, l'aliéné doit être gardé. L'idée apparaît très nettement dans les premiers coutumiers (*Jost.*, IV, 11) et elle implique que le gardien doit gérer les biens du fou, mais qu'il est, en revanche, responsable des méfaits commis « par mauvaise garde ». Cette garde de fait va, au contact des idées romaines, se muer en curatelle qui, temporaire à l'origine, devient, au XIVe siècle, permanente.

Beaumanoir (nº 1061) oppose la condition du mineur et des femmes « qui sont en puissance d'autrui » et ne peuvent agir par procureur et la condition des fous qui ont « procureur et administrateur de leurs besognes qui puissent faire convenances pour eux et qui puissent répondre des convenances qu'ils firent avant que la maladie leur vînt ». Ailleurs (nº 118), le même Beaumanoir examine le cas de celui qui devient forcené au cours d'un procès : l'action n'est pas mise en sommeil comme celle du mineur, mais le juge doit désigner un « défendeur » car la « forsenerie d'aucun ne doit pas autrui dommager ».

Dès 1306 (*Olim*, t. III, p. 168), le Parlement de Paris nomme à l'aliéné un curateur permanent et, à partir de là, la procédure se précise. Le juge saisi par un parent prend l'avis de la famille, interroge le dément et peut même procéder à une enquête. En suite de quoi, le curateur est désigné.

L'interdiction de l'aliéné n'apparaîtra qu'un peu plus tard et elle est imitée de l'interdiction du prodigue : c'est la folie qui rend l'acte nul et non le décret du juge. Le principe était formulé par le droit canonique pour

le mariage des *amentes* (*Décr. Grat.*, CXXXII, q. 7, c. 26 ; X, V, 1, 24) et il est repris par la jurisprudence laïque.

Les prodigues. — Plus que la folie, la prodigalité intéresse les auteurs coutumiers : apparemment, il n'y a pour eux pire folie que de dilapider son patrimoine. La pratique des consentements familiaux a dû suffire longtemps à l'éviter ; mais dès que l'individu peut agir seul, on cherche à le protéger contre lui-même. Le droit romain en fournissait le moyen puisque, s'il favorisait les aliénations, il permettait aussi l'interdiction des prodigues. Celle-ci est prononcée parfois par les officiers municipaux, pour les clercs par l'official, le plus souvent par le bailli royal. Toute administration est désormais interdite au prodigue et tous ses contrats sont frappés de nullité (*Olim*, t. III, p. 421 et 849). Pour mettre les tiers à l'abri, le décret d'interdiction est publié en Bretagne par baillie à l'Eglise et un administrateur ou curateur est désigné qui « négociera des négoces », ce qui est un souvenir évident de la *negotiorum gestio* romaine. Comme il advient que « plusieurs follaient par jeunesse qui depuis viennent à bon sens et à bon gouvernement » (*T. A. C. Bretagne*, 83), le juge peut toujours, sur l'avis de la famille, prononcer la mainlevée de l'interdiction.

Le prodigue est accusé par sa femme, par ses enfants ou par un de ses « hoirs attendants » d'avoir « malusé de ses biens ». Les jugements rendus le qualifient d'*ydiota prodigus* (*Olim*, t. II, p. 661) et retiennent parfois, comme preuve de faiblesse d'esprit, la sénilité ou le fait de vivre en concubinage (Fagniez, *Jurispr. paris.*, p. 71).

Les développements postérieurs. — L'interdiction servait trop bien les désirs des familles pour ne pas être généralisée (sauf à lui substituer parfois une lettre de cachet jugée plus honorable). La jurisprudence admit. par exemple, que le dérèglement des mœurs équivalait à la démence, L'ordonnance de Blois (art. 182) déclara que la veuve qui, ayant des enfants, se remariait « follement » ne pouvait aliéner aucun de ses biens. L'intention de contracter un mariage jugé déshonorant par la famille, le fait d'entreprendre des procès trop fréquents conduisaient à une interdiction au moins partielle. Les Parlements en vinrent même à admettre une interdiction volontaire et à pourvoir d'un conseil judiciaire celui qui venait confesser en justice son incapacité ou la crainte d'être victime des intrigues d'un tiers.

Cela même rendait nécessaire d'organiser la publicité des interdictions : le *Code Michau* (art. 143) en ordonna l'affichage dans les greffes royaux ; des arrêts de règlement imposèrent de les publier à son de trompe (Louët, 5, 16) ; enfin, l'usage était, au XVIIIe siècle, de les signifier à tous les notaires pour qu'ils affichent dans leur étude le nom des interdits.

En règle générale, le curateur a les mêmes pouvoirs et les mêmes obligations qu'un tuteur ; mais la jurisprudence des derniers siècles s'efforça de tenir compte de la diversité des situations :

1) L'interdiction du fou répond à la nature des choses et elle n'est que constatée par le décret du juge : l'engagement contracté avant ce décret est nul s'il est prouvé qu'il est postérieur à la démence ; au contraire, quand la démence cesse, l'interdiction disparaît de plein droit (Ricard, *Donations*, I, 3, 147). L'interdiction fait seulement présumer la folie et celui qui invoque

l'engagement doit prouver l'intervalle de lucidité. L'interdit peut faire un testament olographe dont les juges apprécient s'il est sensé ou s'il ne l'est pas. Au contraire, le testament authentique est suspect car les notaires peuvent donner une forme raisonnable à une volonté qui ne l'était pas.

L'internement du fou furieux peut être ordonné, soit administrativement par l'intendant, soit par décision du juge (Dr SÉRIEUX, *RHD*, 1931, p. 413), un arbitraire à peu près complet étant laissé à cet égard aux officiers de police. A partir du XVIIe siècle, à Paris, des hôpitaux spécialisés, la Salpêtrière, Charenton, Bicêtre, les hôpitaux de la Charité, reçoivent les aliénés ; un quartier est réservé pour eux dans les hôpitaux généraux. Une instruction de 1785, rédigée par Colombier et inspirée, paraît-il, par Joseph II, fixe pour la première fois des règles pour le traitement des aliénés dans des asiles publics.

2) L'interdiction du prodigue est prononcée par le juge : l'incapacité ne commence qu'au jour du décret, sauf à rétroagir au jour de la requête pour atteindre les actes accomplis en prévision de l'interdiction (BOURJON, t. I, p. 79 ; *contra*, POTHIER, *Oblig.*, n° 51). Il était, d'autre part, possible de limiter l'incapacité du prodigue à certains actes. Les faits de prodigalité étaient laissés à l'appréciation du juge. En Bretagne, cependant, la coutume fixait une règle précise : l'interdiction ne pouvait être prononcée qu'après dissipation du tiers du patrimoine (ARGENTRE, sur art. 491).

3) Enfin, au lieu d'un curateur, on pouvait désigner au prodigue un simple conseil judiciaire sans l'assistance duquel il ne pourrait vendre ou hypothéquer ses immeubles : ce qui a été repris par le Code civil pour les faibles d'esprit (art. 499) et les prodigues (art. 513).

4) L'institution de la curatelle fut enfin étendue par la jurisprudence à des situations qui requéraient protection : ainsi la curatelle au ventre pour veiller sur les intérêts éventuels d'un enfant à naître, la curatelle aux biens vacants, la curatelle à l'absent (abrogée par l'ordonnance de 1667, II, art. 8) et même la curatelle au cadavre lorsqu'il s'agissait de faire le procès d'un suicidé ou de la victime d'un duel (Ord. 1670, XXI, art. 102).

SECTION IV. — Le droit intermédiaire

LES ASSEMBLÉES DE PARENTS. — L'innovation la plus remarquable de la Révolution fut la création, par le décret du 24 août 1790 (X, art. 12-15), des tribunaux de famille qui étaient de deux sortes : un tribunal chargé de juger les contestations entre mari et femme (*infra*, p. 80), entre parents et alliés ou entre tuteur et pupille, et composé d'arbitres choisis parmi les parents, amis ou voisins, chaque partie nommant deux arbitres ; un tribunal domestique de la famille, composé de six à huit parents ou voisins, auquel était dévolu le droit de correction sur les enfants.

Bien que l'institution ait été abrogée par la Constitution de l'an III, elle inspira la création, par le Code civil, du conseil de famille. Celui-ci ne donne pas, comme dans l'ancien droit, un simple avis ; il nomme et révoque le tuteur (art. 405, 446, C. C.), il surveille sa gestion et autorise certains actes ;

ce pouvoir est indépendant des tribunaux au point que le ministère public ne peut même pas requérir d'office la nullité de la décision nommant le tuteur. Le tribunal n'a qu'un rôle de surveillance et il ne doit homologuer que les décisions les plus importantes. Les premiers interprètes du Code civil hésitaient, d'ailleurs, à admettre que la tutelle tenait par essence à l'ordre public et en faisaient, comme Pothier (*Personnes*, n° 165), une institution familiale, soumise au seul contrôle de la famille (DEMOLOMBE, t. VII, p. 323).

L'ORGANISATION DE LA TUTELLE. — Le décret du 28 mars 1790 relatif aux droits féodaux supprima (art. 12) « la garde royale, la garde seigneuriale et le dépôt de minorité ». Quant à la garde noble, son abolition fut la conséquence de l'abolition de l' « ancienne qualité noble des biens et des personnes » prononcée par le même décret (*infra*, p. 445). Il fallut attendre le Code civil pour qu'une loi uniforme vînt organiser la tutelle et fixer l'état des mineurs.

L'unification du droit ayant été pratiquement réalisée avant 1789, on se borna à reprendre, en les formulant plus rigoureusement, les règles anciennes. Le discours du conseiller d'Etat Berlier fait apparaître cette pauvreté d'invention : les innovations ne concernent que la transaction du mineur (art. 467), la prescription par dix ans de l'action du mineur (art. 475) et l'attribution de la tutelle à la mère survivante (art. 390).

En ce qui concerne la nullité et la rescision, le Code demeurait fort imprécis et ses premiers commentateurs ne firent que reprendre les discussions anciennes sur la possibilité d'une rescision des actes lésionnaires accomplis par le tuteur. Toullier l'admettait sur le fondement de l'ancien droit (DOMAT, *Loix civiles*, IV, 6, 2 ; POTHIER, *Proc. civ.*, V, 4, 11). Au contraire, Troplong refusait l'action et son opinion devait triompher. Proudhon et Duranton devaient proposer le système actuellement suivi (CARBONNIER, *Droit civil*, t. I, p. 704) ; l'incapacité et le défaut de formes habilitantes justifient la nullité ; l'acte que le mineur a fait à la place du tuteur est seulement rescindable pour lésion.

LES ALIÉNÉS. — Le comité de mendicité nommé par la Constituante visita les asiles et décrivit la condition déplorable des aliénés : les « fous étaient enchaînés comme des bêtes fauves », ils vivaient dans « des loges basses et humides n'excitant aucune sollicitude ». La seule mesure bienfaisante fut la nomination, en 1792, à la direction de la maison de Bicêtre du célèbre Dr Pinel.

La loi confia, d'autre part, à la vigilance des municipalités, le soin « d'obvier ou de remédier aux événements fâcheux qui pourraient être occasionnés par les insensés ou les furieux laissés en liberté » (L. 16-24 août 1790, tit. XI ; cf. art. 475, 7° C. pénal). Jusqu'à la loi du 6 juillet 1838, le sort des aliénés demeura fixé par des circulaires ou des ordonnances de police.

Sur l'interdiction — qui pour éviter le soupçon de détention arbitraire doit normalement suivre l'internement — la législation révolutionnaire conserva les règles anciennes. La discussion sur le projet de Code civil se limita presque au cas des prodigues, à l'affirmation de Portalis reprise de l'ancien droit, que « l'Etat était intéressé à la conservation des familles ». On opposait (comme la Convention avait eu la velléité de le faire par le

décret du 2 septembre 1793) « qu'on ne pouvait pas punir un homme qui avait joui de ses biens » et qui « pouvait disposer de son droit selon son bon plaisir ». On jugea, en définitive, que « la prodigalité était presque toujours la suite d'autres passions pernicieuses », qu'elle était « un vice honteux et répréhensible », mais qu'on ne pouvait user contre elle du « moyen extrême de l'interdiction » ; la dation d'un conseil judiciaire parut suffisante.

Quant à l'interdiction, elle ne pouvait être prononcée qu'au cas « d'imbécillité, de démence ou de fureur ». L'interdit « est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens » (art. 509). Un tuteur lui est nommé par le tribunal après que le conseil de famille ait donné son avis sur son état (art. 494 C. C. ; art. 892 C. Proc.).

ÉTAT DES QUESTIONS

Il faut citer en premier lieu la brève note de G. CHEVRIER, Caractères méconnus de la tutelle des mineurs dans le droit coutumier récent, *RHD*, 1943, p. 217-255. G. LEPOINTE, La protection des incapables au Moyen Age à l'exclusion de la femme, dans *Et. de droit contemp.*, IIIe et IVe Congrès de droit comparé, t. I, 1959, p. 53-88.

Sur la garde : R. GENESTAL, *La tutelle*, 1930 ; H. d'ARBOIS DE JUBAINVILLE, Recherches sur la minorité dans le droit féodal français, dans *BECh*, 1851, p. 420-431. Sur son introduction en Bretagne, E. DURTELLE DE SAINT-SAUVEUR, *Etude historique sur les droits de bail seigneurial et de rachat*, 1904 ; HEURTEL, 1906 ; M. BOURRIER, 1912 ; R. MOUFLE, 1956. Sur la « houdenisse » flamande, J. GILISSEN, *TR*, 1961, p. 487-496, et 1963, p. 41. Sur la garde bourgeoise à Colmar, M. PALLASSE et Ch. KUHLMANN, dans *La bourgeoisie alsacienne*, 1954, p. 119-131.

Il paraît bien que l'application des règles romaines aux incapables fut particulièrement rapide ; elle est, par exemple, un fait acquis en Bretagne dès le XIVe siècle : J.-Ph. LÉVY, *TR*, 1957, p. 24.

Sur le droit du Midi : Paul OURLIAC, *Droit romain...*, p. 63-75 ; *Le droit avignonais* (th. Ecole des Chartes), p. 55-85 ; H. RICHARDOT, Tutelle, curatelle et émancipation des enfants légitimes en Forez au XIIIe siècle, dans *RHD*, 1945, p. 29-79 ; P. TIMBAL, La tutelle dans la famille des comtes de Foix au XIVe siècle, dans *SHDE*, 1948, p. 69-76. Cl. ABOUCAYA, *RHD*, 1966, p. 700 (Lyonnais). Il est probable que la garde des fiefs a été pratiquée dans tout le Midi au XIIe siècle : cf., par exemple, *Liber instrumentorum* de Montpellier, n° 65, 95-96 ; *Cart. d'Aniane*, n° 171 ; *Cart. Conques*, n° 573. Le terme de *baylia* désigne, d'autre part, le pouvoir d'administration qui appartient au représentant conventionnel, à l'administrateur d'une personne morale, à l'exécuteur testamentaire ou au tuteur (ces deux dernières qualités étant souvent conférées par testament à une même personne). Il n'empêche que, dès le milieu du XIIe siècle, dans tout le Midi, il est fait une application à peu près correcte des règles de la tutelle (*Cart. Silvanès*, n° 61, 134, 147, 320), l'évêque intervenant fréquemment comme organe de haute tutelle. A partir du XIVe siècle, le roi intervient normalement : R. AUBENAS, *RHD*, 1946-47, p. 302.

Sur les renonciations aux bénéfices de minorité, il faut toujours en revenir à l'article fondamental de E. MEYNIAL, *NRH*, 1900, p. 108-142 ; 1901, p. 241-277 ; 1902, p. 49-78 ; 649-710 ; 1904, p. 698-746. On remarquera que les opinions des romanistes manquent parfois de clarté, spécialement celles de BARTOLE et de BELLEPERCHE. L'étude des actes de notaire du Midi fait bien apparaître, en tout cas, que toutes les opinions de la doctrine avaient leur écho dans la pratique.

Sur les tribunaux de famille à Dijon, le bon article de VIARD, *RHD*, 1921, p. 242-267 et — outre les nombreux travaux consacrés aux justices de paix — les thèses de DARNIS (1903), FERRET (1926), FORCIOLI (1932).

La littérature peut offrir sur la place faite à l'enfant dans la société un témoignage précieux. Le christianisme ne transforme guère l'ignorance romaine de l'enfant et la dureté à son égard (RICHE, *Education et culture*, p. 48). La littérature médiévale ne s'attarde pas sur les années ingrates où l'enfant est « ennuyeux en petitesse » (cf. le *Traité des quatre âges de l'homme*, de Philippe de NOVARE ; les enfants de l'épopée singulièrement précoces en prouesses). On s'intéresse à l'enfant, non pour lui-même, mais pour l'homme qu'il deviendra. Le chapitre de l'*Institution des enfants* de MONTAIGNE témoigne d'un nouvel état d'esprit et mieux encore *Gargantua* ; mais l'époque dite classique sera nettement en réaction contre ces idées : l'enfant est tenu à l'écart et ses relations avec ses parents sont marquées par le respect, voire par la crainte. On parle peu des enfants et LA FONTAINE lui-même les regarde sans plaisir. Astyanax ou Joas ne sont que les « héros de leur race » (« Il est du sang d'Hector, mais il en est le reste », *Andromaque*, IV, 1). Le XVIIe siècle ne prêtera guère attention à Cendrillon ou au Petit Poucet. Encore MONTESQUIEU écrira : « Tout ce qui a quelque rapport à l'éducation des enfants, aux sentiments naturels, nous paraît quelque chose de bas et de peuple. Nos mœurs sont qu'un père et qu'une mère n'élèvent plus leurs enfants. » La réaction vint de FÉNELON, de DIDEROT, de MARMONTEL, de RÉTIF DE LA BRETONNE, enfin de ROUSSEAU et de BERNARDIN DE SAINT-PIERRE. La sensibilité et l'imagination du temps mirent les enfants à la mode, mais il fallut attendre les romantiques pour que l'enfant devienne un thème littéraire et que soit créé le « poncif de l'enfant ». La vie de famille sera exaltée, en revanche, pour fortifier les vertus bourgeoises.

Chapitre V

ANCIEN DROIT : LA CONDITION DE LA FEMME

C'est presque un axiome que de dire que les sociétés primitives n'attribuent aucun droit à la femme : ainsi l'ancien droit romain, ainsi encore le droit « germanique ». La femme est naturellement faible, elle ne peut porter l'épée, elle doit être protégée par un chef auquel elle est soumise : son père, son mari, son frère, le roi.

Rien pourtant n'est moins sûr. La phrase souvent citée de Tacite : *Inesse feminis aliquid sanctum* (*Germ.*, 8), n'est pas le souvenir d'un matriarcat primitif mais la preuve du rôle que les mœurs attribuaient à la femme germaine : la famille n'existe et ne subsiste que par elle ; elle est *vitae laborumque socia*, la mère, l'associée, l'économe, parfois la gardienne du culte ; elle a, d'après Tacite (*Germ.*, 19), la charge de la maison et des champs, et les légendes nordiques disent que « son royaume est entre les quatre parois » de la maison. L'autorité du mari n'en est pas moins certaine : il pouvait vendre sa femme (*Annales*, IV, 72) et châtier tout au moins l'adultère : en présence de ses parents, après lui avoir coupé les cheveux, il la chassait de la maison à coups de fouet (*Germ.*, 19).

Section I. — Les origines du droit français

L'évolution du droit franc. — On a admis très généralement que la femme était toujours soumise à une puissance domestique : le *mundium* de son père ou de son mari et, à défaut, la tutelle (que les auteurs allemands appellent la « tutelle du sexe ») attribuée à un parent.

A vrai dire, les seuls textes qui placent la femme dans une dépendance perpétuelle sont d'origine italienne ou allemande : ainsi l'édit du roi lombard Rothari qui affirme que la femme ne peut jamais être affranchie du *mundium*, *selbmundia* ; ainsi encore la loi des Saxons (art. 42) qui place la femme veuve sous la puissance du plus proche parent de son mari.

Au contraire, dans le royaume franc, les témoignages sont assez contradictoires :

1) La Loi salique indique, comme la plupart des lois barbares, que le *wergeld* d'une femme est plus élevé que celui d'un homme. Elle connaît, d'autre part, l'institution du *reipus* qui manifeste bien les droits de la famille : celui qui veut épouser une veuve doit l'acheter trois sous et un denier aux « ayants droit » (ses parents maternels, a-t-on dit, et à défaut de ceux-ci aux parents du mari qui ne sont pas ses héritiers ; cf. BRUNNER, *Abhandlungen zur Rechtsg.*, t. II, 1931, p. 69). Enfin, le fameux titre 59 exclut les femmes des successions immobilières (*infra*, p. 368).

2) Si tel paraît être l'état de droit à l'époque de Clovis, après lui, dans tout le *regnum Francorum*, les droits de la famille s'estompent. Dès le VIe siècle, le mariage n'est plus conclu entre le mari et la famille de la femme (ce qui expliquait le *reipus* de la loi salique et le rachat de la veuve à la famille) mais avec la femme seule ; d'où pour celle-ci une relative liberté. Quant à la « tutelle du sexe », les capitulaires que l'on invoque d'habitude en sa faveur, ou ne concernent que le droit saxon et lombard, ou ne visent pas un tuteur mais le « défenseur » qui devait assister la veuve dans un procès pour lui éviter les paroles ou les gestes maladroits (GANSHOF, *Etudes Petot*, p. 188).

Le *mundium*, plus qu'une tutelle impliquant une capacité de la femme, apparaît comme une protection que les violences de l'époque rendent nécessaire. Un récit de Grégoire de Tours (*Hist. Franc.*, IX, 20) le montre bien : au traité d'Andelot, conclu en 587, Gontran et Childebert II se promirent mutuellement que le survivant prendrait sous sa protection la femme et les filles du défunt pour les maintenir dans leurs biens « de telle manière que si elles voulaient disposer de ceux-ci, elles

pourraient le faire à leur volonté et que leurs dispositions seraient garanties à perpétuité ».

3) De même les Visigoths et les Burgondes avaient connu anciennement le mariage par achat qui impliquait que la femme appartenait à la famille du mari : ainsi au cas de remariage la femme devait être rachetée — comme dans le *reipus* salique — au plus proche parent de son mari (*lex Burgund.*, XLII, 2) ; mais, dès le VIe siècle, la femme, sans doute sous des influences romaines, est assez indépendante pour consentir à son propre mariage. Le Code d'Euric (c. 321) reprend une novelle de Valentinien III de 452 qui permet à la femme âgée de plus de vingt ans d'administrer librement ses biens. Les veuves peuvent également gérer leurs biens, les vendre ou les donner sans assistance d'un tuteur et également se remarier librement (*lex Visig.*, III, 1, 7).

Capacité ou incapacité de la femme mariée. — Si, fille ou veuve, la femme possède une certaine liberté, elle en est privée par le mariage ; mais, ici encore, les traditions nationales accusent bien des différences :

1) La Loi des Ripuaires (c. 77) admet nettement l'incapacité de la femme mariée en l'assimilant à un mineur ou à un esclave et en annulant tous ses engagements. La loi des Burgondes (c. 100) accorde au mari l'administration des biens de sa femme.

2) Chez les Francs, au contraire, les époux agissaient conjointement (Marculf, II, 4, 5, 79) et Radegonde dote le monastère de Sainte-Croix de Poitiers avec l'accord de Clotaire. Grégoire de Tours (VII, 45) rapporte que Frédégonde, femme de Chilpéric, fit à sa fille de tels cadeaux à l'insu de son mari que celui-ci craignit qu'elle ait épuisé le trésor royal ; mais Frédégonde se défendit car « ces biens lui avaient été donnés ou étaient le fruit de son travail et lui appartenaient en propre ». L'anecdote peut avoir pour objet d'illustrer la perversité de Frédégonde qui prétendait s'affranchir de toute autorité ; elle prouve néanmoins l'indépendance reconnue aux femmes.

3) Tous les témoignages littéraires et historiques vont, d'ailleurs, dans le même sens. Si le *paterfamilias* romain est un monarque, le mari franc doit compter avec les frères de sa

femme qui la protègent et la condamnent : ce sont les parents d'une femme coupable qui la font périr par le feu (*Hist. Franc.*, VI, 36) ou qui interviennent au cas de mésalliance avec un esclave (*Cap. ad leg. Sal.*, 98, vers 550). On a pu parler de véritables conseils de famille et d'institutions « républicaines ».

La femme peut, tout au moins sous les Mérovingiens, être régente du royaume au nom de son fils mineur : ainsi Brunehaut et Bathilde. Brunehaut régnait, d'ailleurs, « à la place de son mari » et il en était de même de Frédégonde (*Hist. Franc.*, VI, 4 ; IX, 34).

Les femmes de l'aristocratie participent autant que les hommes à la culture de l'époque. Le poète Fortunat vante celles qui sont « aussi habiles à tenir la plume qu'à tisser la toile » (*Carm.*, IV, 17). Les princesses visigothiques sont instruites à la Cour de Tolède des lettres classiques. Radegonde, amie de Fortunat, devenue abbesse de Sainte-Croix, fit de son monastère un centre de culture humaniste.

4) L'exemple de Radegonde n'en est pas moins isolé et devait faire scandale. L'influence chrétienne demeure, en effet, hostile à la femme. L'Ancien Testament répétait qu'elle était sous la dépendance de son mari et la phrase déjà citée de saint Paul exprime bien le poids de la tradition juive : les femmes sont soumises à leur mari comme à un maître, car le mari est la « tête » de la femme : *Vir caput est mulieris.* Il est vrai que saint Paul ajoutera aussitôt : « Maris, aimez vos femmes comme le Christ a aimé l'Église. »

Il n'y a rien, en tout cela, qui permette de conclure que la femme subissait une incapacité absolue et que les actes qu'elle aurait accomplis seule étaient sans valeur. Le droit franc paraît s'opposer à cet égard, au moins dès l'époque des fils de Clovis, au droit des Saxons, des Frisons (IX, 11) ou des Thuringiens (c. 45) qui demeurent encore au VIIIe siècle spécialement hostiles aux femmes. Mais les mœurs imposent à la femme mariée de toujours demander l'assistance de son mari, tant il paraît normal que les époux agissent ensemble.

Une place à part doit, cependant, être assignée à la Loi ripuaire qui accorde une pleine capacité, dès l'âge de quinze ans, à la femme non mariée (art. 84). Cette loi est, on le sait, posté-

rieure à 633 et elle représente le droit applicable aux Austrasiens (F. BEYERLE, *ZSS*, *Germ.*, 1935, p. 2) ; on peut croire qu'elle fournit un témoignage de l'évolution accomplie, au moins dans le nord-est du royaume franc.

L'ÉVOLUTION DES XIe ET XIIe SIÈCLES. — Le resserrement des liens familiaux déjà indiqué (p. 4) va encore renforcer le pouvoir du mari et la protection de la famille. Dans le premier âge féodal la femme peut être exaltée ou idéalisée, elle n'en est pas moins soumise à ses proches.

Ces tendances vont être renforcées par l'apparition des textes romains. L'un des premiers, vers 1070, permet au mari de châtier sa femme « à son gré, mais raisonnablement » *(Exp. Papiensis)*. Les *Exceptiones Petri* refusent à la femme tout pouvoir sur ses enfants au point de ne pas requérir son consentement à leur mariage (I, 23). *Lo Codi* lui permet de plaider pour son père empêché (II, 5, 4) mais lui interdit de s'obliger pour autrui (IV, 48, 1-6). La femme peut toujours aliéner ses biens et être témoin, sauf dans un testament (*Exc. Petr.*, I, 32 ; IV, 35). Cette toute première renaissance du droit romain est fort hostile aux femmes et elle a pu infléchir le droit des provinces qui ont subi son influence, la Normandie, par exemple.

A cela les clercs vont ajouter une note passionnée : la femme est coupable du péché originel. Le *Décret* de Gratien (C. 33, qu. 5, c. 19) recueillera le texte de saint Ambroise qui impose aux femmes d'entrer à l'église la tête voilée car elles ne sont pas l'image de Dieu. Les femmes doivent être pour les offices séparées des hommes : la tradition est fort ancienne et elle paraît remonter à une influence juive. A saint Augustin on fait dire que la femme est une « bête instable qui fomente le crime et trouble les hommes ». Elle ne peut accéder aux ordres, participer au culte, enseigner ou prêcher. Gratien (C. 33, qu. 5, c. 12) reprendra l'affirmation de saint Augustin qu'il est « dans l'ordre naturel que la femme soit au service de l'homme car ce n'est que justice que le moins fort serve le plus fort ». Le mari est le maître, *dominus*, la femme est la servante ou l'esclave, *ancilla*, et elle doit, à raison même de sa condition servile, être soumise en toutes choses à son mari (C. 33, qu. 5,

c. 11). Saint Thomas (*Summa* I^{a}, q. 92, 1, 2) ne fait que suivre la tradition quand il indique que c'est un fait d'expérience que la femme soit naturellement privée de raison. On lui interdit, comme au serf, de témoigner en justice, au moins dans les procès criminels (C. 33, q. 5, c. 17 ; 15, q. 3, c. 2), car elle change facilement d'opinion. Toute la tradition littéraire est misogyne : les romans de chevalerie, mais aussi les auteurs romains qui, comme Ovide, fournissent le Moyen Age de lieux communs.

Les mœurs féodales, l'idée romaine de l'*imbecillitas sexus*, de l'*infirmitas consilii*, les préventions du droit canonique étaient également défavorables à la femme : mais jusqu'au XVe siècle, au moins dans les pays coutumiers, il s'agira plus d'une situation de fait que d'une théorie juridique de l'incapacité de la femme.

SECTION II. — La condition de la femme aux XIIIe et XIVe siècles

PAYS COUTUMIERS ET PAYS DE DROIT ÉCRIT. — Le droit féodal n'est pas foncièrement hostile à la femme. Celle-ci peut hériter d'un fief et exerce tous les droits qui y sont attachés. La garde d'un château peut même lui incomber en même temps qu'à son mari (*Etabl.*, I, 57). L'influence romaine aboutit, au contraire, à exclure la femme des *officia virilia*, par exemple des tutelles et curatelles.

En droit privé, la femme est toujours dans une semi-dépendance, mais les traditions sont fort variables d'une région à l'autre.

L'idée d'une incapacité générale de la femme peut, dans l'Est et dans le Nord, remonter au droit germanique ; mais c'est de Provence que vient l'adage : « Li femo noun soun gen », les femmes ne sont personne. La femme corse demeure sa vie durant sous la tutelle de son père, de son mari ou de ses parents. Dans l'Orient latin, il est fréquent que les femmes soient recluses ce qui, ajoutent les moralistes, ne fait qu'accroître leur malice (J. RICHARD, *Recueils Bodin*, t. XII, p. 384). En Espagne, la condition des femmes empire à partir du XIIIe siècle (G. GALLO, *Historia del derecho*, t. II, p. 124).

Les sociétés « méditerranéennes » apparaissent ainsi aussi dures aux femmes que la société franque et leur condition dépend du rôle assigné à la famille, du régime matrimonial, tout autant que de la tradition juridique.

§ 1. Les pays de coutumes

La puissance maritale. — Tous les coutumiers énumèrent les pouvoirs du mari et conséquemment les devoirs de la femme qui doit à son mari la fidélité, le respect et l'obéissance.

1) La fidélité est, pour la femme, une obligation absolue. Le crime d'adultère est puni non seulement par le droit canonique mais par la plupart des coutumes qui infligent à la femme coupable la peine de la course, manifestement héritée du droit germanique (*supra*, p. 126) ; la femme est traînée par la ville avec son complice, parfois fustigée et expulsée de la famille. Les époux doivent vivre ensemble (« la femme doit garder l'hôtel, le feu et les enfants », *Cout. Bretagne*, art. 313) et se rendre mutuellement le *debitum conjugale* (p. 189) ; la séparation de fait peut être ordonnée par le juge mais, comme le dit Beaumanoir (n° 1629), « beaucoup doit bonne femme souffrir et endurer avant qu'elle se mette hors de la compagnie de son mari ».

2) Le respect est dû au « seigneur époux » et si les fabliaux suffisent à montrer que les femmes y manquent souvent, les coutumes le rappellent en termes très nets : comme les enfants à leur père, les vassaux à leur seigneur, les femmes doivent « porter révérence et honneur garder » à leur mari (*T. A. C. Bretagne*, n° 222). C'est même un aspect de la « courtoisie » qui maintient les hiérarchies sociales.

3) L'obéissance, enseignent les moralistes, est la première vertu de la femme (Ph. de Novare, *Les quatre âges de l'homme*). La femme doit suivre les « raisonnables commandements » de son mari et Beaumanoir (n°s 1631 et 1640) assigne aux ordres du mari les mêmes limites qu'aux ordonnances royales : ils ne peuvent aller « contre Dieu et contre bonnes mœurs ». Le mari est le chef de la maison et il doit agir en conséquence sans l'intervention de quiconque. Les maris trop faibles sont

tournés en dérision et les traits du folklore abondent à cet égard : le mari qui se laisse battre par sa femme sera contraint à « chevaucher un âne le visage par devers la queue dudit âne » (cf. Du Cange, v° *asinus* ; cout. de Senlis, de Saintonge). Au contraire, il est normal qu'un mari corrige sa femme qui « meffet », « sans mort et sans mehaing ». Beaumanoir (n° 1631) cite quatre cas où il doit le faire : si elle veut « faire folie de son corps », si elle dément son « baron », si elle le maudit, si elle ne lui obéit pas.

Les coutumiers sont, à cet égard, fort explicites. On a cité souvent les coutumes flamandes qui font de la femme un « cattel » du mari et permettent à celui-ci de blesser sa femme, « la taillader, la balafrer, se chauffer les pieds dans son sang pourvu qu'elle n'en meure ». Les coutumes normandes interdisent au mari de crever les yeux de sa femme, de lui casser un bras, de la frapper de coups énormes fréquemment et sans raison car, commente la *Summa* (85, 8 ; 100, 3), de tels traitements ne sont pas des « corrections ». Les Fors de Béarn (n° 266) jugent de même. Partout l'usage des verges ou du bâton paraît normal, sinon même louable.

Il y a là sans doute des traits de mœurs mais surtout l'expression d'une réaction populaire contre toute intervention de la justice dans des affaires qui ne concernent que la famille : « Chacun est roi en sa maison » (Le Roux de Lincy, *Proverbes français*, t. II, p. 267). Les voisins (« Voisin sait tout », t. I, p. 435) ne se mêlent que trop des affaires de ménage, mais le juge n'a pas à le faire.

Les droits du mari ont, d'ailleurs, une contrepartie normale dans la responsabilité qui lui incombe : il doit surveiller sa femme et il peut être poursuivi pour ses méfaits. Beaumanoir (n° 1631) fait un devoir au mari de « châtier sa femme et la reprendre en toutes manières qu'il verra que bon sera pour lui ôter son vice ».

La condition de la femme mariée en droit coutumier. — Plus qu'un souvenir de la *patria potestas* romaine ou du *mundium* germanique, les droits du mari tiennent aux exigences, fortement ressenties, de la vie commune. Toute société doit avoir un chef qui la maintient et la dirige. Les époux

forment un « groupe inséparable », la communauté familiale élémentaire au point que le droit anglais dénie à la femme une personnalité qui est absorbée (« couverte ») par celle du mari.

La femme n'en garde pas moins la jouissance de ses droits. Cela apparaît bien si le mari est absent ou incapable : même la coutume normande admet que la femme peut alors agir en son nom au moins pour les actions possessoires (100, 3). Beaumanoir (n° 1336) donne à la femme le droit d'agir si « le baron est en terre étrangère, en fuite, ou banni, ou emprisonné, sans espérance de revenir ». Le Parlement autorise la femme à administrer les biens de son mari s'il est notoirement simple d'esprit (FURGEOT, n° 1263).

De même, il est admis généralement que la femme mariée peut librement faire son testament puisque celui-ci n'a d'effet qu'après la dissolution du mariage (LOYSEL, n° 107). Cependant, quelques coutumes exigent même pour le testament l'intervention du mari (Artois, art. 86 ; Nivernais, XXIII, 1 ; Bourbonnais, art. 171) ou même interdisent à la femme de tester (Hainaut, XXXII, 20). Les coutumes de Normandie (art. 417) et de Bretagne (art. 448) en usent de même, rappelant ici encore la rigueur du droit anglais.

Pour les actes courants et pendant la durée du mariage, les coutumes hésitent entre deux solutions qui tiennent à la conception même de la compagnie conjugale : tantôt faisant du mari le chef qui agit seul, tantôt associant la femme à cette action. Et les différences apparaissent, qu'il s'agisse de l'administration des biens, des actions de la femme ou de ses contrats.

LE MARI, ADMINISTRATEUR DES BIENS DE LA FEMME. — L'administration des biens du ménage appartient au mari : il est maître des meubles ; il « porte » les fiefs de sa femme dont il est « chevalier servant » ; il est, au moins dès la fin du XIVe siècle, le « vrai seigneur » des conquêts ; il a le « gouvernement » des propres de la femme dont il est, suivant le *Grand Coutumier*, « administrateur et usufruitier » (OL.-MARTIN, t. II, p. 194), ce qui fera dire souvent que « le mari est bail de sa femme ».

Mais, pour être fort étendus, les pouvoirs d'un baillistre ne sont pas absolus ; dans la région parisienne, la femme intervient le plus souvent à côté de son mari et son concours est

obligatoire tout au moins pour l'aliénation de ses propres. L'accord des époux donne pleine validité à l'acte — ce qui montre bien que la femme n'est pas pleinement incapable ; si elle n'a pas participé à l'acte, celui-ci demeure valable tant que dure le mariage mais après la mort de l'un des époux « la vente ne vaut rien » (*Jost.*, VIII, 3, 4). Dans le Nord, où l'esprit communautaire prévaut, la femme intervient dans toutes les aliénations ; ainsi toutes les coutumes qui pratiquent la communauté universelle (Ypres, XXXII, 2) ou le ravestissement (Tournai, XV) accordent à la femme des droits considérables.

En Normandie, au contraire, où le régime dotal établit une séparation d'intérêts entre les époux, l'intervention de la femme ne couvre pas la nullité de l'acte ; la femme peut rentrer dans les biens aliénés par son mari à la mort de celui-ci quoiqu'elle ait consenti à l'aliénation : c'est le « bref de mariage encombré » qui protège la femme contre sa propre incapacité (p. 254).

Les actions de la femme mariée. — Il est difficile et dangereux, à l'époque féodale, de plaider : aux pièges de la procédure s'ajoute la crainte du duel judiciaire qui demeure le mode normal de preuve. La femme doit avoir un « champion » qui combatte pour elle (Beaumanoir, n° 1813) et celui-ci est normalement son mari. S'il s'y refuse, la femme « se peut défendre par un autre champion » comme le ferait « une femme qui n'a baron » (Jean d'Ibelin, 82).

La tradition coutumière est à cet égard très nette : que la femme soit demanderesse (« L'on ne répond pas à femme qui a son seigneur », *Jostice et Plet*, IV, 11) ou qu'elle soit défenderesse (« Nulle femme n'a réponse en court laie puisqu'elle a seigneur, si ce n'est du fait de son corps », *Etabl.*, chap. 153). La condition de la femme est ainsi rapprochée de celle du mineur qui n'a « ni voix ni répons en court » (*supra*, p. 112).

Les *Etablissements de saint Louis* allèguent pour justifier cette incapacité le droit romain (D., 50, 17, 2) suivant lequel « femme est ôtée à tous offices » et la même idée se retrouve dans la coutume de Bretagne (n° 68) qui interdit aux femmes d'être « tutrices, curatrices, juges, ni de s'entremettre de nul négociement de cours ».

Si le principe est général, son application dépend des traditions coutumières :

1) Dans la région parisienne, la femme peut plaider avec le « congé » du mari et, après quelques hésitations, le Parlement de Paris se contente d'une simple autorisation (*Olim*, I, p. 557 ; III, p. 1219). La femme peut, au contraire, se défendre seule dans les actions criminelles (« le fait de son corps ») ; le mari n'est pas responsable de sa femme, mais il peut prendre fait et cause pour elle et accepter ainsi de garantir sa condamnation à des dommages-intérêts.

2) En Normandie, la *Summa* exige que le mari soit partie principale au procès civil (100, 2). En matière pénale, la femme est représentée par son mari (76, 1) ; si le mari refuse de la défendre, elle gardera prison pendant l'an et jour. Anciennement, on appliquait dans ce cas à la femme la peine du fer rouge (*Summa*, 76, 2). Quoique moins stricte, la coutume de Bretagne admet que le mari est responsable de sa femme « car il est tenu à la châtier » (*T. A. C.*, n° 205).

Les contrats de la femme mariée. — Le fait même que la femme ne peut plaider seule ou engager le patrimoine du ménage suffit à l'exclure de tout commerce juridique : plus que d'un principe, il s'agit d'une situation de fait créée par la « compagnie ». Comme dit *Jostice et Plet*, après avoir traité des actions de la femme, « on ne doit pas répondre à aucun pour communauté s'il ne montre privilège qu'il ait tel pouvoir ». Qu'il s'agisse d'un simple fait, d'un aveu ou d'un contrat, la compagnie n'est responsable que si le mari donne son agrément (Ol.-Martin, t. II, p. 200) : « Femme qui est en mariage ne peut plégier ni dette faire et si elle le fait, son baron (mari) n'y est de rien tenu » (Beaumanoir, n° 1330).

En Normandie, la femme, capable en principe d'acquérir, ne peut pas posséder ; elle peut acheter mais ne peut pas payer : tous les meubles et les deniers appartiennent au mari. Pour l'aliénation des immeubles les deux époux interviennent conjointement puisque le mari est administrateur.

Cette dernière règle paraît la plus générale. La collaboration des époux répond à la conception même de l'association conjugale et, dans celle-ci, l'autorité du mari est certaine. Pourtant,

la femme conserve une certaine liberté d'action et même une personnalité qui est manifestée notamment par l'usage du sceau : la femme qui contracte appose son sceau sur l'acte le plus souvent à côté de celui de son mari.

Toute séparation de la société conjugale, toute rupture de la collaboration des époux rendent à la femme sa liberté :

1) Elle peut, comme il a été indiqué, au moins au XIIIe siècle, remplacer le mari empêché ou incapable ou agir sur son mandat.

2) Les droits orléanais et angevin admettaient, dès le XIIIe siècle, qu'une femme pouvait contracter librement si elle était marchande publique (si « son seigneur lui a donné pouvoir de faire aucune marchandise », *Jostice et Plet*, IV, 11) et cette règle fut reprise par la plupart des coutumes pour toutes les femmes qui faisaient un commerce séparé de celui de leur mari. Les gains de la femme profitent au ménage : ils sont, dit Beaumanoir (nº 1336), pour le « commun profit ». Les dettes incombent à la communauté, représentée par le mari. Encore faut-il que celui-ci ait autorisé sa femme à exercer un commerce.

3) Si la femme a contracté seule, son mari, comme l'indique le texte cité de Beaumanoir, n'est pas obligé et aucune poursuite n'est possible pendant le mariage ; mais la dette pour être en sommeil n'en subsiste pas moins contre la femme. Celle-ci doit « tenir son fait » et elle ne peut, par exemple, faire annuler la donation qu'elle avait consentie seule si son mari n'a pas demandé cette annulation de son vivant (BEAUMANOIR, nº 1974). Il en est de même de tous les engagements de la femme ; après la mort de son mari, elle « revient en sa pleine poosté (puissance) et (il) convient qu'elle réponde de son fait » (BEAUMANOIR, nº 1335).

Toutes ces solutions sont admises au Moyen Age par la jurisprudence du Parlement de Paris et, avec des nuances, par la plupart des coutumes ; elles sauvegardent les droits du mari mais non ceux de la femme : celle-ci n'est pas traitée en incapable et demeure tenue personnellement de ses engagements.

LA CONDITION DE LA FEMME NON MARIÉE. — La fille majeure et la veuve jouissent, en principe, de la pleine capacité. Il a même été indiqué que la majorité des filles était plus précoce

que celle des garçons (p. 135). Quant à la veuve, elle possède normalement une pleine capacité : « Si tôt que son baron est mort, la femme revient en sa pleine poosté » (BEAUMANOIR, n° 1335). On ne peut parler cependant d'une complète liberté.

1) En droit public, l'incapacité est la règle. La femme ne peut être ni tutrice (si ce n'est de ses enfants), ni juge (BOUTILLIER, II, 2) ; mais Loysel (n° 35) admet encore qu' « elle reçoive mises et arbitrages » ; tous les canonistes répètent qu'elle est incapable de témoigner (*Ord. judic.* de TANCRÈDE, III, 6) car son témoignage est toujours suspect (X, II, 20, 3 et 33 ; V, 40, 10) et les coutumiers renchérissent : on peut la récuser, qu'elle « soit veuve, mariée ou pucelle » (BEAUMANOIR, n° 1175), sauf s'il s'agit de prouver une naissance. Avec son habituel bon sens, Beaumanoir remarque qu'une femme peut savoir « ce que les hommes ne savent pas » et qu'il faut les entendre dans une enquête ; de fait, il paraît bien que le témoignage des femmes était admis par le Parlement et une ordonnance de 1394 généralisa cette règle.

En revanche, les peines sont souvent moins fortes pour les femmes (*Jostice*, XVIII, 24, 64). Elles ne peuvent, sauf en Champagne, faire l'objet d'une contrainte par corps (*Gr. Cout.*, II, 15) et, comme les nobles et les clercs, elles peuvent, en défendant, plaider par procureur (BEAUMANOIR, n° 168).

2) L'opinion n'en demeure pas moins fort hostile aux femmes. La coutume de Normandie répète qu'elle sont *malitiose et maligno spiritu pertubate* (*T. A. C.*, 50, 4) et la coutume de Bretagne fait écho (art. 80). Les chansons de geste prouvent qu'au moins dans la classe noble la fille majeure demeure dans sa famille et sous l'autorité de ses proches. Pour les veuves, elles doivent faire retraite pendant « l'année de deuil » et leur remariage est réprouvé (d'où la pratique du « charivari »).

3) Dans quelques régions, ces sentiments deviennent coutumes. Si, en Normandie, la femme non mariée peut disposer de sa terre (*T. A. C.*, 80, 5), la garde du seigneur sur la fille ne cesse que par le mariage de celle-ci (*Summa*, 31, 14). La veuve est, d'autre part, sous l'autorité de quelque parent, serait-ce son petit-fils, qui la « tient en main » et lui sert de garant ou de champion (*Summa*, 41, 1). En Touraine-Anjou,

la veuve n'est que « bail de son héritage » (*Etabl.*, I, 68) ; elle est dessaisie de ses biens au profit de son héritier. A Bordeaux, un tuteur est donné à l'orpheline majeure jusqu'à sa majorité (art. 66). Dans l'extrême Nord et dans l'Est, le souvenir de la « tutelle du sexe » paraît conservé : les coutumes brabançonnes et liégeoises imposent, pour tout acte de la femme, l'intervention d'un « mainbourg » qui est un curateur désigné par les échevins (GILISSEN, *Recueils Bodin*, t. XII, p. 269). A Saint-Amand-en-Pévèle, toute femme est frappée de la même incapacité qu'un mineur (MEIJERS, *Etudes*, t. I, p. 102). Des règles identiques se retrouvent à Metz et dans les coutumes romandes.

§ 2. LES PAYS DE DROIT ÉCRIT

LE DROIT SAVANT. — Le droit de Justinien, contrairement au droit préirnérien, admettait, on l'a vu (p. 98), l'égalité des sexes. La femme *sui iuris* demeure maîtresse de ses droits. Seuls lui sont interdits les *officia virilia* et, par le sénatusconsulte Velléien, l'intercession pour autrui.

En commentant ces textes les glossateurs exagèrent quelque peu la portée de la phrase d'ULPIEN (D., 16, 1, 2, 1) qui justifie le Velléien par l'*imbecillitas sexus* et qui leur donne occasion de reprendre les diatribes habituelles ; mais leurs solutions prouvent bien qu'ils accordaient à la femme une pleine capacité ; Martinus permettait, par exemple, à la femme de revendiquer, même pendant le mariage, le bien dotal qu'aurait vendu son mari et cette interprétation jugée trop favorable à la femme ne fut abandonnée que par Azon et Revigny. En ce qui concerne les paraphernaux, on admet que, sauf convention contraire, ils demeurent la propriété de la femme, ce qui, d'après Placentin (*Summa*, C. 5, 14), interdit au mari d'en disposer.

Tout au plus peut-on découvrir chez les romanistes du XIIIe siècle l'idée que le mari, chef du ménage, supportant les *onera matrimonii*, doit normalement gérer les biens de la femme et en percevoir les fruits ; mais Azon (*Summa*, C. 5, 14, 7) admet que le mari peut aussi abandonner ces revenus à la femme *ut ipsa de ipsis se alat.*

Si la femme n'a pas de revenus le mari doit lui fournir « des aliments et des soins », ce que Revigny (BELLEPERCHE, *Lectura*, C. 5, 12, 20, 1) justifie par une double raison : la femme est bien la servante de son mari ; mais si elle vient à mourir il faudra bien que le mari l'ensevelisse ; mieux vaut donc subvenir à ses besoins. Albert da Gandino dira que le mari doit payer les amendes de sa femme ou la racheter si elle est captive mais qu'il pourra ensuite réduire ses dépenses.

Jamais, on le voit, les romanistes n'ont même l'idée que le mariage puisse créer entre les époux une communauté d'intérêt. La femme n'a de droits que ceux qui proviennent de sa dot ou des services qu'elle rend à son mari. Les canonistes reprendront les mêmes opinions en indiquant toutefois que la femme est bien « servante » mais aussi « dame » (Guill. DURAND, *Speculum*, IV, 4, 28).

LA PRATIQUE MÉRIDIONALE. — L'écart est fort grand entre le droit savant et la pratique. Celle-ci est exprimée, on le sait, dans les statuts urbains et, mieux encore, dans les actes privés.

Les statuts qui, pour la plupart, datent du XIIIe siècle, reprennent les dispositions du droit coutumier : le droit de correction du mari est incontestable et la « course » imposée à la femme adultère est prévue avec une grande crudité de détails. Le mari, d'autre part, ne répond pas des dettes de sa femme.

Une seule question paraît spéciale au Midi : la femme, même mariée, n'échappe pas complètement à la puissance de son père ; et il est fréquent que celui-ci intervienne à côté des époux.

Quant aux actes, ils montrent l'importance, même dans les pays de droit écrit, du fait communautaire (cf. p. 64). Dans les milieux ruraux il est fréquent que les époux participent à une communauté plus large dont le père du mari (ou de la femme) reste le chef ; ce qui aboutit à interdire à la femme, mais aussi au mari, presque toute indépendance. Dans les villes, le régime dotal est mieux pratiqué, mais les sociétés d'acquêts, expresses ou tacites, sont fréquentes et, même si elles n'existent pas, la femme intervient le plus souvent avec son mari : dans tous les actes les époux donnent, vendent,

engagent ensemble leurs biens. Ce fait existe dans le Nord, mais il apparaît plus net encore dans le Midi : sans doute parce que la communauté n'y est pas organisée et que le mari est moins sûr de ses droits.

Cette association constante des époux révèle combien la pratique est éloignée des règles romaines et de la séparation d'intérêts qu'elles supposaient :

1) Les biens propres de la femme — les paraphernaux ou les biens acquis par elle après le mariage — restent bien, en principe, la propriété de la femme ; mais celle-ci en confie fréquemment la gestion au mari qui en perçoit les fruits (Guy Pape, déc. 468) ; parfois même la constitution de dot porte sur tous les biens de la femme. Enfin, si la provenance des biens est incertaine, on invoque la présomption Mucienne pour les attribuer au mari (p. 285).

2) En ce qui concerne les biens dotaux, tout acte de disposition doit être consenti par les deux époux et ce concours suffit à tenir en échec la règle d'inaliénabilité (p. 280).

Il résulte de ces pratiques que la question de la capacité de la femme mariée ne se pose guère ; le mari ou, s'il s'agit d'une communauté familiale, le père, administre la masse des biens du ménage et la femme intervient seulement pour la validité de certains actes.

On a même si peu l'idée d'une autorisation maritale qu'en Périgord la femme doit être autorisée par son père si elle accomplit un acte qui doit produire effet après la dissolution du mariage : par exemple, un testament ou une donation portant sur des biens dotaux. Mieux encore, la femme *sui iuris* quoique mariée doit être assistée d'un curateur désigné par la justice (Dumas, *Famille périgourdine*, p. 253). La coutume de Montpellier (art. 54) impose pareillement le consentement des parents au testament de la femme.

L'autorisation maritale. — Parfois, pourtant, la femme agit seule et le mari n'intervient à l'acte que pour l'autoriser : en 1167, par exemple, une femme transige seule pour des biens lui venant de sa mère et confirme par serment son accord *cum consilio et laudacione mariti sui* (*Cart. Silvanès*, n° 356, p. 280).

A Toulouse, la coutume (art. 87) admet bien que dès l'âge de douze ans la femme puisse s'obliger seule, mais la collaboration des époux est constante (cf. art. 72, 74, 92, 131) et l'intervention de la femme aux actes du mari apparaît même si normale (cf. art. 71) que l'on précise qu'elle n'est pas absolument nécessaire (art. 96) ; les immeubles dotaux eux-mêmes peuvent être aliénés par un seul des époux avec « le conseil, l'accord et la volonté de l'autre » (art. 103). Dans les actes, la femme agit toujours avec le *consilium* et la *voluntas* de son mari (M. CASTAING-SICARD, *Les contrats*, p. 414).

Normalement, la femme ne peut agir en justice qu'autorisée par son mari : à Bordeaux et en Provence comme dans les pays de droit écrit du ressort du Parlement de Paris (Lyonnais, Beaujolais, Forez).

Vers 1300 il paraît bien, tout du moins dans la région de Montpellier (HILAIRE, *Le régime des biens entre époux*, p. 119), que les notaires aient mieux distingué le concours des époux et la simple autorisation du mari à l'acte de la femme aliénant, par exemple, un paraphernal. Cependant, comme dans les pays de coutumes, la femme peut agir librement dans quelques cas :

1° quand elle exerce un commerce séparé (cout. Montpellier, art. 38) ; le mari pouvant, cependant, être tenu de ses dettes s'il lui a permis de les faire et s'il habite avec elle (cout. Toulouse, art. 67) ;
2° quand le mari est absent ou incapable ;
3° enfin, quand la femme a reçu procuration de son mari (HILAIRE, p. 122). On peut même croire que pour les actes de la vie courante — qui n'ont pas laissé de trace dans les actes — l'idée d'un mandat tacite était déjà admise.

LE SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN ET LES RENONCIATIONS. — Les dispositions du sénatus-consulte Velléien n'avaient guère été comprises par les premiers romanistes (*Petrus*, 4, 53 ; *Brachylogus*, 3, 10) ; mais les textes du *Digeste* et du *Code* ainsi que la novelle 134 c. 8, résumée dans l'authentique *Si qua mulier*, furent longuement commentés par les glossateurs : ils interdisaient à la femme d'intercéder (c'est-à-dire de s'en-

gager) soit pour son mari, soit pour un tiers et aboutissaient, en fait, à lui refuser la capacité d'accomplir les actes les plus usuels.

Les praticiens trouvèrent rapidement une parade (déjà connue du Digeste, 16, 1, 32, 4) et insérèrent dans tous les contrats de la femme une renonciation au bénéfice du Velléien ou de l'authentique *Si qua mulier* (t. I, p. 87). Dès le XIIIe siècle, ces clauses sont devenues de style dans tous les contrats, aussi bien dans le Nord que dans le Midi et le plus souvent la renonciation de la femme est confirmée par un serment. Dès lors, toutes les discussions doctrinales vont porter sur la validité de ces renonciations :

1) La glose l'admettait en toutes circonstances au motif que le Velléien ayant été édicté *in favorem mulieris*, la femme pouvait toujours renoncer à la faveur que lui faisait la loi. Il suffisait que la renonciation ait été faite en « connaissance de cause », c'est-à-dire que la femme ait été informée *(certiorata)*.

2) Les dialecticiens français, Revigny, Belleperche et, après eux, Cynus, objectaient fort justement que si la raison d'être du Velléien était de protéger la femme contre sa propre faiblesse, la renonciation provenait de celle-ci tout comme l'intercession.

Une meilleure analyse des textes romains devait aboutir, d'autre part, à distinguer les hypothèses prévues par le Velléien et par l'authentique. Au Velléien, on rapporte l'intercession faite pour un tiers en imposant l'application stricte des règles romaines et spécialement la confirmation de la renonciation deux ans après l'engagement. Quant à l'authentique, suivant laquelle l'intercession de la femme en faveur de son mari est nulle, elle implique que toute renonciation est elle-même nulle.

3) Les bartolistes italiens hésitent à abandonner l'opinion de la glose, mais, fidèles à leur méthode, ils multiplient les difficultés de détail (notamment sur les formes des renonciations et sur la *certioratio*). Pour les Français, la pratique du régime de communauté les incline à distinguer l'intercession de la femme *pour* le mari et son engagement *avec* le mari. Dans ce dernier cas, la femme agit pour la communauté, c'est-à-dire pour elle-même. Du Moulin, fidèle ici encore à la tradition

bartoliste, donnera toute leur portée à ces idées : l'association d'intérêts que réalise la communauté suffit à démentir la présomption de captation admise par l'authentique. Dans le Midi, au contraire, où les intérêts des époux sont séparés, on présume que la femme agit pour son mari (*De usuris*, qu. 38, n° 292).

4) Les canonistes donnaient forcément au serment qu'avait pu prêter la femme sa pleine valeur et ils légitimaient ainsi les renonciations de la femme (X, 28, 8, 9) ; mais, tandis que certains exigeaient que la femme ait eu connaissance de toutes les conséquences juridiques de son engagement, d'autres, suivis par Bartole, admettaient que le serment portait sur le seul fait de la convention. L'officialité de Toulouse admettait ainsi que le serment équivalait à la *certioratio* et qu'il suffisait qu'il comporte l'engagement de ne pas contrevenir à la promesse (*Decis. cap. tholosanae*, qu. 37).

La pratique méridionale. — Les premiers textes marquent une hostilité coutumière du Midi au Velléien ; à Montpellier, l'incapacité de la femme est couverte par l'autorisation du mari (Cout., art. 38) ; à Toulouse, la femme peut être caution (art. 69) et même s'obliger envers les créanciers de son mari soit avec lui, soit pour lui (art. 68). La coutume de 1285 ajoute que cette obligation est valable hors de tout serment ou de toute renonciation.

D'autre part, les notaires multiplient dans les actes les précautions et les cautèles ; ils mènent ainsi une lutte sourde contre le droit savant et l'aide des canonistes ne leur fait jamais défaut. Ils traduisent en cela l'idée constante de l'époque qui répugne à la logique du régime dotal : la femme doit aider son mari, s'il le lui demande, car les époux sont unis pour le meilleur et pour le pire. L'*imbecillitas sexus* justifie bien l'autorité du mari mais non la suspicion marquée contre lui par le Velléien ; et il est fort logique que l'autorisation maritale et la renonciation au Velléien soient mentionnées ensemble dans les actes et que leur développement soit parallèle.

Au xve siècle cependant, la force obligatoire du serment est remise en question ce qui compromet tout l'équilibre des renonciations. Comme le mineur (cf. *supra*, p. 119), la femme

peut obtenir de l'évêque une dispense de son serment et d'un Parlement des lettres de rescision. Il lui est ainsi possible de faire annuler l'intercession qu'elle avait consentie. Les arrêtistes toulousains pourront dire au début du XVIe siècle que l'ancienne coutume a été totalement abolie car elle était trop dure pour les femmes et que le bénéfice du Velléien leur a été rendu.

SECTION III. — L'incapacité de la femme mariée

LES ORIGINES DE LA THÉORIE. — L'assistance ou l'autorisation du mari apparaissent au Moyen Age chose normale à raison même de la « faiblesse » reconnue à la femme ; mais cette faiblesse n'est pas une incapacité : les coutumiers des XIIIe et XIVe siècles ne prononcent jamais nettement la nullité des engagements que la femme aurait souscrits sans l'autorisation de son mari ; elle en reste tenue au moins après la dissolution du mariage.

Si la théorie de l'incapacité n'est pas formulée, les solutions pratiques sont autant de pièces et de morceaux qui marquent son cheminement et seront utilisés au XVIe siècle pour la construire :

1) Il faut placer à part les coutumes dont l'hostilité aux femmes est systématique. En Normandie, par exemple, dès le XIVe siècle, les praticiens, sous l'influence manifeste du droit romain, mentionnent que la femme a obtenu l'*auctoritas* de son mari comme le mineur reçoit l'*auctoritas tutoris*. La jurisprudence admet franchement que l'engagement de la femme est nul et qu'elle peut, même après la mort de son mari, invoquer cette nullité. En Bourgogne, l'interprétation de la coutume de 1459 conduit à une solution identique.

2) L'absence ou l'incapacité du mari justifiaient, au XIIIe siècle, l'action de la femme. Dès le XIVe siècle, la femme, en pareil cas, se fait autoriser par des lettres de la chancellerie royale dont l'importance est connue (t. I, p. 103), et qui resteront en usage dans le cas où le mari refuse sans raison à sa femme l'autorisation de plaider (BOUTILLIER, I, 9). Mais ces lettres délivrées

sans contrôle des faits étaient examinées par la juridiction saisie ; celle-ci en vient ainsi normalement à autoriser l'action de la femme (*Gr. Coutumier*, II, 32). Ce moyen fut étendu à tous les actes de la femme et il fut admis que l'autorisation de la justice pouvait toujours suppléer celle du mari. On assurait ainsi, en apparence, une meilleure protection de la femme ; en fait, on supprimait sa liberté d'agir seule, ce qui était fort proche d'une reconnaissance de son incapacité.

3) Enfin, le Velléien vint renforcer la dépendance de la femme. L'interdiction qui lui était faite d'intercéder pour un tiers, autre que son mari, fut reprise par les coutumes (*T. A. C. Bretagne*, n° 327). Au contraire, l'intercession pour le mari est très généralement validée, soit que l'on admette la validité de la renonciation, soit que l'on tire argument du régime de communauté pour décider que la femme n'a pas agi pour le mari mais pour elle-même. Très logiquement, par exemple, Boutillier (I, 97) admettra que la femme, pour invoquer le bénéfice du Velléien, doit d'abord renoncer à la communauté. Surtout la référence du Velléien à l'*imbecillitas sexus*, reprise et développée par tous les auteurs coutumiers, aboutissait à rapprocher la condition de la femme de celle du mineur.

Tiraqueau et Du Moulin. — Les juristes français du XVIe siècle demeurent les élèves des bartolistes et gardent comme ceux-ci le contact avec la pratique ; par leur culture et leurs préoccupations intellectuelles, ils sont aussi des humanistes et ils vont poser autrement les problèmes. En province, à Toulouse autour de Jean de Pins et de Boyssonné, à Lyon, à Tarascon, humanistes et juristes se réunissent pour poursuivre des discussions érudites, étudier le grec ou écouter des déclamations poétiques. Vers 1520, le célèbre cénacle de Fontenay-le-Comte réunit ainsi deux franciscains érudits, correspondants de Budé, Pierre Amy et Rabelais, et quelques hommes de loi dont le plus célèbre était Tiraqueau, le Trinquanelle du *Tiers-livre*, alors lieutenant de la sénéchaussée. On discute des « lettres humaines » et spécialement de la « querelle des femmes » mise à la mode par l'étude de Platon. Amaury Bouchard, lieutenant de Saintonge, ayant publié une apologie des femmes, Tiraqueau encouragé et aidé par tout le cénacle va lui répondre

et rédiger entre 1522 et 1524 le *De legibus connubialibus* qui rappelle, à grand renfort de citations grecques et latines, la nécessité de la puissance maritale et aboutit à une nette définition de l'incapacité de la femme.

Tous les contrats sont successivement énumérés pour établir qu'ils sont défendus à la femme mariée ; il en est de même de l'adition d'hérédité, du partage, des quasi-contrats et des actions en justice. Le testament demeure seul permis. L'incapacité cesse avec la mort du mari ; mais la femme est-elle tenue des engagements antérieurs qu'elle aurait souscrits seule ? Tiraqueau contredit deux arrêts du Parlement de Paris (des 27 mars et 7 septembre 1521) qui venaient de l'admettre en établissant que si les contrats de la femme sont nuls à leur origine, ils ne peuvent être réhabilités par la mort du mari.

La nullité, comme l'avaient établi les bartolistes du XVe siècle, est, en effet, une nullité *ipso jure* dont l'effet est si absolu qu'elle ne peut même pas grever la femme d'une obligation de conscience. Si le mari est absent ou aliéné, la femme peut se faire autoriser par la justice mais, même dans ce cas, son contrat ne doit préjudicier en rien au mari. Seul l'état de nécessité peut permettre l'action de la femme.

L'opinion ancienne — qui admettait une simple inopposabilité au mari de l'engagement non autorisé — était certainement plus équitable ; mais la solution de Tiraqueau, d'ailleurs reprise de celle des bartolistes, répondait à l'attente et à l'esprit de l'époque. La faiblesse de la femme est toujours alléguée, mais l'autorité et la prééminence du mari sont affirmées en premier lieu et elles apparaissent l'*ultima ratio* de la coutume. Le *Tiers-livre* de Rabelais ne fait parfois que traduire Tiraqueau qui lui-même traduisait Platon : « Quand je diz femme, je diz un sexe tant fragil, tant variable, tant muable, tant inconstant et imperfeict que Nature me semble s'estre esguarée de ce bon sens par lequel elle avait créé et formé toutes choses, quand elle a basty la femme... Certes Platon ne sçait en quel ranc il les doive colloquer, ou des animaux raisonnables, ou des bestes brutes » (chap. XXXII).

Tiraqueau ne prétendait que commenter la coutume de

Poitou pour laquelle « la femme est en pouvoir de son mari » ; mais Du Moulin, notamment dans ses *Notae solemnes* (Paris, art. 114 ; Poitou, art. 225 ; Sens, art. 110), assura le succès de la théorie. Non seulement il reprend toutes les solutions de Tiraqueau, mais il les ordonne avec une parfaite logique.

La femme subit par son mariage une *capitis deminutio* qui lui enlève toute personnalité. Elle ne peut agir seule car tous les actes qu'elle ferait sont nuls *ab initio*. Cette incapacité n'est pas une conséquence du régime de communauté puisqu'elle vaut même pour un régime sans communauté ; elle n'est même pas liée à la vie commune, puisque l'absence du mari l'oblige à recourir à la justice : seule, d'après Du Moulin (sur Bourbonnais, art. 232), la femme séparée pourrait agir seule.

Le droit commun coutumier. — L'incapacité de la femme fut reprise par les coutumes réformées et notamment par l'article 223 de la nouvelle coutume de Paris : « Et si elle fait aucun contrat sans l'autorité et consentement de sondit mari tel contrat est nul tant pour le regard d'elle que de sondit mari et n'en peut être poursuivie ni ses héritiers après le décès de sondit mari. »

Le Parlement de Paris qui maintenait sa jurisprudence de 1521 s'inclina et, sauf Coquille, toujours conservateur et fidèle à l'idée d'inopposabilité (Nivernais, 23, 1), les auteurs coutumiers vont renchérir sur Du Moulin. On interdit même à la femme séparée de biens d'aliéner ses immeubles ou de faire des emprunts sans autorisation. Bourjon parlera de l' « incapacité salutaire » de la femme qui est une sage précaution contre « l'inexpérience, la légèreté et les caprices » (t. I, p. 578). On assimile la femme à un mineur en ajoutant parfois que la séparation de biens équivaut à une émancipation. La condition de la femme ne laisse pas pourtant d'être pire que celle d'un mineur puisqu'elle ne peut garder le bénéfice d'un acte avantageux s'il n'a été autorisé. L'ordonnance de 1731 (art. 9) décidera même que la femme ne peut accepter seule une donation sans charges.

Le droit commun des deux derniers siècles de la monarchie répond, en définitive, parfaitement à l'opinion d'Arnolphe :

Votre sexe n'est là que pour la dépendance...
Et ce que le soldat dans son devoir instruit,
Montre d'obéissance au chef qui le conduit,
Le valet à son maître, un enfant à son père,
A son supérieur le moindre petit frère,
N'approche pas encore de la docilité
Et de l'obéissance et de l'humilité
Et du profond respect où la femme doit être
Pour son mari, son chef, son seigneur et son maître.

(*Ecole des Femmes*, III, 1.)

1) L'obéissance impose à la femme d'habiter chez son mari. Si l'on ne parle plus guère de droit de correction, la pratique des lettres de cachet permet tout au moins au mari de faire incarcérer sa femme s'il a à s'en plaindre gravement. L'adultère de la femme demeure un délit qui ne peut être poursuivi que sur la plainte du mari ; la femme coupable est enfermée dans un monastère et doit prendre le voile après deux ans de réclusion si elle n'a obtenu le pardon de son mari. La femme est dite « authentiquée », car elle est ainsi soumise — à l'exception de la peine du fouet qui n'est plus appliquée — aux dispositions de la novelle 134 devenue l'authentique *Sed hodie*. L'adultère du mari ne l'expose, au contraire, à aucune peine.

2) Seigneur et maître de la communauté, le mari l'est maintenant de la femme. Le mari doit expressément autoriser tous les actes de la femme. L'exigence est si formelle que les mots « approuver » ou « consentir » seraient sans valeur et que l'autorisation doit être spéciale et concomitante à l'acte : une autorisation générale (donnée même dans le contrat de mariage) ou une ratification postérieure ne pourraient suffire. La femme est obligée par ses délits mais seulement sur la nue-propriété de ses propres (Bourjon, t. I, p. 590) ; elle doit, en revanche, être autorisée pour intenter une action criminelle.

3) Cependant, pour la plupart des coutumes, si la femme « vit comme esclave, elle meurt comme libre », elle peut tester librement (Loysel, n° 107). Cependant quelques coutumes (Normandie, art. 417 ; Bourgogne, IV, 1 ; Artois, II, 86) exigent, même dans ce cas, l'autorisation maritale.

4) Le cas de la femme commerçante est toujours excepté : « Le tablier de la femme oblige le mari » ; mais les coutumes

divergeaient d'opinion sur la notion de commerce séparé, sur l'obligation de la communauté aux dettes de la femme et sur la possibilité pour la femme d'ester seule en justice. Au XVIIIe siècle, la préférence va toujours à la solution la plus rigoureuse (POTHIER, *Puissance du mari*, n° 62).

5) Enfin, tous les auteurs admettent que la femme et le mari sont tenus dans la mesure de leur enrichissement. Si, par exemple, la femme a contracté une dette, le créancier ne peut en demander le remboursement mais, s'il parvient à établir que la somme empruntée était destinée à payer des dettes de la communauté, il peut agir en répétition : les praticiens devaient tirer grand parti de la ressource qui leur était ainsi fournie.

LES SOLUTIONS DU DROIT ÉCRIT. — La force des idées et des mœurs était si grande qu'elle va prévaloir même contre les principes les plus certains du droit romain ; de sorte que l'on peut suivre dans le Midi le progrès des théories coutumières.

1) La pratique, tout d'abord, devait développer les errements anciens : non seulement les époux agissent le plus souvent ensemble même pour la gestion des paraphernaux, mais l'administration de ceux-ci est fréquemment confiée au mari dans le contrat de mariage. On admet même que la « qualité de mari » suffit pour agir à la place de la femme (FURGOLE, qu. 25) et qu'elle permet de percevoir des capitaux ou d'aliéner les immeubles de la femme. Celle-ci pourrait bien demander l'annulation de la procuration et de l'acte ; mais les Parlements n'étaient guère disposés à accueillir de telles demandes, à supposer même que les femmes osent les faire. Parfois même on admet une présomption de dotalité, particulièrement onéreuse pour les plus pauvres qui ne faisaient pas de contrat de mariage ; en Lyonnais, par exemple, si la femme s'était mariée sans dot, tous ses biens devaient être réputés dotaux (et donc revenir au mari) ; l'usage fréquent était, d'ailleurs, que la femme se constituât en dot tous ses biens présents et à venir, ce qui supprimait même l'existence des paraphernaux.

2) Ni le mari, ni la femme ne pouvant, en principe, disposer de la dot (cf. p. 288) les discussions doctrinales visent toujours les paraphernaux. On reconnaît, tout d'abord, très généra-

lement que le mari peut en percevoir les fruits et est astreint à en rendre compte. Dans le cas où, au contraire, la femme garde ses propres « à part soi », il était couramment jugé que la femme ne pouvait les vendre ou contracter à leur sujet sans l'autorisation du mari : ainsi dans tous les pays de droit écrit du ressort du Parlement de Paris, en Bresse et Bugey, à Bordeaux, ainsi encore, malgré quelque hésitation, à Toulouse. Seule la coutume d'Auvergne (XIV, 1-8) avait expressément admis la capacité de la femme.

3) La femme doit, enfin, être autorisée pour plaider. Le Parlement de Paris l'avait jugé dès le XVIe siècle et tous les Parlements du Midi paraissent s'être engagés dans la même voie.

Il arrive, néanmoins, qu'une femme contracte seule en se prévalant des règles romaines ; mais cette indépendance même est suspecte. En intervenant à l'acte de la femme, le mari engageait sa responsabilité ; en supprimant celle-ci, son abstention pouvait paraître volontaire et même concertée avec la femme, ce qui privait les créanciers de la femme de tout recours contre le mari. Cette considération paraît avoir été déterminante lors de l'adoption par le Conseil d'État (4 vendémiaire an X) des articles 215 et 216 du Code civil.

Tandis que dans les pays coutumiers le mari, au moins s'il est majeur, peut autoriser la femme mineure, dans les pays de droit écrit on tient généralement que le mariage n'émancipe pas : la femme mineure doit donc être autorisée à la fois par son père et par son mari.

Le maintien du Velléien. — Pour les Parlements de Paris et de Dijon, les renonciations au Velléien demeuraient valables. Il pouvait se faire, cependant, malgré l'injonction qu'un arrêt de règlement de 1595 avait faite aux notaires (Louet, V, 7), que ceux-ci aient oublié de faire stipuler la renonciation ou que la femme tente d'obtenir des lettres de rescision. Bien que la difficulté soit plus théorique que pratique, un édit de 1606 — immédiatement enregistré à Paris et à Dijon — la supprima en abrogeant le Velléien et l'authentique *Si qua mulier*. La mesure fut étendue à la Bretagne au XVIIe siècle et en Bourgogne en 1703.

Au contraire, les Parlements du Midi (et celui de Normandie) refusèrent l'enregistrement de l'édit et maintinrent l'incapacité qui, d'ailleurs, on l'a vu, ne se comprenait bien que pour le régime dotal.

A Toulouse, on continue de juger que la renonciation de la femme n'était pas valable (CATELAN, II, 4, 1). A Bordeaux, la femme doit obtenir des lettres de rescision qui n'étaient pas exigées à Grenoble (ou à Rouen).

SECTION IV. — De l'Ancien Régime au Code civil

FÉMINISME ET ANTIFÉMINISME. — L'apologie des femmes, déjà à la mode au XVIe siècle, ne cessa pas d'être reprise aux siècles suivants. A *L'Ecole des femmes* (1662) Poulain de La Barre répond, en bon disciple de Descartes, par un *Discours physique et moral de l'égalité des sexes où l'on voit l'importance de se défaire des préjugés* (1673). Grotius hésite mais Burlamaqui n'admet pas que la dépendance de la femme soit de droit naturel. Montesquieu condamne la puissance maritale comme « une création des gouvernements despotiques » (*Esprit des lois*, XIX, 14).

Les femmes sont « un nouvel Etat dans l'Etat », elles gouvernent les ministres (*Lettres persanes*, 107), tiennent salon et forment l'opinion publique. Pourtant, Voltaire et Rousseau ne font que répéter Arnolphe ; Diderot trouvera seulement à dire que les femmes sont « des enfants bien extraordinaires ». Mirabeau invoquera la pensée de Rousseau pour « borner les femmes aux timides travaux du ménage ». Seul, Condorcet propose « l'admission des femmes au droit de cité ».

A l'époque révolutionnaire l'agitation de quelques femmes — dont Théroigne de Méricourt est la plus connue —, la réunion de clubs ou de sociétés de femmes, la publication de journaux ou de manifestes féministes ne doivent pas faire illusion : l'opinion n'est pas favorable aux femmes. Même Mme Roland demande aux hommes d'être « fiers, terribles et savants, tout cela sans nous et, par tout cela, de nous dominer ». Jamais, il n'est vraiment question d'accorder aux femmes des

droits politiques. Dès le 9 brumaire an II, la Convention inquiète de la turbulence des femmes prononcera la fermeture de leurs clubs et leur refuse la liberté d'association. En l'an III, elle les exclura même de ses tribunes.

Les petits bourgeois et les paysans, même s'ils adoptent en politique les idées nouvelles, gardent sur les droits du mari les sentiments de l'Ancien Régime. Ni la liberté civile, ni l'égalité si souvent proclamées ne paraissent concerner le statut des femmes et c'est presque par accident que leur condition sera — surtout en ce qui concerne le mariage et les successions — améliorée par la législation nouvelle.

Le droit intermédiaire. — L'égalité successorale permet aux femmes d'hériter sur le même pied que les hommes. L'abolition de la puissance paternelle profite aux femmes des pays de droit écrit (d. 28 août 1792, 30 mai 1793) et leur donne la pleine capacité même de contracter mariage à 21 ans. En 1792, lors de la discussion de la loi du 20 septembre 1792, le divorce est bien présenté comme « une conséquence naturelle et nécessaire des droits de l'homme » comme le moyen d'affranchir les femmes « du despotisme des pères et de la perfidie des maris » (rapport Aubert-Dubayet, 30 août 1792), mais un autre souci est plus net encore, même s'il est plus discrètement exprimé : assurer le bonheur des maris en les libérant des entraves qui leur sont devenues insupportables. Les motifs de divorce sont les mêmes pour les deux époux (mais si le divorce est prononcé contre la femme, celle-ci est privée, à titre de sanction, de sa part de communauté — art. 5, tit. III, 1. 20 sept. 1792). En fait, il semble bien que les deux tiers des divorces de l'époque furent prononcés sur la demande de la femme.

Le Code de 1791 garde le silence sur l'adultère qui n'est pas mentionné en 1792 parmi les causes de divorce. Il semble bien que les dispositions de la loi *Julia* qui interdisaient aux femmes d'accuser leur mari d'adultère aient été maintenues mais que les femmes « authentiquées » sortirent sans bruit de leur couvent.

Dans le ménage, la femme n'a que la seconde place : la loi de 1792 donne au père seul le droit d'autoriser le mariage des enfants. Le projet de Code civil de Cambacérès de messidor

an IV exclut les femmes (autres que la mère) des fonctions de tutelle mais propose d'accorder des droits égaux au père et à la mère.

Quant au Code pénal de 1791, il substitue pour les femmes à la dégradation civique, sans objet pour elles, la peine du carcan et à la peine des fers celle de la réclusion. La femme est, enfin, dispensée de la contrainte par corps, mais comme le sont les mineurs et les septuagénaires (L. 15 germinal an IV). Y demeurent soumises, au contraire, « les femmes et les filles qui seront marchandes publiques ou celles mariées qui feront un commerce distinct et séparé » : c'est la rançon normale de la capacité qui leur est reconnue pour « l'exécution d'engagements de marchands à marchands ».

Le Code civil. — La parenthèse révolutionnaire est fermée sans que la condition des femmes ait été vraiment améliorée. Les travaux préparatoires du Code civil vont permettre aux juristes, pour la plupart hommes de l'Ancien Régime, de reprendre les errements anciens et même d'accroître encore, au nom de la logique, la dépendance de la femme.

1) Rapportant le titre du mariage, Portalis disait : « Dans le mariage les deux époux concourent à un objet commun ; mais ils ne sauraient y concourir de la même manière. Ils sont égaux en certaines choses ; ils ne sont pas comparables dans d'autres... La femme a besoin de protection parce qu'elle est la plus faible. La prééminence de l'homme est impliquée par la constitution même de son être... L'obéissance de la femme est un hommage rendu au pouvoir qui la protège. » Le principe de l'autorité maritale tient essentiellement à l'ordre public et à l'organisation de la famille. « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari » (art. 213 C. civ.).

Le mari peut exiger notamment que la femme vienne habiter avec lui. On discute au Tribunat le 5 vendémiaire an X sur les moyens qu'a le mari de contraindre sa femme. Bonaparte propose qu'il cesse de lui donner des aliments ; mais l'emploi de la force n'est pas exclu et la jurisprudence postérieure devait admettre que la femme pouvait être contrainte *manu militari* « à remplir ses devoirs et à jouir de ses droits toujours en pleine liberté » (Cass. Req. 9 août 1826).

2) « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance » (art. 212). Mais, comme le dit encore Portalis, l' « homme doit être jugé moins sévèrement que la femme », ce qui est en faveur des femmes « une distinction honorable » puisqu'elles doivent être « les plus vertueuses ». L'adultère du mari suppose l'entretien d'une concubine au domicile conjugal et il est puni d'une simple amende. L'adultère de la femme est puni d'emprisonnement, mais il ne peut être dénoncé que par le mari (art. 336 à 339 Code pénal).

3) Surtout, les rédacteurs du Code civil renforcent encore l'incapacité de la femme mariée :

a) On sait qu'en pays de droit écrit la femme conservait, au moins en principe, la gestion de ses paraphernaux. Le tribun Gillet exposera (le 23 ventôse an XI) que « l'on avait voulu empêcher de se perpétuer cette jurisprudence car... elle choquait les idées établies sur la protection que le mari doit à son épouse ». Maleville et Cambacérès, originaires des anciens pays de droit écrit, avaient bien tenté de maintenir la capacité de la femme dotale, mais leur intervention manqua de chaleur sans doute parce qu'ils jugeaient que la question avait peu d'intérêt pratique (cf. *supra*, p. 151).

b) L'autorisation de plaider est nécessaire même à la femme marchande publique (qui peut s'obliger sans autorisation pour ce qui concerne son négoce), même à la femme séparée de biens (art. 215), même à la femme qui plaide contre son mari. Mais la femme peut être poursuivie en matière criminelle (art. 216) : comme le disait Portalis, « l'autorité du mari disparaît devant celle de la loi ».

c) L'autorisation de justice est, enfin, exigée même dans les cas où l'ancien droit admettait que la nécessité permettait à la femme d'agir seule : quand le mari est frappé d'une condamnation afflictive (art. 221), quand il est absent ou qu'il s'agit de le tirer de prison ou d'établir ses enfants (art. 1427 C. civ.). La femme séparée de corps ou de biens peut disposer de ses meubles mais elle ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari ou l'autorisation de justice (art. 1449). Enfin, le mari mineur ne peut autoriser sa femme pour les actes qu'il ne pourrait faire seul. L'autorisation de justice, quand elle est

donnée, ne peut d'ailleurs préjudicier au mari. Sauf le cas de l'article 1427, la femme ne peut obliger ni les biens personnels du mari, ni ceux de la communauté.

d) Sur deux points seulement on abandonne la rigueur ancienne. Les exigences de forme ne sont pas reprises : l'autorisation du mari peut être tacite et l'on peut employer indifféremment les mots « consentement » et « autorisation ». D'autre part, la nullité n'est plus une nullité absolue que pourrait invoquer même le tiers qui aurait contracté avec la femme non autorisée (POTHIER, *Puiss. du mari*, n° 5, 74), mais une nullité relative « qui ne peut être opposée que par la femme, par le mari ou par leurs héritiers » (art. 225).

4) Diverses dispositions viennent, enfin, aggraver l'incapacité de la femme. On maintient contre elle l'interdiction d'être tutrice (si ce n'est de ses descendants) ; la femme ne peut faire partie d'un conseil de famille (art. 442 C. civ.) ou être témoin dans un acte instrumentaire.

On a souvent expliqué par l'action de Bonaparte et son hostilité déclarée aux femmes la rigueur des dispositions du Code civil. Nulle part, pourtant, n'apparaît mieux la continuité de notre droit. Le XIXe siècle ne fait que reprendre et porter à leurs conséquences extrêmes les solutions du droit commun coutumier. La stabilité des familles, l'autorité du mari, l'obéissance de la femme apparaissent comme les conditions de l'ordre social. La réserve que l'on impose à la femme tient à la place que lui assignent les mœurs : bourgeoise, elle est avant tout « maîtresse de maison » ; commerçante ou paysanne, elle travaille avec son mari. Jamais elle n'a vraiment d'indépendance économique et cela suffit à lui refuser toute liberté juridique.

ÉTAT DES QUESTIONS

Sur la condition de la femme, les t. XI et XII des *Recueils de la Société Jean-Bodin* (Bruxelles, 1962).

Sur l'époque franque, de F.-L. GANSHOF, Le statut de la femme dans la monarchie franque, publ. dans le *Recueil*, t. XII, p. 5-58, et Note sur quelques textes invoqués en faveur de l'existence d'une tutelle de la femme en droit franc dans *Etudes... P. Petot*, 1959, p. 183-190. Les ouvrages essentiels demeurent : O. OPET, *Geschlechtsvormundschaft in den fränkischen Volksrechten*, 1890-1894 et 1896-1903 (Mitt. des Inst. für Oësterr. Geschichts-

forschung, III et V) et les critiques de J. BRISSAUD dans *Mém. Ac. Sciences de Toulouse*, 1895, et H. BRUNNER, dans *Abhandlungen zur Rechtsgesch.*, II, p. 61, de E. MAYER-HOMBERG, *Die Fränkischen Volksrechte in Mittelalten*, 1912, p. 298, et de G. MERSCHBERGER, *Die Rechtsstellung der germ. Frau*, Leipzig, 1937.

Les lois des Saxons (art. 42-45), des Thuringiens (C. 47) et des Frisons (IX, 11) fournissent l'exemple le plus net de la « tutelle du sexe », imposée à toute femme. En Lombardie, si le *mundium* est nettement attesté, il est pourtant loin d'être absolu : la femme peut choisir son mari (L. LIUTPRAND, 1, 120). Le titulaire du *mundium (mundoaldus)* n'hérite d'elle qu'en seconde ligne (après ses sœurs, l. 14), mais doit autoriser ses aliénations et demander réparation des offenses qui lui seraient faites. Les femmes romaines y sont parfois soumises (STOUFF, *Etudes sur la personnalité des lois*, 1894, p. 41) tandis qu'il disparaît assez vite dans les villes (à Gênes, par exemple, P. S. LEICHT, *Il diritto preirneriano*, p. 50). Le *mundium* apparaît plus comme une protection que comme un pouvoir (cf. les textes de GRÉGOIRE DE TOURS cités) et il concerne le patrimoine plus que la personne : en cela, il nous paraît fort proche des droits reconnus à la famille aux XIe et XIIe siècles et exprimés, par exemple, par la *laudatio parentum* (cf. t. II, p. 405).

Quant au *defensor* ou *advocatus* qui assiste la femme et apparaît souvent dans les actes, il joue plutôt le rôle d'un curateur ; cependant on peut l'assimiler au tuteur qui, suivant un capitulaire italien de Pépin (BORETIUS, I, nº 91), repris par le *Liber papiensis* (I, 5), doit « défendre et aider » les veuves et les orphelins si leur loi le prévoit *(Juxta illorum legem)*. Faute de tuteur le juge doit leur désigner pour leur procès un « homme craignant Dieu ». Cf., outre les ouvrages de DEL GIUDICE, 1872, GAUDENZI, 1888, A. SOLMI, 1902, BELLACOSA, 1906, N. TAMASSIA, 1911, L. CHIAPPELLI, 1914, les articles de G. MOSCHETTI, Il cap. XXII di Liutprando dans *Riv. storia dir. ital.*, t. IV, 1931, de C. GIARDINA, Advocatus e mundualdus, *ibid.*, t. IX, 1936, de E. CORTESE, Per la storia del mundio in Italia, dans *Riv. Ital. per le scienze giuridiche*, 1955, p. 323. Sur la femme espagnole, C. SANCHEZ-ALBORNOZ, La mujer española hace mil anos, dans *España y el Islam*, Buenos Aires, 1943.

En Angleterre, l'étude des noms de lieux a permis d'affirmer que, dans les régions colonisées par les Anglo-Saxons, beaucoup de femmes possédaient avant la conquête normande des domaines auxquels elles avaient donné leur nom. Rien de tel, au contraire, dans le Nord-Est soumis aux Dano-Scandinaves ; M. JOUON DES LONGRAIS, Le statut de la femme en Angleterre dans le droit commun médiéval, dans *Rec. Bodin*, t. XII, p. 135-241, indique que la femme anglo-saxonne est la « grande vaincue » de Hastings et qu'elle a été après la conquête traitée « à la normande » et plus « écrasée » par la *common law* que dans aucun autre droit de l'Occident. A partir du XVe siècle, l'Equité de la Cour de chancellerie permettra d'améliorer la condition juridique de la femme.

Sur l'Orient latin, l'étude de J. RICHARD, *Rec. Bodin*, t. XII, p. 377-388, et sur l'Allemagne, H. THIEME, même *Recueil*, p. 351-376.

Sur la position en droit canonique, Eilen POWER, *The position of women dans The legacy of the Middle Ages*, Oxford, 1926 ; K. B[illegible]HMER, *Rechtstellung der Frau in der Kath. Kirche*, Zurich, 1930 ; J. METZ, Le statut de la femme en droit canonique médiéval, dans *Rec. Bodin*, t. XII, 1962, p. 59-113. J. BRÉJON DE LAVERGNÉE, Saint Paul, le mariage et l'incapacité de la femme mariée dans *Etudes... G. Le Bras*, 1965, p. 1059. Cf., en outre, sur le droit ancien de l'Eglise : J. LEIPOLDT, *Die Frau in der antiken Welt und im Urchristentum*, Leipzig, 1955 ; P. KETTER, *Christus und die Frauen*, 2 vol., Stuttgart, 1949-1950.

On a fait grand état du concile de Mâcon de 585 où l'on aurait recherché si la femme avait une âme. GRÉGOIRE DE TOURS (*H. F.*, VIII, 20), qui est le seul à mentionner la chose, dit simplement qu'un évêque avait demandé si la femme pouvait être qualifiée *homo*.

Pour le droit français médiéval, on peut toujours se reporter à P. GIDE, *Etude sur la condition privée de la femme*, 1re éd. 1867, 2e éd., par A. ESMEIN, 1885, et surtout aux auteurs coutumiers. Brève mais remarquable synthèse de P. PETOT et A. VANDENBOSSCHE dans *Rec. Bodin*, t. XII, p. 243-254. R. GENESTAL, La femme mariée dans l'ancien droit normand, *RHD*, 1930, p. 472-505. Sur le droit belge, J. GILISSEN, *Rec. Bodin*, t. XII, p. 255-321 ; R. VAN DER MADE, Propos sur la capacité de la femme en droit médiéval liégeois, dans *En hommage à Léon Graulich*, 1957, p. 421.

Sur Tiraqueau, l'ouvrage classique de J. BRÉJON DE LAVERGNÉE, *Un jurisconsulte de la Renaissance, André Tiraqueau (1448-1558)*, 1937, spéc. p. 110-137 ; P. PETOT, Le droit privé français au XVIe siècle et l'humanisme, dans *Umanesimo et Scienza politica*, Rome-Florence, 1949, p. 350. Pour la « querelle » des femmes, Abel LEFRANC, *Grands écrivains français de la Renaissance*, 1914 (spéc. « Le platonisme du XVIe siècle » et « Le Tiers-livre et la querelle des femmes »). Sur ses rapports avec Rabelais : J. PLATTARD, *L'adolescence de Rabelais en Poitou*, 1923, et H. JANEAU, La pensée politique de Rabelais, dans *Travaux d'humanisme et Renaissance*, VII, 1953, p. 15 ; E. NARDI, *Rabelais e il diritto romano*, Milan, 1962, spéc. p. 35-61 ; J. VINCENT, *La capacité de la femme mariée au XVIe siècle*, th. (dact.), Paris, 1957 ; J. GHESTIN, L'action du Parlement contre les mésalliances aux XVIIe et XVIIIe siècles, *RHD*, 1956, p. 74-110 et 196-224.

Sur le droit du Midi, la seule étude d'ensemble est due à G. BOYER, Réflexion sur la capacité de la femme mariée à Toulouse avant 1804 dans *Rec. Acad. Législation*, t. XII, 1936, p. 15-57 (réimprimé dans *Mélanges*, 1962, p. 121-150). Des renseignements utiles sont fournis par les ouvrages consacrés à la condition des gens mariés, cités, p. 278. Pour la pratique méridionale, l'un des meilleurs guides est le formulaire intitulé *Doctrinale florum* (éd. 1492, Hain, n° 10750 ; éd. Lyon, 1521, spéc. fol. 18) dont l'auteur, Stephanus MARCILLETI, se désigne par un rebus. MEYNIAL (*NRH*, 1900, p. 109) le croyait de la région de Montpellier ; nous l'attribuerions plutôt à la région d'Alès et le datons de 1470 environ.

Sur la Révolution, J. PORTEMER, *Rec. Bodin*, t. XII, p. 447-497, et *Mélanges Petot*, 1958, p. 441 (qui traite aussi des XVIIe et XVIIIe siècles) ; M. GARAUD, *La Révolution et l'égalité civile*, 1953, consacre un bon passage

(p. 173-179) aux femmes ; L. BURIAS, Un cahier de doléances des femmes en 1790 dans *Mém. Soc. arch. de la Charente*, 1957, p. 37-46.

Sur le « féminisme », L. MACDOWELL RICHARDSON, *The fore runners of feminism in french literature of the Renaissance* (Paris, 1929 ; John's Hopkins Studies, XII) ; L. ABENSOUR, *La femme et le féminisme avant la Révolution*, th. Lettres, Paris, 1923 ; G. ASCOLI, dans *Revue de synthèse historique*, t. XIII, 1906, p. 25 et 161. Bonnes indications de V. VIALLETON, *L'autorité maritale sur la personne de la femme*, Montpellier, 1919 ; M. NAST, *La répression de l'adultère chez les peuples chrétiens*, Paris, 1908.

On peut, enfin, indiquer quelques directions de recherches : pour le Moyen Age, les historiens du droit ne s'intéressent guère aux sceaux : ils y trouveraient pourtant bien des enseignements. La femme, par exemple, change de sceau à la mort de son mari, ce qui traduit le changement de sa personnalité. D'autre part, certaines légendes (par exemple, « S. Agnès, sa femme », DEMAY, *Inventaire des sceaux de Normandie*, 1881, n° 1080) suffisent à établir que la femme ne scellait pas les actes seule, mais avec son mari.

Il faudrait étudier le folklore : par exemple, le *charivari* qui accompagne le mariage des veuves est une véritable procédure étudiée par les juristes et organisée par une sorte de juridiction populaire, les « compagnons à marier ». Il y a le charivari licite (dont on peut se racheter en payant un écot) et le charivari illicite quand il s'agit d'une jeune fille : R. VAULTIER, *Le folklore pendant la guerre de Cent ans d'après les lettres de rémission*, 1965, p. 31-36 ; Ch.-V. LANGLOIS, *La vie en France... d'après les moralistes*, éd. 1926, p. 250. Les statuts synodaux et même les romanistes le mentionnent (par exemple, les traités *De secundis nuptiis*, Lyon, 1552).

La même justice populaire s'attaque aux maris battus par leurs femmes qui doivent monter un âne. La coutume étudiée par Roger DEVIGNE (dans un livre non publié) est générale au Moyen Age (VAULTIER, *ouvr. cité*, p. 407) ; la Saint-Laurent devient dans le Nord la « fête des dur menés », c'est-à-dire des maris battus : *Rev. du Nord*, 1893, p. 329.

Les fabliaux révèlent beaucoup de traits où le mari, malgré son autorité, n'est pas toujours en bonne posture : ainsi l'histoire de sire Hain et de dame Anieuse, son acariâtre épouse, qui organisent, en présence de leurs voisins, un véritable duel judiciaire pour savoir lequel désormais portera culottes — celles-ci étant le gage du combat. Battue, la femme s'incline et tout rentre dans l'ordre (éd. MONTAIGLON et RAYNAUD, I, 6). Au contraire, la femme est idéalisée dans la littérature romanesque : P. JOUIN, *Les personnages féminins dans les romans français de Tristan au XIIe siècle*, 1958 (Publ. Ann. Fac. Lettres Aix, XXII).

DEUXIÈME PARTIE

MARIAGE ET RÉGIMES MATRIMONIAUX

Chapitre Premier

LE MARIAGE ROMAIN

Si le droit canonique a influencé notre droit moderne, il n'est nullement paradoxal de prétendre que c'est « le droit moderne qui a influencé la reconstitution et l'étude du droit romain et non l'inverse » (Volterra, *NDI*, v° « Matrimonio »). Il en est résulté un concept homogène en parfaite contradiction avec l'évolution subie par l'institution. Historiquement, en effet, le droit romain a connu deux types différents de mariage : le mariage de l'époque païenne et celui de l'époque chrétienne qui se répand dans la société dès le IVe siècle.

« Consortium omnis vitae ». — Moins prudents que les rédacteurs de notre Code civil, les jurisconsultes romains nous ont laissé une définition du mariage. Formulée au IIIe siècle par Modestin, elle a été reprise dans les compilations de Justinien (D., 23, 2, 1). « Le mariage est l'union de l'homme et de la femme, c'est une société qui doit durer toute la vie *(consortium omnis vitae)*, une mise en commun du droit humain et du droit divin. » Que l'union conjugale soit, en principe, viagère, cela ne veut pas dire qu'elle soit indissoluble. Les Romains ont connu le divorce et il a été même très largement pratiqué à une certaine époque. Contrairement à beaucoup de sociétés antiques, le mariage romain paraît avoir été de tout temps monogamique. La pureté des mœurs du citoyen romain n'y est pour rien. Selon une antique tradition, les pères de famille n'étaient pas tenus d'élever leurs filles cadettes dont la disparition était justifiée par la pauvreté originaire des Romains. « De ce mal put toutefois sortir un bien : les filles étant peu nom-

breuses se mariaient toutes... » (VILLERS, *Société Jean-Bodin*, II, p. 181). En dépit du principe monogamique on n'en tolère pas moins que le mari ait des relations avec sa femme esclave ou avec son affranchie et qu'il ait d'elles des enfants.

D'un point de vue technique on distingue : I) la *formation* du mariage et II) sa *dissolution*.

SECTION I. — La formation du mariage

D'une façon générale, aucune forme juridique n'est nécessaire. Le *matrimonium* n'exige que des conditions de fond. En pratique, des formalités ont lieu qui ont un caractère religieux. De même, il est d'usage de faire précéder le mariage de négociations entre les familles des futurs conjoints : ce sont nos actuelles fiançailles.

LES FIANÇAILLES. — C'est une pratique typiquement romaine. Les *sponsalia* (de *sponsio*, v. t. I, p. 19) donnent lieu à certaines cérémonies religieuses. Dans l'ancien droit romain, si elles ne permettent pas d'obtenir l'exécution du mariage, elles permettent au fiancé ou au père de la fiancée d'agir en dommages-intérêts pour inexécution de la promesse. En droit classique, les fiançailles n'engendrent aucune obligation juridique. Au Bas-Empire, les *sponsalia* prennent de l'importance sous l'influence des coutumes orientales et du christianisme. Dès le IIIe siècle, l'infidélité de la fiancée est réprimée comme l'adultère. Le mariage est interdit entre les proches parents de la fiancée et le fiancé, et réciproquement. Celui qui contracte de nouvelles fiançailles ou un mariage sans avoir rompu ses fiançailles primitives encourt l'infâmie. Enfin, les empereurs sanctionnent la pratique orientale des arrhes qui consistent en général en la remise d'une somme d'argent. Celui qui refuse de contracter le mariage promis, sans motif légitime, perd les arrhes qu'il a versées et doit restituer celles qu'il a reçues à un multiple (quadruple : C. T., 3, 5, 11 ; double : C., 5, 1, 5). A l'époque byzantine, Léon VI le Sage, pour renforcer l'obligation découlant des fiançailles, ne limitera plus la clause pénale que les parties pourront fixer conformément à l'usage (*Novelle* 18).

Si les formalités qui accompagnent le mariage ne sont nullement nécessaires à sa validité, il n'en va pas de même des 1) *conditions de fond* que l'on doit examiner avant de signaler 2) les *formes* usuelles qui permettent en pratique de distinguer 3) le *concubinat* du mariage.

§ 1. — Les conditions du mariage

I) L'*élément psychologique* est déterminant sans que II) l'*élément biologique* soit ignoré pour autant. Mais c'est III) l'*élément sociologique* qui donne son originalité au droit romain car il se rattache à une conception parfaitement étrangère à nos droits modernes.

1) L'élément psychologique : le « consensus ». — Les rites n'étant pas nécessaires, en droit romain, l'élément psychologique l'emporte sur l'élément biologique. *Nuptias enim non concubitus sed consensus facit :* ce n'est pas la cohabitation qui fait le mariage mais le consentement (D., 35, 1, 15 et 50, 17 ; cf. D., 24, 1, 32, 13 : *non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*). Le consentement est nécessaire et suffisant à la création du lien conjugal. Compte tenu de l'organisation familiale, deux sortes de consentements sont à envisager : celui des intéressés mais éventuellement celui de leur *paterfamilias* si les futurs conjoints sont *alieni iuris*.

Dans l'ancien droit romain, le consentement du chef de famille est l'exercice d'un droit. Il n'est pas exigé dans l'intérêt de l'enfant. Comme la plupart des institutions de cette époque, le mariage est davantage un fait social qu'un acte juridique. Il est régi par les coutumes familiales. C'est là une notion parfaitement étrangère à nos droits modernes. Il semble cependant que le consentement des intéressés ait été au moins formel. Au cours de l'époque classique, l'accord du *pater* apparaît de plus en plus comme une mesure de protection en faveur des enfants. On peut suppléer au défaut d'assentiment du *paterfamilias* (en cas d'absence prolongée : par interprétation de la volonté du *pater* : D., 23, 2, 11 ; ou de folie). Bien plus, la fille peut exiger de son père qu'il la marie et lui constitue une dot. Au Bas-Empire, enfin, l'absence de consentement du *pater*

ne nuit pas à la validité du mariage. Selon l'usage, la fille n'encourt qu'une sanction pécuniaire : l'exhérédation (MEREA, *Mélanges de Visscher*, t. IV ; cf. la solution analogue adoptée dans notre ancien droit).

Le consentement des conjoints est exigé à l'époque classique, qu'il s'agisse d'*alieni iuris* ou de *sui iuris*, qu'il s'agisse de filles ou de garçons. Et ce consentement est nécessaire et suffisant. Le consensualisme matrimonial est encore renforcé par la doctrine des Pères de l'Eglise (saint Ambroise, saint Augustin).

De ce que le mariage est un acte purement consensuel, il ne s'ensuit pas qu'il se forme en fait de façon immatérielle par la simple union des cœurs. Il existe des indices, des signes extérieurs qui sont autant de *preuves* de la volonté réciproque des époux. L'*affectio maritalis* se traduira par la cohabitation et par la situation que le mari fait à sa femme. La constitution de dot est une autre preuve de l'existence de l'*honor matrimonii* qui distingue le mariage du concubinat, simple union inférieure.

CONSENTEMENT CONTINU. — Si, contrairement à notre droit moderne (C. C., art. 165), le mariage à Rome n'implique aucune solennité, il semble bien qu'à l'époque classique on exige un *consentement continu*. Dans notre droit actuel (C. C., art. 146), outre le rite découlant de l'intervention de l'officier de l'état civil, le consentement exigé est simplement initial, il suffit à créer un état durable. Au contraire, le mariage romain, pour subsister, nécessite le consentement persistant des conjoints (d'où l'impossibilité de la bigamie : VOLTERRA, *NDI*, v° « Matrimonio »). Ce n'est qu'avec l'influence chrétienne de l'indissolubilité du mariage, au Bas-Empire, que la conception romaine évoluera. L'idée d'un consentement initial créant un état de mariage apparaîtra. Mais les Romains n'ont pas dégagé de théories des vices du consentement comme le feront les canonistes du XIIIe siècle.

2) L'ÉLÉMENT BIOLOGIQUE. — Qu'il soit continu ou initial, l'élément psychologique ne fait pas cependant disparaître l'élément biologique. Gens pratiques, les Romains se gardent bien d'ignorer le but fondamental du mariage : la procréation

des enfants (D., 50, 16, 220, 3). On exige donc que le garçon soit pubère et la fille nubile. C'était anciennement une question de fait et affaire d'appréciation pour le chef de famille. En droit classique, il existe un âge légal de puberté fixé à 14 ans pour les garçons et à 12 ans pour les filles. Pour la même raison, le mariage est interdit aux eunuques, mais la prohibition ne joue pas dans le cas d'impuissance naturelle.

3) L'ÉLÉMENT SOCIOLOGIQUE : LE « CONUBIUM ». — Illustration du penchant bien naturel de raisonner en fonction de nos institutions, le *conubium* a été rapproché de notre notion moderne d'empêchement de mariage. Il s'agit en réalité d'une conception qui est à l'opposé de la nôtre, ce qui permet d'ailleurs de la mieux comprendre en posant un problème là où nous considérons que les choses vont d'elles-mêmes.

Dans les droits de l'Antiquité, l'élément sociologique est déterminant. La société fait sentir son emprise sur l'individu. Alors que de nos jours le droit de chacun au mariage est tellement naturel qu'il ne pose aucun problème, il en va différemment à Rome. En droit moderne, certes, « la société fait sentir le poids de sa contrainte, en matière matrimoniale, par les *interdits* et les rites qu'elle impose » (CARBONNIER, I, p. 320), mais le principe de la liberté du mariage est incontesté. A Rome, c'est le problème inverse qui se pose. Les inégalités sociales sont la norme. La possibilité de passer d'un groupe dans un autre par le mariage n'est rien moins qu'une donnée naturelle. Le principe est donc l'interdiction de mariage ; la capacité est l'exception. Et ce sont les conditions de capacité qui constituent le *conubium*. En somme, alors que dans notre droit moderne la notion d'empêchement reprend sous un aspect négatif le concept des éléments constitutifs du mariage, avec le *conubium* c'est l'aspect positif qui demeure. Le *conubium* n'est pas une capacité absolue de se marier avec n'importe qui, c'est la capacité de se marier avec telle ou telle personne (J. GAUDEMET). Ces conditions de capacité concernent : 1) la parenté et l'alliance ainsi que 2) la condition sociale.

1) LA PARENTÉ ET L'ALLIANCE. — Les proches parents n'ont pas le droit de se marier entre eux. C'est là une règle très générale, elle est à la base du principe d'exogamie qui existe dans

les sociétés les plus primitives. Le droit romain prend en considération la parenté cognatique, c'est-à-dire par le sang. La réprobation de l'inceste, beaucoup plus forte à Rome qu'en Grèce ou en Orient, est devenue « un des tabous les plus profonds de notre civilisation » (CARBONNIER, I, p. 322). Le droit n'a fait ici qu'entériner des usages qui sanctionnent eux-mêmes une attitude morale. Il y a des gradations dans la réprobation sociale, il existe des zones de tolérance et des « zones d'horreur ». Tite-Live nous rapporte que le patricien Cloelius provoqua un soulèvement de la plèbe en épousant, vers l'année 241-229 av. J.-C., une cousine d'un degré plus rapproché que le septième degré de cognation » (MONIER, I, p. 279). A Rome, les degrés de parenté sont calculés comme en droit moderne en ligne collatérale ; on compte les générations en remontant à l'ancêtre commun (sans le compter) et en redescendant de cet ancêtre jusqu'à l'autre conjoint (système dit de l'échelle double par opposition au mode de computation germanique qui répond à l'image d'une échelle simple). Les cousins issus de germains sont donc parents au 6e degré et dans l'ancien droit romain ils n'ont pas le *conubium*.

Avec l'affaiblissement de la cohésion familiale et la décadence des mœurs, des atténuations très considérables seront apportées dans ce domaine. Un sénatus-consulte de 49 après J.-C. autorisera même le mariage entre oncle paternel et nièce, pour permettre à l'empereur Claude d'épouser Agrippine (« une loi moins sévère mit Claude dans mon lit et Rome à mes genoux »).

L'alliance *(adfinitas)* est le lien existant entre l'un des conjoints et les parents de l'autre. Dans l'ancien droit romain, les alliés ont, en principe, le *conubium* entre eux. A la fin de la République, l'alliance empêche le mariage en ligne directe à l'infini, en revanche l'alliance collatérale n'est pas prise en considération.

LA POUSSÉE EXOGAMIQUE. — Au Bas-Empire, sous l'influence du christianisme, on assiste à une nouvelle extension des interdictions, au nom d'une pudeur aussi louable que naturelle pour les Pères de l'Eglise. Saint Augustin développe un thème plus original qui sera abondamment repris au Moyen Age : le *seminarium caritatis*. Le mariage est école de charité, il

doit propager les liens d'affection entre des familles étrangères. Il ne faut pas qu'il soit conclu à l'intérieur d'une famille où ces liens d'affection existent déjà. On se réfère aussi à l'Ancien Testament qui interdit le mariage entre parents éloignés.

Non seulement la mesure exceptionnelle permettant le mariage entre oncle paternel et nièce est supprimée (C. T., 3, 12, 1, de 342) mais on essaiera, sans succès durable il est vrai, d'interdire le mariage entre cousins germains. Finalement, le droit romain en reste aux interdictions reprises dans notre droit moderne (I., 1, 10, 4 ; cf. C. C., art. 162 et 163 : prohibition de mariage entre oncle et nièce, tante et neveu). Justinien ira cependant beaucoup plus loin. C'est lui qui posera le point de départ de la *parenté spirituelle* en interdisant au parrain d'épouser sa filleule (C., 5, 4, 26, 2). Quant à l'alliance, elle devient obstacle au mariage en ligne collatérale. Le mariage est interdit entre beau-frère et belle-sœur (C. T., 3, 12, 2 ; cf. notre C. C., art. 162, modifié par la loi du 1er juillet 1914, qui ne maintient plus la défense que si le premier mariage a été dissous par le divorce).

Et la poussée exogamique se poursuivra, autant dans notre droit occidental que dans le droit byzantin. A Byzance, on en arrive à interdire tout mariage entre collatéraux jusqu'au septième degré compris (v. en dernier lieu HARMENOPOULOS, *Hexabiblos*, 4, 8, 9). L'empêchement tenant à la parenté spirituelle est de son côté considérablement élargi (*Eclogè*, 2, 2 ; *Prochiron*, 7, 28). Même constatation en ce qui concerne la parenté adoptive. Alors qu'en droit romain l'obstacle qu'elle constitue en ligne collatérale disparaît avec l'émancipation, il n'en va pas de même à Byzance. L'adoption ayant lieu à l'église est considérée comme indissoluble et de ce fait la parenté adoptive est assimilée à la parenté naturelle (*Novelle* 24 de Léon VI le Sage). On cherchera pareillement à étendre aux alliés les interdictions qui frappent les parents pour admettre finalement la validité d'un mariage entre alliés au quatrième degré (HARMENOPOULOS, *Hexabiblos*, 4, 8, 3).

Si, sous l'influence chrétienne, les interdictions de se marier ont été considérablement augmentées, le *conubium* n'est plus requis. La terminologie évolue. « L'incapacité matrimoniale

absolue ou relative n'est plus présentée comme l'absence du *conubium*, mais comme causée par l'existence de l'élément négatif de l'empêchement » (VOLTERRA).

2) LA CONDITION SOCIALE. — Dans l'ancien droit, l'inégalité est la règle. Latins, pérégrins, et *a fortiori* esclaves, ne sauraient avoir le *conubium* avec des Romains. A la différence des empêchements de parenté, il s'agit là d'incapacités générales et absolues.

Il est aussi des incapacités relatives tenant à la condition sociale. Le *conubium* n'existera entre plébéiens et patriciens qu'en 445 av. J.-C. De même, les ingénus ne pouvaient épouser des affranchis jusqu'en 18 av. J.-C. A partir de cette époque, il ne subsiste plus qu'une interdiction pour les affranchis d'épouser des personnes de rang sénatorial. Cette mesure, qui a pour but de rehausser le prestige de la classe sénatoriale, se soldera par un échec comme la plupart des dispositions que prendra l'empereur Auguste pour lutter contre la décadence des mœurs (Loi *Julia de adulteriis*). Pareillement, le citoyen romain ne peut épouser de femmes de mauvaise vie et il est interdit à l'époux adultère de se remarier. On aurait pu croire que le christianisme allait mettre fin aux prohibitions tenant à la condition sociale. Il n'en fut rien, et les traditions romaines ont été les plus fortes. A propos, notamment, du mariage entre libres et esclaves, l'Eglise devra reconnaître son échec : « Autres sont les lois de César et autres les lois du Christ, différentes sont les règles que pose Papinien et les règles qui émanent de notre Paul » (SAINT JÉRÔME, *Lettre à Oceanus*). Ce n'est qu'au IXe siècle que l'empereur Léon VI le Sage, consacrant les coutumes, reconnaît la validité des mariages entre libre et esclave (*Novelle* 100) et entre esclaves (*Novelle* 101 : qui règle la difficulté soulevée par l'affranchissement d'un des deux époux esclaves).

En revanche, sous l'influence chrétienne, de nouvelles prohibitions sont édictées. Interdiction du mariage entre juif et chrétien (C. T., 16, 8, 6). C'est l'origine de l'empêchement canonique de *disparité de culte*. On notera à ce propos que les législateurs byzantins seront beaucoup plus hostiles aux mariages des chrétiens orthodoxes avec les hérétiques qu'avec les païens qui peuvent être plus facilement convertis. *L'empê-*

chement d'ordre est retenu par Justinien (le mariage est interdit aux sous-diacres : *Novelle*, 22, 42, et aux moines qui ont reçu les ordres majeurs : *Novelle*, 5, 8).

Des préoccupations de nature plus terre à terre ont poussé à interdire, à l'époque des invasions, les mariages entre Romains et Barbares (C. T., 3, 14, 1). Tandis que Justinien consacre officiellement la désuétude des dispositions d'Auguste relatives au mariage avec des femmes de basse extraction, en abrogeant la législation ancienne (C., 5, 4, 23) et en se mariant avec Theodora, « ancienne actrice qui figurait au Cirque dans les tableaux vivants » (BRÉHIER, *Vie et mort de Byzance*, p. 23).

Dans la plupart de ces cas, la nullité du mariage existe de plein droit et enlève tout effet juridique à l'union. Une telle conséquence paraissait injuste quand les époux avaient cru de bonne foi contracter un mariage valable. Une disposition du Haut-Empire (C., 5, 18, 3 de 215) prévoit que dans certains cas le mariage produira ses effets tant à l'égard de la femme qu'à l'égard des enfants. Cette décision est à l'origine de la théorie moderne du *mariage putatif* (C. C., art. 201-202).

LE DÉLAI DE VIDUITÉ. — Selon d'anciens usages, la femme ne devait pas se remarier avant l'expiration d'un délai de dix mois. L'interdiction ne résultait nullement de considérations biologiques. Il s'agissait d'un deuil religieux : c'était le *tempus lugendi* (temps des pleurs). Son inobservation donnait lieu à un sacrifice expiatoire. « La jurisprudence classique a rattaché cette disposition à une idée nouvelle, celle de la confusion de part ou du sang *(turbatio sanguinis)*. Par suite, l'empêchement à mariage doit être maintenu lorsque la femme est dispensée de porter le deuil du mari ; il doit être levé si la femme met au monde un enfant avant l'expiration du délai » (CUQ, p. 174). Les empereurs chrétiens porteront le délai à un an et l'étendront au cas de divorce (C., 5, 9, 2 et 5, 17, 8, 4).

§ 2. LES FORMES

Les romanistes distinguaient autrefois entre le mariage *cum manu*, formaliste, plaçant la femme sous la *manus* de son mari, et le mariage *sine manu*, sans formes et plus récent. Il est

préférable de distinguer la formation du lien matrimonial de l'acquisition par le mari de la puissance sur la femme (VOLTERRA). De même qu'en droit moderne, la possibilité d'acquérir la nationalité de l'autre conjoint est une question différente du mariage que l'on contracte et n'entraîne pas une distinction entre le mariage avec ou sans acquisition de nationalité. Gaius (I., 108-115) ne parle pas, d'ailleurs, de « mariage *cum manu* », mais de « *conventio in manum* », c'est-à-dire d'une *entrée* de la femme sous la *manus* du mari. Il est certes parfaitement vain d'aller contre l'usage établi, mais on doit considérer nos expressions modernes, au demeurant fort commodes, comme dénuées de valeur technique.

S'il n'existe aucune condition de forme du mariage romain, ce dernier n'en est pas moins accompagné d'un certain nombre de 1) *rites* qui en raison de leur caractère païen feront l'objet d'une transposition à l'époque chrétienne. A l'occasion du mariage, il peut y avoir 2) une *acquisition de la manus* au profit du mari qui nécessite l'accomplissement de formalités.

1) LES RITES NUPTIAUX. — Les cérémonies coutumières ont un caractère religieux. A l'occasion de chaque rite, les dieux domestiques sont invoqués. La toilette de la jeune fille donne lieu à des préparatifs importants. Elle revêt la *tunica recta* (tunique de laine, droite et sans couture), arrange sa chevelure en six tresses (avec un fer de lance recourbé : *hasta coelibaris*) et revêt un voile rouge *(flammeum)* et une couronne nuptiale faite de fleurs naturelles. Les jours où l'on peut célébrer le mariage sont fixés par le calendrier religieux et les auspices sont consultés avec un sacrifice d'animal.

L'échange des consentements intervient alors et devant témoins les deux époux se tiennent la main droite *(dexterarum iunctio)*. Après le festin nuptial, a lieu le rite le plus important : la *deductio uxoris in domum mariti* (conduite de la femme dans la maison du mari). Ce rite marque l'existence de la vie conjugale mais il ne signifie pas nécessairement la consommation du mariage car la présence du mari n'est pas nécessaire. La conduite s'effectue joyeusement, les assistants chantant des plaisanteries en vers libres *(fescennini versus)*. La jeune femme est soulevée pour franchir le seuil de sa nouvelle demeure mais c'est plus

souvent par un parent de son mari que par ce dernier. Il ne s'agit donc pas, comme on l'a prétendu, d'un souvenir du rapt. Des pratiques analogues se retrouvent dans de très nombreux pays. Les juristes romains les mentionnent, et surtout la *deductio* (D., 23, 2, 5). Bien qu'elles ne soient pas nécessaires (D., 7, 8, 4, 1 : il n'y a pas de *deductio* si le mari vient habiter chez les parents de la femme), les cérémonies constituent une *preuve* du mariage et permettent aussi de le dater, ce qui est important notamment pour le jeu de la présomption de paternité ou de l'interdiction des donations entre époux.

L'importance pratique de la *deductio* explique la persistance de cette pratique en dépit de l'hostilité des Pères de l'Eglise à son endroit. Avec le triomphe du christianisme, on assiste, en effet, à une transposition des rites païens. Un nouveau calendrier matrimonial est substitué à l'ancien (interdiction, par ex., de se marier pendant le carême). Si les sacrifices coutumiers disparaissent, en revanche, et malgré les condamnations de Tertullien, le rite de la couronne nuptiale finit par s'incorporer au cérémonial chrétien de mariage de même que la *dexterarum iunctio*. Par ailleurs, des cérémonies proprement chrétiennes s'interfèrent. A l'occasion du banquet nuptial, surtout en Orient, des prières et bénédictions étaient prononcées en faveur des époux. La liturgie eucharistique était, en effet, souvent célébrée à l'occasion de l'agape, c'est-à-dire d'un banquet. Ensuite, la liturgie sera transportée au matin et les époux continueront à y assister (DAUVILLIER).

A côté des cérémonies religieuses, païennes ou chrétiennes, on rencontre d'autres usages : échange d'anneaux ou rédaction d'écrits. Ces derniers ont principalement pour but la fixation du montant et du statut de la dot. Pas plus que les précédentes, ces pratiques ne sont nécessaires à la validité du mariage. A l'époque postérieure cependant, en Orient comme en Occident, on assistera à une solennisation du mariage. A Byzance, l'importance de l'écrit est attestée dans les textes juridiques du VIIIe siècle (*Eclogè*, 2, 1) et, au IXe siècle, l'empereur Léon le Sage (*Novelle* 89) exigera à peine de nullité que les unions soient conclues au moyen de la bénédiction religieuse.

2) L'ACQUISITION DE LA « MANUS ». — Elle s'opère de trois manières : par 1) la *confarreatio*, 2) la *coemptio* ou 3) l'*usus*. Ici le formalisme triomphe.

1) La *confarreatio* est une cérémonie religieuse très ancienne. Elle comporte tout un rituel dont l'essentiel consiste en l'offrande à Jupiter Capitolin d'un gâteau fait avec une céréale assez rare, l'épeautre *(farreus panis)*. C'est un cas exceptionnel d'acte strictement religieux ayant des effets juridiques.

2) La *coemptio* est une forme laïque calquée sur un mode archaïque d'acquisition de la propriété : la *mancipation* (v. t. II, p. 262 ss.). C'est une illustration du principe bien connu de l'économie des formes, pratiquée par les Romains. Cette formalité a accrédité l'existence d'un mariage par achat qui se heurte à d'importantes objections.

3) L'*usus*, au contraire des deux précédents, est un mode non solennel d'acquisition de la *manus* par le seul fait de la cohabitation continue des deux époux pendant un an. Cet effet ne se produit pas si la femme passe trois nuits de suite hors du domicile conjugal *(usurpatio trinoctii)*. Ici encore, sous l'influence de concepts modernes, on a rapproché ce procédé d'un mode d'acquisition de la propriété : l'usucapion. Mais c'est là une comparaison très superficielle, les règles du droit de la famille ne peuvent se réduire à celles du droit du patrimoine. L'*usus* atteste simplement l'importance des situations de fait tout particulièrement en matière de preuves. Ces dernières, en l'absence de toute forme nécessaire à la validité du mariage, ont d'autant plus de poids qu'elles constituent le seul moyen de distinguer le *matrimonium* du concubinat.

§ 3. LE CONCUBINAT

Il ne faut pas le confondre avec une simple rencontre passagère. C'est une union de fait, souvent durable, mais ignorée du droit. La situation n'est pas réprouvée par les mœurs païennes. On a pu dire que les Romains prenaient pour concubine la femme qu'ils ne pouvaient épouser. Le concubinat était fréquent entre personnes de rang social très différent, mais il existait aussi entre des hommes et des femmes qui

auraient pu se marier. Les enfants issus de l'union sont rattachés à la mère. Cependant l'horreur de l'inceste se traduit par la prohibition du concubinat entre proches parents (D., 23, 2, 56).

Au Bas-Empire, sous l'influence du christianisme, hostile aux relations hors mariage, on incite les concubins à régulariser leur union (C., 5, 27, 1, de 336). Par ailleurs, celle-ci est soumise à certaines conditions et produit des effets juridiques. Le concubinat est interdit aux personnes mariées (C., 5, 26, 1) et la concubine doit être âgée d'au moins douze ans, comme pour le mariage, et ne pas être parente ou alliée du concubin à un degré interdit pour le mariage.

Corrélativement, la concubine et ses enfants ont des droits successoraux variables selon la présence ou non d'enfants légitimes et selon les époques.

Le concubinat ne sera aboli dans l'Empire byzantin qu'au IXe siècle sous le règne de Basile (*Prochiron*, 4, 26 ; cf. *Novelle* 91 de Léon VI le Sage).

SECTION II. — La dissolution du mariage

L'influence chrétienne est très marquée. Alors que 1) le droit païen est très libéral en matière de divorce, le 2) législateur du Bas-Empire sera beaucoup plus réservé tant à l'égard du divorce que du 3) remariage contre lequel il s'efforcera de protéger les enfants *(Favor liberorum)*.

1) LE DROIT PAÏEN. — Monogamique, le mariage romain est bien loin d'être indissoluble. La dissolution peut être *nécessaire* ou *volontaire*. Outre le cas de la mort d'un des conjoints, le mariage est dissous nécessairement par la disparition du *conubium* : incapacité survenant par la perte de la liberté, de la cité ou changement du *status familiae*.

La *dissolution volontaire* était probablement assez rare dans l'ancien droit romain. Le mariage était à cette époque généralement accompagné de l'entrée de la femme sous la *manus* du mari ; seul ce dernier ou son *pater* peut rompre les liens qui attachent la *materfamilias* à sa famille. La répudiation de la femme avait habituellement lieu pour sanctionner certaines

fautes de sa part (infidélité, notamment, mais la stérilité n'est pas retenue à la différence de la plupart des droits de l'Antiquité).

En application du principe du *parallélisme des formes*, des cérémonies inverses à celles utilisées pour la création de la *manus* sont nécessitées pour sa disparition (cf. l'ancien art. 264 de notre C. C., où le divorce était prononcé par l'officier de l'état civil). La *diffarreatio* effacera la *confarreatio*, et, dans les deux autres cas (*coemptio* et *usus*), la *manus* disparaissait vraisemblablement par une vente fictive *(remancipatio)* de la femme qui sortait ainsi de la famille de son mari.

A l'époque classique, la femme se trouve de plus en plus rarement placée sous la *manus* de son mari et, corrélativement, les causes de dissolution volontaire du mariage se développent. La dissolution se présente sous la double forme du divorce par consentement mutuel *(divortium)* et du divorce par volonté unilatérale *(repudiatio)*. Conséquence du consensualisme absolu du mariage romain, aucune limite n'existe. Sénèque pouvait prétendre qu'à son époque (Ier siècle après J.-C.) les femmes comptaient les années non pas par le nom des consuls en exercice mais par celui de leurs maris successifs. Les empereurs donnent l'exemple. César s'est marié quatre fois, Sylla et Pompée cinq. A la différence de notre droit moderne, divorce ou répudiation sont des actes extrajudiciaires indépendants de toute intervention de l'autorité publique. Le droit de répudiation appartient à chaque conjoint et aucune raison précise n'est imposée par le législateur. Seule importe la claire expression de la volonté. On peut adopter un style lapidaire : « Va-t'en » *(Beate foras)*, pratique : « Emporte tes affaires » *(Res tuas tibi habeto)* ou circonstancié : « Va-t'en ; tu m'es désagréable, car tu ne cesses de te moucher. Pars au plus vite ; j'en attends une autre dont le nez sera moins humide » (JUVÉNAL, *Satire* 6). L'incompatibilité d'humeur, avant la lettre, en quelque sorte... Les femmes ne demeurent évidemment pas en reste. Selon le même Juvénal, certaines convolent jusqu'à huit fois en cinq automnes, chose bien digne, précise le poète, d'être signalée dans leur épitaphe. Pour ces professionnelles, dénommées *nuptiarum multarum mulieres*, le délai de viduité était certainement le moindre de leurs soucis.

Il faut, certes, faire la part des exagérations propres à la satire. Mais si le mal devait sans doute toucher surtout les classes les plus aisées, il était assez répandu pour que sa description fût de nature à intéresser un vaste public.

2) La législation du Bas-Empire. — La réaction contre les abus du divorce et de la répudiation va s'opérer sous l'influence de l'Eglise. En se fondant sur la doctrine contenue dans les Evangiles et dans saint Paul, l'ensemble des Eglises chrétiennes a considéré, dès l'Antiquité, le mariage des chrétiens comme indissoluble (Dauvillier). Le seul emprunt que le christianisme fasse au droit officiel est l'obligation pour le mari de renvoyer sa femme adultère (Loi *Julia de adulteriis*). Mais en dépit des discussions dont la fameuse incise de saint Matthieu (« Celui qui répudie sa femme si ce n'est pour cause d'impudicité... » 5, 32 et 19, 9) sera l'objet, la répudiation n'aura que la portée d'une simple séparation de corps, institution qui sera organisée plus tard par le droit canonique classique. Il est interdit aux deux conjoints de se remarier. Le texte de saint Matthieu est obscur pour avoir été rédigé avec trop de concision (Dauvillier). S'il était impossible de concilier deux conceptions aussi opposées que celles de l'Eglise et du droit romain, la première va cependant fortement influencer la seconde. Le législateur du Bas-Empire réagit contre le divorce lui assignant des conditions de 1) forme et des 2) causes déterminées.

1) *Des formes* sont exigées. C'est l'envoi d'un écrit, d'un libelle de répudiation. La mesure est présentée comme faite dans l'intérêt des enfants (*Favor liberorum :* C., 5, 17, 8 pr., de 449). Il n'y avait dans le droit antérieur aucune condition de forme à tel point que l'on admettait la possibilité d'une répudiation implicite par remariage d'un des conjoints. Dans la pratique, si on excepte l'archaïque usage de la reprise solennelle des clefs confiées à la femme, la répudiation se faisait par déclaration de volonté constatée dans un écrit que l'auteur de la répudiation faisait remettre au conjoint répudié. Il s'agissait là d'un moyen de preuve que le législateur s'est efforcé de généraliser et d'exiger pour la validité de la répudiation. L'évolution est en harmonie avec le nouveau

rôle du consentement : créateur du lien matrimonial, il doit être initial et non plus continu.

2) *Des causes déterminées* et limitées sont prévues tant pour la *a)* dissolution involontaire que pour *b)* la dissolution volontaire du mariage.

a) C'est avec les *causes de dissolution involontaire* que se marque le mieux la tendance restrictive nouvelle. Conformément à la doctrine de l'Eglise, la captivité de l'un des conjoints n'entraîne plus automatiquement la dissolution du mariage (*Novelle* de Justinien, 22, 7 : cf. pour l'absence prolongée : C., 5, 17, 7, de Constantin). Mais la décision relève quelque peu du vœu pieux. Les sanctions témoignent, en effet, de l'incoercible pusillanimité des juristes romains à intervenir dans un domaine traditionnellement réservé à la volonté individuelle. Le second mariage n'est pas nul : il n'expose qu'à des peines pécuniaires. Ce n'est qu'au IXe siècle que l'empereur Léon VI le Sage se décidera à prononcer la nullité du second mariage mais seulement si l'époux captif, de retour, le demande (*Novelle* 33).

Enfin les condamnations pénales ou les modifications du *status familiae* n'entraînent plus la dissolution du mariage.

b) En ce qui concerne les *causes de dissolution volontaire*, les déclarations d'intention du législateur apparaissent beaucoup plus timides. Au principe d'indissolubilité stricte proclamé par saint Matthieu : « Ce que Dieu a uni, l'homme ne doit pas le séparer », correspond la formule de dissolubilité raisonnée énoncée par le premier empereur chrétien, Constantin : « Il ne faut pas que le mari et la femme puissent se répudier à la légère, ou sous de faibles prétextes. » Il va sans dire qu'il était inconcevable de limiter si peu que ce fût les divorces par consentement mutuel. Les causes de répudiation sont classées sous le signe du tripartisme et du parallélisme : condamnation du *mari* pour meurtre, pour empoisonnement ou pour destruction ou violation de sépulture, d'une part ; adultère de la *femme*, exercice du métier d'entremetteuse ou condamnation pour empoisonnement, d'autre part. Là encore la sanction est essentiellement d'ordre pécuniaire (perte de la dot pour la femme et pour le mari restitution intégrale de celle-ci). Le

juge n'intervient qu'*a posteriori* et ne peut que constater le fait du divorce en punissant le responsable.

En dépit de sa prudence, la législation de l'empereur Constantin est encore trop rigoureuse et ses successeurs devront faire d'importantes concessions aux mœurs de leur époque.

LE DROIT BYZANTIN. — Justinien s'efforcera avec guère plus de succès mais avec le maximum d'intensité de reprendre la lutte contre le divorce. Le point culminant en est l'abolition du divorce par *consentement mutuel* (*Novelle* 117, 10, de 542). C'était là un excès de zèle sur lequel son successeur immédiat allait devoir revenir (*Novelle* de Justin II, 140, de 566).

Encore Justinien admettait-il un *divortium bona gratia*, pour « le bon motif » en quelque sorte. Il énumérait des causes légitimes qui, sans dissoudre automatiquement le mariage, justifiaient le divorce : impuissance du mari ou stérilité de la femme, folie, entrée en religion, absence prolongée.

Quant à la répudiation, elle restait possible en cas de faute grave de l'époux répudié (*repudium ex justa causa : Novelle* 22, de 535). Parmi ces fautes, on note l'entretien de concubine au domicile conjugal (cf. déjà C., 5, 17, 8) qui atteste que désormais, conformément à la morale chrétienne, l'obligation de fidélité incombe aux deux époux.

Mais, conformément à une tradition bien établie, l'autorité publique s'incline devant le divorce. Le coupable est essentiellement frappé de peines pécuniaires. Dans le cas où les deux conjoints sont responsables et en l'absence d'enfants, l'Etat reprend cependant toute son autorité en faisant encaisser les pénalités par le fisc (*Novelle* 117, 10).

Au VIIIe siècle, l'importance croissante accordée à la bénédiction nuptiale permet de changer le principe qui est le fondement du mariage civil. Alors que Justinien ne pouvait que constater la dissolubilité de ce qui n'était que l'œuvre de l'homme (*Novelle* 22, 3), les empereurs Isauriens se réfèrent expressément au principe d'indissolubilité du mariage sacrement, énoncé par saint Matthieu (Que ceux qui sont unis par Dieu ne soient en aucun cas, excepté celui d'adultère, séparés par les hommes : *Eclogè*, 2, 12). Les usages restent cependant plus forts que toutes les théories. Non seulement les empereurs

admettent le divorce pour cause d'adultère, ce qui s'explique par les discussions motivées par le texte évangélique, mais ils doivent concéder trois autres causes (impuissance, tentative d'assassinat d'un conjoint par l'autre et lèpre : *Eclogè*, 2, 13). Encore faut-il souligner que, dans l'immédiat, la pratique s'efforcera de tourner la prohibition en créant après coup un empêchement de parenté religieuse entre les conjoints et surtout en revenant, dès le IXe siècle, aux dispositions de Justinien. L'Eglise byzantine considérera, en effet, que saint Matthieu en citant l'adultère ne fournit qu'un exemple des causes de divorce, celles-ci étant fixées par Justinien dans sa *Novelle* 117.

3) Les remariages. — Droit romain et droit canonique s'opposent ici encore plus nettement que pour le divorce. Pour des motifs populationnistes, l'empereur Auguste favorise les remariages. Il pénalise les célibataires, veufs et divorcés *(Lois caducaires*, v. p. 350*)*. Plus encore que le divorce, le remariage pose des problèmes eu égard aux enfants nés ou à naître de la première union. Outre la difficulté posée par la confusion de part et réglée par le délai de viduité (qui n'est cependant pas imposé à l'origine à la divorcée), les dangers de substitution ou de suppression de part ont dû être évités.

En revanche, en ce qui concerne les enfants déjà nés, leur garde et leur entretien ne sont que tardivement assurés (C., 5, 24, 1, de 294). Rien n'est prévu pour la protection de leur patrimoine.

Au Bas-Empire, la mentalité change. Sous l'influence du christianisme, la réprobation s'attache aux secondes noces. Au lieu de pousser au remariage, on valide les clauses qui l'interdisent (legs fait à sa veuve sous la condition qu'elle ne se remarie pas). Outre l'aggravation des règles relatives au délai de viduité, des dispositions défavorables sont prises par Justinien à l'encontre de ceux qui se remarient (*Novelle* 22, 22 ss. Cf. déjà : C. T., 3, 16, 1, de Constantin). De plus, on cherche à empêcher que les biens personnels du conjoint remarié ne soient enlevés aux enfants du premier lit (C., 5, 9, 3 à 6). Ces mesures protectrices seront reprises dans l'ancien droit français par l'édit de 1560 sur les secondes noces.

ÉTAT DES QUESTIONS

V. les nombreuses et très importantes études de VOLTERRA : *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano*, Rome, 1961 ; Intorno a D., 23, 2, 57, *a*, dans *Mélanges Meylan*, I, 1963, p. 367 ss. : sur la légitimation par rescrit impérial ; Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani, dans *Raccolta di scritti in onore di A. C. Jemolo*, IV, 1963, p. 639 ss. ; c. r. dans *Iura*, 1963, p. 343 ss., de l'ouvrage de WYZYNSKI, De matrimonio romano ob metum contracto, *Travaux de la Société des Sciences et des Lettres de Wroclaw*, 1962. Matrimonio, *NDI*, 1964, p. 330 ss.

Contrairement à l'opinion généralement admise, il semble que la *conventio in manum* ne fasse pas naître, en faveur du mari, une puissance analogue à la *potestas*. « L'effet juridique de la *conventio* serait de placer la femme fictivement dans la condition de fille légitime du mari, comme si elle avait été engendrée par ce dernier à la suite de *iustae nuptiae* » : E. VOLTERRA, Nuove ricerche sulla « conventio in manum », dans *Atti della Accademia nazionale dei Lincei*, 1966, p. 345. Cf. J. GAUDEMET, Observations sur la « manus », dans *Archives d'hist. du dr. orient. et Revue int. des dr. de l'Antiqu.*, 1953, p. 323 ss. V. également ARIAS BONNET, El matrimonio en el Derecho romano, dans *Anales de la Acad. maritense del Notariado*, 1962, p. 7 ss.

Illustration d'un passage du *fas* au *ius* : R. FILHOL, Usurpatio trinoctii (Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, 10, 15), dans *Hommages à Léon Herrmann*, Bruxelles, 1960, p. 359 ss.

Les tabous de la parenté restent la terre d'élection des études de sociologie, v. YARON, Duobus sororibus coniunctio, dans *RIDA*, 1963, p. 115 ss.

La durée normale de la grossesse est parfaitement connue des anciens : elle varie entre 210 et 270 ou 280 jours. V. ROUSSIER, La durée normale de la grossesse, dans *Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, p. 245 ss. Si, dans les textes, on signale souvent un délai supérieur, *decem menses*, c'est parce que originellement on utilisait les mois lunaires. Avec le système des mois solaires, le chiffre fut maintenu aussi bien pour des raisons physiologiques que pour favoriser la femme. Cf. C. C., art. 315.

Il semble bien que le mariage des militaires, longtemps considéré comme prohibé jusqu'à l'époque des Sévères (IGLESIAS, p. 219), soit autorisé, seule la présence des femmes dans les camps ayant fait l'objet d'une interdiction (VOLTERRA, p. 660).

En droit canonique, l'ouvrage fondamental reste celui de DAUVILLIER et de CLERCQ, *Le mariage en droit canonique oriental*, préface de G. LEBRAS, Paris, 1936.

V. en dernier lieu : DAUVILLIER, Le droit de mariage dans les cités grecques et hellénistiques d'après les écrits de saint Paul, dans *RIDA*, 1960, p. 149 ss.

LIST, *Grundriss des römischen Rechts nebst Uebersicht über das Eherecht nach dem Codex juris canonici*, *Verlag für Angewandte Wissenschaften*, 1962 ; RAES, *Le mariage, sa célébration et sa spiritualité dans les Eglises d'Orient*, 1959 ; RITZER, *Formen, Riten und religiöses Brauchtum der Eheschliessung in den christlichen Kirchen des ersten Jahrtausends*, Munster, 1962.

Les remariages. — Le législateur byzantin, plus sensible aux apparences qu'à l'esprit des principes, est résolument hostile aux troisièmes noces. Cette polygamie successive lui paraît exécrable et, à la différence de ce qui se passe pour le divorce, les dispositions impériales sont ici abondantes. Leurs violations n'en sont que plus éclatantes. Léon le Sage, après avoir condamné jusqu'aux secondes noces (*Novelle* 90), se remariera une quatrième fois, d'où une lutte avec les autorités religieuses qui ne prendra fin qu'avec sa mort. Le principe finalement retenu est celui de la nullité des quatrièmes noces et de la défaveur à l'endroit des troisièmes.

V. l'abondante bibliographie sur ce sujet dans : de MALAFOSSE, Byzance, *Introduction bibliographique à l'histoire du droit et à l'ethnologie juridique*, Bruxelles, 1965, p. 64 ss.

La dissolution du mariage. — La facilité des répudiations explique la fréquence des remariages entre anciens conjoints et la difficulté qu'il y a dès lors à distinguer une véritable répudiation d'une brouille occasionnelle, ce qui est parfois l'occasion de fraudes à l'interdiction des donations entre époux. V. notamment D., 23, 2, 33 ; 23, 3, 31 ; 24, 2, 3 et 7 (cf. *infra*, p. 238).

V. ANDREEV, La lex Julia de adulteriis coercendis, *Stud. Clas.*, 1963, p. 165 ss.

MEIRA, A legislaçao romana do divorcio, *Romanitas*, 1961, p. 199 s. ; THOMAS, Accusatio adulterii, *Iura*, 1961, p. 65 ss. ; YARON, Divortium inter absentes, *TR*, 1963, p. 54 ss., et : De divortio varia, *TR*, 1964, p. 533 ss.

La question du concubinat reste toujours très discutée, v. en dernier lieu : CSILLAG, Il concubinato e la legislazione di diritto familiare dell' imperatore Augusto, *Accademia d'Ungheria in Roma. Quaderni di documentazione*, Rome, 1963 ; NARDI, Cenni storici del concubinato, *Archivio Penale*, 1963, p. 108 ss.

Chapitre II

LE MARIAGE DANS L'ANCIEN DROIT

Pour le droit romain classique, l'accord des époux crée le mariage ; la société et la famille n'exercent plus le contrôle ancien et « les ménages inconsistants de la Rome impériale passent leur temps à se disloquer » (J. Carcopino, *La vie quotidienne à Rome*, p. 122).

Dès le Bas-Empire, au contraire, l'Eglise assume la tutelle sociale de l'institution et impose ses principes : la liberté nécessaire des époux, l'indissolubilité du lien conjugal, l'idée enfin que le mariage est l'image de l'union du Christ et de l'Eglise et que, suivant la Genèse, les époux deviennent *duo in carne una.*

Jusqu'au xe siècle, l'œuvre de l'Eglise sera de moraliser le mariage, de lutter contre les pratiques barbares, d'imposer des règles moyennes, opposées à la fois au rigorisme et au laxisme (section I).

La théorie du mariage sera faite par le droit canonique classique : les solutions pratiques, et, notamment, la compétence des officialités et l'indissolubilité, seront désormais rattachées à l'idée de sacrement, universellement reçue dès le xiie siècle (section II).

A la tutelle de l'Eglise, l'Etat, dès qu'il existe, prétend ajouter ou substituer la sienne ; le concile de Trente fixe les positions canoniques en faisant du mariage à la fois un sacrement et un contrat, mais en les réputant indivisibles. L'Etat, au contraire, prétend les dissocier pour se réserver la connaissance du contrat (section III).

En sécularisant le mariage, la Révolution rejette toute idée

de sacrement ; le bonheur des époux est désormais la seule fin du mariage ; leur volonté devient son seul soutien : ce qui conduit logiquement à admettre que leur dissentiment suffit à légitimer leur divorce (section IV).

SECTION I. — L'époque franque

LE DROIT SÉCULIER. — Jusqu'à l'édit de Milan, les règles canoniques du mariage s'étaient développées en marge du droit séculier. L'Eglise imposait seulement à ses fidèles le respect des principes qu'elle jugeait essentiels. Avec l'Empire chrétien un rapprochement s'opère en fait, mais la dualité de principe n'en est pas moins maintenue : les Pères de l'Eglise opposent, par exemple, les lois du siècle qui permettent le divorce à la loi de Dieu qui le prohibe.

La même séparation persiste après les invasions :

1) La législation séculière fixe les formes du mariage : les lois barbares gardent le souvenir du mariage par achat (*Lex Burgund.*, XIV, 3 ; XXXIV, 2), mais le prix payé par le mari est devenu symbolique, un sou et un denier pour les Francs saliens et il concerne non l'achat de la femme, mais l'achat au père du *mundium* qu'il possédait. C'est la *desponsatio* qui, si elle ne constitue pas le mariage, comporte au moins une promesse. Une dot est ensuite constituée à la femme par le mari et un *libellus dotis* est rédigé qui fera preuve du mariage. Enfin, la femme est remise au mari : c'est la *traditio puellae* encore mentionnée par les lois barbares (*L. Visigoth.*, III, 1, 2 ; 3, 11 ; cf. p. 173).

2) Le droit franc connaît la répudiation de la femme adultère ou empoisonneuse (*Lex Burgund.*, XXXIV, 3) et même la séparation des époux au cas de *discordia* (MARCULF, II, 30). Le remariage est interdit à la femme adultère (*L. Visigoth.*, III, 16, 1), mais il demeure possible au cas de simple séparation.

3) Le convol des veuves est soumis par la Loi salique (t. 44) aux règles du *reipus* (*infra*, p. 370) ; le second mari doit payer un prix de trois sous et un denier, soit à un parent de la veuve, soit à un parent de son premier mari qui ne soit pas

héritier de celui-ci. Un capitulaire ajouté à la Loi salique impose, en outre, à la femme de traiter avec les parents de son premier mari et de leur abandonner à titre d'*achasius* le dixième environ de la dot qu'elle avait reçue de lui, le reste de la dot devant revenir aux enfants du premier lit. S'il n'y en avait pas, la veuve devait abandonner, outre l'*achasius*, un lit et des sièges, mais elle pouvait apporter les deux tiers de sa dot au second mari.

4) Le convol du veuf donnait lieu à une réglementation similaire : s'il y a des enfants du mariage, il conserve la dot jusqu'à leur majorité ; s'il n'y a pas d'enfants, il abandonne les deux tiers de la dot aux parents de la femme, mais reçoit en échange une partie du mobilier. Un édit de Chilpéric (BORÉTIUS, t. I, p. 8), dont la portée est fort discutée, aurait prévu qu'à défaut d'enfants la dot se partageait par moitié entre le veuf ou la veuve qui se remariait et les parents du conjoint décédé.

LES RÈGLES CANONIQUES. — Au droit et aux mœurs des barbares, l'Eglise va opposer les préceptes de l'Evangile et ses propres règles morales : à l'origine, il ne s'agit encore que de quelques principes jugés essentiels dont les conciles imposent — au for interne par le jugement des consciences — l'application. Mais, très vite, les principes vont inspirer la législation royale. A l'époque carolingienne, les rois dominent l'Eglise mais ils lui abandonnent d'autant mieux les questions matrimoniales. Au IXe siècle, la décadence de l'Etat, la désorganisation des justices laïques laissent le champ libre aux tribunaux d'Eglise. La compétence exclusive qu'ils acquièrent — au for externe — assure le triomphe définitif des règles canoniques : le mariage, par l'unité de chair qu'il crée entre les époux, ne peut être que l'union définitive d'un homme et d'une femme ; il est indissoluble ; il ne peut être conclu entre parents ; le remariage des veufs paraît lui-même contrevenir à l'unité institutionnelle.

1) Les premiers conflits concernent la polygamie, souvent pratiquée par les barbares : il n'y a d'épouse véritable *(uxor justa)* que celle qui a été dotée et épousée publiquement (cf. p. 242). Le concubinat est tantôt assimilé à un mariage véritable, tantôt réprouvé comme une fornication.

2) Unique, le mariage est, en outre, indissoluble. Le principe est affirmé avec netteté et rattaché par saint Augustin à l'idée de sacrement ; mais il est souvent fort mal appliqué. Dès le ve siècle, les conciles gaulois prononcent l'excommunication contre tous ceux qui se remarient après un divorce ou qui épousent des divorcés, tout au moins tant que le premier conjoint est en vie. Des discussions demeurent cependant, au cas d'adultère de la femme (MATTHIEU, XIX, 3-9), d'absence, d'impuissance, de disparité de culte ou d'entrée en religion. Les pénitentiels montrent bien ces hésitations d'une pratique que des capitulaires du VIIIe siècle essayent assez timidement de corriger. Séparations plus ou moins volontaires ou divorces véritables continuent d'être pratiqués surtout par les rois et les grands ; les évêques, s'ils les réprouvent, ne parviennent pas à les empêcher et souvent même renoncent à intervenir. Dans quelques cas, la loi elle-même hésite à imposer l'indissolubilité ; le lépreux, par exemple, peut donner à son conjoint l'autorisation de se remarier ; l'inceste de la femme avec son beau-frère ou du mari avec sa belle-fille rompt le mariage.

3) La lutte contre l'inceste conduit à une théorie des empêchements de parenté. Déjà le Code théodosien avait fait la synthèse de la technique romaine et des idées chrétiennes reprises en partie du Lévitique (XVIII-XX). Pour saint Augustin, le mariage, devant être une semence d'amour et aider à la propagation de la charité, doit unir des personnes qui antérieurement étaient étrangères l'une à l'autre. Les traditions germaniques comme la promiscuité qui devait régner dans les milieux paysans heurtaient les sentiments chrétiens : les conciles prohibent le mariage d'abord entre cousins germains puis, progressivement, entre tous les parents qui pourraient hériter l'un de l'autre. Les textes laïques reprennent les prescriptions en les atténuant quelque peu ; ici encore, les Carolingiens interviennent pour stimuler l'action des évêques contre les incestueux et pour préciser la portée de l'interdiction : elle vise d'abord les parents au sixième degré (romain ; cf. *supra*, p. 84) ; mais, vers le VIIIe siècle, l'Eglise adopta le système germanique des parentèles tout en maintenant le chiffre ancien : ce qui étendait considérablement la

prohibition, le sixième degré canonique équivalant au onzième ou douzième degré romain.

On interdit, au VIIIe siècle, le mariage à raison de la « parenté spirituelle », née du baptême, entre le parrain ou la marraine et leur filleul. Enfin, l'alliance ou affinité résulte de l'idée que, deux époux étant une même chair, chacun d'eux communique sa parenté à son conjoint et cela jusqu'au sixième degré : aucun homme ne peut épouser la femme qu'un de ses parents a eue pour épouse ou un parent de sa première femme. L'affinité pourra même, au IXe siècle, résulter de la simple *copula carnalis*, ce qui étend la prohibition à tous les parents de celui (ou de celle) que l'on a connu charnellement.

4) L'Eglise tolère — comme un remède à l'incontinence — les secondes noces ; mais, en accord avec le sentiment populaire, elle leur marque une certaine défaveur : celui qui se marie deux fois sera qualifié de bigame par le droit classique et ne pourra accéder aux ordres sacrés ; la bénédiction nuptiale a toujours été refusée aux seconds mariages. Un capitulaire de Louis le Débonnaire (BORÉTIUS, t. I, p. 293) dispose que celui qui veut épouser une veuve n'a plus à se conformer à la Loi salique mais doit néanmoins obtenir le consentement des parents de son premier mari.

LA COMPÉTENCE EXCLUSIVE DE L'EGLISE. — Au début du VIIIe siècle, l'état de l'Eglise franque est déplorable : la discipline du mariage n'est plus observée et beaucoup d'évêques laissent faire. Dès leur avènement, les Carolingiens entreprennent de « remettre en vigueur la loi de Dieu et la discipline ecclésiastique » (*Concilia*, t. II, p. 2). Le contrôle de l'évêque et du curé s'étend à toute la vie sociale : ils doivent avertir les fidèles de leurs devoirs, ne pas célébrer le mariage « avant qu'aidés des gens âgés, ils n'aient soigneusement enquêté sur la parenté des conjoints » (*Cap.* de 802). La juridiction de l'évêque apparaît, au IXe siècle, comme l'accomplissement de cette direction morale : elle permet de punir les péchés publics et l'empereur donne à ses comtes l'ordre « d'aider les évêques » (*Cap.* de 829).

Dès le milieu du IXe siècle, la décadence des pouvoirs séculiers permet à l'évêque d'intervenir, mais le progrès de sa

justice est loin d'être continu : au xe siècle, il demeure souvent impuissant en face des grands. Les divorces de Louis V, de Robert II, de Raoul de Valois, de Philippe Ier jalonnent une route pleine d'hésitations. Vers le milieu du xie siècle pourtant, l'autorité morale et sociale des évêques est bien établie et leur rôle judiciaire est incontesté ; ils ont pleine et exclusive compétence pour tout ce qui concerne le mariage et peuvent imposer partout l'application des règles canoniques.

Section II. — Le droit canonique classique

Le mariage-sacrement. — Au lieu de principes et de règles fragmentaires, le droit canonique classique comporte un système complet et parfaitement cohérent auquel le canoniste Roland Bandinelli, devenu le pape Alexandre III (1159-1181), devait donner sa forme définitive. Huguccio le loue d'avoir créé l'unité là où il n'y avait avant lui que diversité (J. Dauvillier, *Le mariage*, p. 17).

Le mariage est un sacrement (saint Paul dit un « mystère », *Eph.*, V, 32) qui produit des effets spirituels et, accessoires mais inséparables de ceux-ci, des effets civils. Tous les chrétiens ont également accès à ce sacrement, qu'ils soient libres ou serfs, hommes ou femmes : l'union de deux esclaves est un véritable mariage ; l'égalité entre les époux est imposée par saint Paul (*Corinth.*, I, 7 ; *Galat.*, III, 26) et elle implique que le mari et la femme soient également astreints au devoir de fidélité.

Pour les canonistes comme pour les théologiens (saint Thomas, *Summa*, Ia, 2ae, qu. 102), l'indissolubilité procède du sacrement et elle demeure absolue : tandis que les Eglises orientales admettent le divorce comme dispense divine sur le fondement du texte de saint Matthieu (J. Dauvillier et C. de Clercq, *Le mariage en droit canonique oriental*, 1936, p. 84-122), l'Eglise occidentale, fidèle à la tradition évangélique, n'admet aucune exception (J. Dauvillier, p. 284) ; en face de la discipline relâchée de certains pays (scandinaves, par exemple), elle maintient l'indissolubilité la plus stricte du lien conjugal.

Pour apprécier l'existence ou la validité de ce lien, les

officialités sont exclusivement compétentes ; elles vont connaître aussi des séparations de corps ou de biens, mais, en outre, de toutes les questions annexes ou accessoires : la légitimité des enfants, le délit d'adultère, les relations pécuniaires entre époux, spécialement la dot et le douaire.

LE MARIAGE-CONTRAT. — L'accord personnel des époux est nécessaire au mariage et c'est en ce sens que les premiers glossateurs (LE BRAS, *Mariage*, col. 2182), les canonistes et saint Thomas lui-même en viennent à le comparer à un contrat : un contrat qui est la matière du sacrement et ne peut en être dissocié.

Mais le mariage n'est réalisé que par l'union des sexes, car seule l'*unitas carnis* lui donne le caractère de sacrement et peut représenter l'union du Christ et de l'Eglise.

Entre ces deux idées, la doctrine du XIIe siècle hésite. Fidèle à sa méthode, Gratien entreprend de les concilier en distinguant comme deux degrés dans le mariage : le mariage est « commencé » *(initiatum)* par l'échange des consentements ; il n'est « confirmé » *(ratum)* que par la consommation qui, seule, le rend indissoluble (C. XXVII, qu. 2). Les canonistes de Bologne assimilent presque le mariage à la vente romaine qui est parfaite par le simple échange de consentements mais ne transfère la propriété que par la tradition (t. I, p. 257). Si un homme a donné son *consensus* successivement à deux femmes, le second mariage sera valable s'il a comporté le *concubitus*.

A cela le théologien Pierre Lombard, contemporain de Gratien, oppose une contradiction précise reprise, d'ailleurs, des théologiens antérieurs (LE BRAS, *Mariage*, col. 2140) : le *consensus* suffit à faire le mariage. Le *sponsus* et la *sponsa* sont de véritables époux et leur mariage est un vrai sacrement — comme celui de Joseph et de Marie — indépendamment de toute consommation. On doit, cependant, rechercher le sens précis des promesses faites : il peut s'agir de *verba de presenti*, c'est-à-dire d'un consentement actuel d'être mari et femme qui donne aussitôt naissance au mariage et permet à l'un des époux de demander à l'autre le *debitum conjugale*. Il peut ne s'agir, au contraire, que de *verba de futuro* qui sont une simple promesse

de mariage et que la pratique a assimilé couramment à des fiançailles.

La pratique gallicane suivait l'opinion de Pierre Lombard et celle-ci sera reprise par le pape Alexandre III qui distinguera nettement le consentement « de futur » et le consentement « de présent ». A Gratien, cependant, on emprunte l'idée que l'indissolubilité absolue n'existe que par la consommation ; jusqu'à celle-ci, le mariage peut être rompu si l'un des époux veut entrer en religion ou obtient pour cause grave une dispense du pape. En revanche, la consommation, s'il n'existe qu'un consentement de futur, fait présumer l'existence du consentement de présent : c'est la théorie célèbre du *matrimonium praesumptum*.

Les fiançailles. — Les *verba de futuro* sont une « fiance », c'est-à-dire une promesse ; le *sponsus* est « promis » ou fiancé ; il est donc tenu de contracter mariage. Comme toute obligation, celle-ci peut être judiciairement sanctionnée ; elle est souvent fortifiée par une dation d'arrhes ou par un serment et matérialisée par l'accord des parties : formules rituelles, jonction des mains, partage d'un gâteau, échange d'anneaux. L'Eglise recommande surtout l'intervention d'un prêtre.

Les fiançailles ne créent pourtant qu'une obligation de faire : elles peuvent être résiliées par consentement mutuel ou même unilatéralement pour un motif grave : mariage ou entrée en religion d'un des fiancés, lèpre ou infirmité, hérésie.

La *desponsatio*, toujours pratiquée, est un véritable consentement matrimonial (Le Bras, *Mariage*, col. 2149) et, au moins dans la pensée d'Alexandre III, elle désigne tout à la fois les *verba de presenti* et *de futuro* (R. Genestal, *RHD*, 1925, p. 173). Elle ne peut être, cependant, pour les impubères qu'une intention qui sera interprétée par les décrétalistes comme volonté de conclure des fiançailles. Ainsi se trouve posé, à propos des fiançailles, le problème classique de la *desponsatio* des impubères.

Les canonistes se sont appuyés sur un texte du Digeste (23, 1, 14) pour autoriser les fiançailles dès l'âge de sept ans. De telles fiançailles étaient souvent négociées par les familles et imposées aux enfants, aux filles surtout, que leurs parents fiançaient parfois à leur insu.

Contre de telles pratiques — qu'il s'agisse de fiançailles ou de mariage — l'Eglise préserve toujours la liberté des enfants : à l'arrivée de la puberté, chaque fiancé peut rompre librement ses fiançailles ; une fille ne peut être fiancée sans sa volonté et elle peut refuser d'exécuter la promesse faite. Gratien exige encore le consentement du père pour le mariage des enfants en puissance ; mais Lombard et les canonistes postérieurs restent dans la logique de leur système en enseignant que le consentement des époux, qui sont les ministres du sacrement, suffit à la validité du mariage ou des fiançailles. Le respect filial doit inciter à demander l'autorisation paternelle, mais celle-ci n'est jamais requise à peine de nullité : pour les choses spirituelles — comme le mariage — les mineurs sont affranchis de la puissance paternelle dès leur puberté. Dès l'âge de sept ans, un mineur peut même conclure des fiançailles sans l'assistance de ses parents.

Les mariages clandestins. — Comme tout sacrement, le mariage suppose des ministres — les époux —, la matière — le contrat — et la forme ; mais celle-ci réside dans les paroles ou signes employés par les époux pour manifester leur consentement : c'est dire que le mariage peut être contracté par procuration et entre absents (E. Blum, *NRH*, 1917, p. 385 ; Bancarel, thèse, 1920), mais surtout qu'aucune cérémonie n'est imposée dès lors que la volonté des époux est certaine.

Normalement, le curé intervient pour recevoir les consentements et pour bénir les époux : c'est la *desponsatio in facie ecclesie* ; on observe des rites qui sont souvent d'origine païenne et que l'Eglise a tolérés comme la *velatio*, imposition d'un voile (ou poêle) ; on rédige un contrat de mariage. Enfin, les noces de villages sont l'occasion de fêtes ou de jeux souvent décrits par les ouvrages de folklore. Il n'empêche que les consentements peuvent être échangés sans témoins (la preuve ne pouvant résulter alors que du serment des parties) et que, même, un secret absolu peut être gardé : on parle alors de mariage clandestin. Dès lors que le consentement existe, de tels mariages sont pleinement valables ; ils seront même fréquents, soit pour ceux qu'un empêchement prohibitif empêcherait de s'unir, soit pour des jeunes gens soucieux de se marier vite et d'éviter le

contrôle de leurs parents : les mésalliances des fils de famille sont toujours clandestines.

Si l'Eglise, pour maintenir chaque conjoint dans sa liberté, n'annule pas de tels mariages, elle est tout au moins d'accord avec le sentiment universel pour les réprouver :

1) Le concile de Latran de 1215 et de nombreux conciles locaux interdisent les mariages clandestins et frappent même d'excommunication les époux et les témoins, et de suspension le prêtre qui y assisterait.

2) Les fiancés doivent faire publier des bans pour annoncer leur union, ce qui permet de dénoncer les empêchements.

3) La présence du curé et de témoins est imposée et l'on précisera qu'il doit s'agir du *proprius parochus*, c'est-à-dire du curé de la paroisse où habite l'un des époux.

Cette publicité devait faciliter la preuve du mariage. Au cas de mariage clandestin, au contraire, une difficulté grave pouvait exister que Luther relèvera longuement : si un premier mariage secret a été contracté, il est valable en droit même s'il ne peut être prouvé ; l'époux qui se remarie *in facie ecclesie* est bigame et son second mariage n'a que l'apparence de la validité ; il doit demeurer dans un adultère perpétuel.

Les empêchements de mariage. — Si le droit canonique n'impose aucune solennité publique pour la formation du mariage, il multiplie, en revanche, les conditions de fond dont la théorie ne prendra qu'au XIIIe siècle sa forme définitive.

Parmi les conditions du mariage, les unes sont nécessaires à la validité du sacrement, leur absence constitue un *empêchement dirimant* dont la sanction ne peut être que la nullité. D'autres, au contraire, doivent être observées à peine de péché mais, si elles ne l'ont pas été, le mariage demeure valide ; leur absence constitue donc de simples *empêchements prohibitifs*.

La liste de ceux-ci n'a jamais été dressée avec précision ; il pouvait s'agir, par exemple, de l'omission des bans ou des publications, de l'inobservation du *tempus feriarum* (Carême, Avent, au cours desquels l'Eglise prohibe le mariage), de la violation de l'interdiction faite par l'Eglise aux auteurs de certains crimes (rapt, inceste, meurtre du conjoint ou d'un prêtre) de contracter mariage.

. Quant aux empêchements dirimants, ils tenaient tous à l'essence même du sacrement, mais pouvaient provenir soit du droit divin ou du droit naturel, soit du droit ecclésiastique. Les canonistes ont couramment assimilé à un empêchement les vices du consentement quoique ceux-ci atteignent l'essence du mariage (ou, comme dit saint Bonaventure, sa cause efficiente) : les parties n'ont pas voulu contracter mariage tandis qu'au cas d'empêchement elles ne le peuvent pas.

LES VICES DU CONSENTEMENT. — Le consentement des époux est le premier élément du mariage et l'on va transposer à la matière les règles romaines sur les vices du consentement.

Sans consentement il n'y a même pas l'apparence d'un mariage : ainsi pour le fou furieux. Si l'on allègue, au contraire, un simple vice la prudence est de règle puisque la connivence des parties est toujours possible et elle pourrait aboutir à une annulation par consentement mutuel. La violence ne doit être retenue que si elle a pu impressionner et elle est toujours couverte par le consentement ultérieur de l'époux violenté. L'erreur sur la fortune ou sur les qualités du conjoint n'est pas dirimante ; seules l'erreur sur la personne et l'erreur sur la condition peuvent justifier une nullité. Au contraire, le dol ne suffit pas à vicier le consentement ; c'est la règle qu'exprime ironiquement une maxime de Loysel (n° 89) : « En mariage, trompe qui peut. »

Les mêmes principes sont, on le sait, applicables aux fils de famille : ils doivent donner un consentement libre, mais la crainte révérentielle de leurs parents ne peut équivaloir à la violence. Pour le mariage des serfs, Lombard exige encore le consentement du seigneur, mais Alexandre III, reprenant la phrase de saint Paul, refuse d'annuler le mariage conclu sans ce consentement : le seigneur peut seulement imposer une amende au serf : la condition servile étant de droit positif ne peut aller contre les règles du mariage qui sont de droit naturel (J. DAUVILLIER, *Le mariage*, p. 187). Pour le mariage de la vassale, les solutions sont plus équivoques ; le pape, comme seigneur temporel, a prétendu autoriser le mariage de ses propres vassales et excommunié celles qui passaient outre.

Les incapacités absolues. — Certains empêchements étaient considérés comme absolus en ce sens qu'ils interdisaient le mariage avec toutes personnes. Ils peuvent tenir soit à la cause finale du mariage qui a pour but la conservation de l'espèce, soit à sa cause formelle qui est le lien de mariage.

1) Le mariage contracté par l'impubère est nul en principe : d'où la fixation d'un « âge légitime » pour lequel l'Eglise reprend les chiffres du droit romain : quatorze ans pour les garçons, douze ans pour les filles. En dessous de cet âge, le mariage était néanmoins valable si l'événement démentait la présomption légale.

2) L'impuissance, d'abord tenue en France comme un cas de divorce, fut considérée par Innocent III comme une cause de nullité, tout au moins si elle était perpétuelle et antérieure au mariage. La preuve étant ici difficile, on recourait soit au serment des conjoints accompagnés de sept parents (c'est la preuve par la « Septième main » empruntée au droit barbare), soit à une expertise. Si par la suite l'époux déclaré incapable contractait un second mariage et le consommait, il était prouvé par là même que le jugement d'annulation avait été mal jugé et le premier mariage devait être, en principe, restauré.

3) L'empêchement peut venir de l'existence d'un mariage (ou d'un lien, *ligamen*) antérieur : le mariage ne peut être dissous que par la mort d'un conjoint et cette mort doit être prouvée : ce qui exclut tout remariage au cas où l'un des époux est captif ou absent.

4) Jusqu'à l'époque grégorienne, il n'existait pas d'empêchement spécial pour le prêtre ou le diacre (G. Dujon, thèse, 1902) : il pouvait bien être déposé et excommunié, mais son mariage demeurait valable. En fait, jusqu'au XIe siècle, en dépit des interdictions des conciles et du sentiment populaire, beaucoup de clercs étaient mariés. Grégoire VII entreprit contre eux une lutte sans merci, allant même jusqu'à ordonner aux fidèles de ne pas obéir aux prêtres concubinaires. Les conciles de Latran de 1123 et 1139 décidèrent que le mariage des prêtres, des diacres et, avec beaucoup d'hésitation, des sous-diacres, était invalide. Gratien admit très nettement l'existence d'un empêchement tenant à l'ordre dont Alexandre III fixa la portée :

les prêtres qui avaient une concubine devraient s'en séparer car leur mariage était nul. Au contraire, les clercs mineurs ne pourront abandonner leurs femmes, mais seront privés de tout bénéfice. On continua d'admettre qu'un homme marié pouvait recevoir l'ordre, à condition d'observer la continence et d'obtenir le consentement de sa femme (qui, si elle était jeune, devait elle-même entrer en religion).

La nouvelle doctrine ne fut reçue, spécialement dans toute l'Europe de l'Est, qu'avec difficulté. Pour les Eglises orientales qui, si elles interdisent le mariage aux prêtres, leur permettent de vivre dans le mariage au cas où ils étaient mariés avant de recevoir les ordres majeurs, Rome admit la légitimité fondée sur la coutume de telles pratiques (puisque l'empêchement édicté par un décret conciliaire tenait à la constitution de l'Eglise et non au droit divin). Les canonistes justifiaient la règle en la rattachant à un vœu tacite de continence impliqué par l'ordination. L' « empêchement de vœu » existe, en effet, depuis Gratien et il concerne normalement les moines puisque la profession religieuse comporte le plus souvent un vœu exprès de chasteté.

5) Le mariage avec un non-baptisé — infidèle ou juif, mais non hérétique — ne peut avoir un caractère sacramentel : il est dirimé par l' « empêchement de diversité de culte ». Quant au mariage contracté entre deux infidèles dont l'un se convertit au christianisme, les canonistes admettent sur le fondement d'un texte de saint Paul (*Corinth.*, I, 7, 12-16) qu'il peut être rompu : c'est le *privilège paulin* qui constitue, en réalité, un cas de divorce.

Les incapacités relatives. — Le droit franc avait étendu fort loin les empêchements de parenté et il avait multiplié les empêchements d'affinité au point d'y comprendre les alliés des alliés. Le droit classique, tout en ne tombant pas dans les mêmes excès, garde l'idée que les époux doivent être totalement étrangers l'un à l'autre. Les *verba de futuro* créent entre un fiancé et les parents de l'autre l'empêchement dit d'honnêteté publique : la prohibition existait dans le droit romain qui défendait au fils d'épouser la fiancée de son père ou au père d'épouser la fiancée de son fils (D., 23, 2, 12, 1 ; 42, pr.) et elle fut étendue par Gratien à

tous les parents que le mariage des fiancés aurait rendus incapables. L'*honestas* interdit anciennement le mariage à la femme adultère, mais le droit classique restreint la prohibition au cas où un individu aurait machiné la mort de son premier conjoint pour contracter un nouveau mariage.

La parenté — *cognatio* — demeure la source essentielle d'empêchement, qu'il s'agisse de la consanguinité ou parenté naturelle, de la parenté légale résultant d'une adoption ou de la parenté spirituelle provenant de la participation de deux personnes aux sacrements de baptême ou de confirmation :

a) La consanguinité étendue jusqu'au septième degré canonique avait, surtout pour des communautés rurales fermées, d'immenses inconvénients ; aussi le concile de Latran de 1215 la restreignit-elle au quatrième degré ; il fallait, d'ailleurs, considérer non la parenté légitime mais la parenté naturelle.

b) L'empêchement né de l'adoption est formulé par Gratien, mais il est limité à la ligne directe et, en ligne collatérale, aux frères et sœurs adoptifs.

c) La parenté spirituelle, plus « digne » que la parenté naturelle, crée un empêchement entre parrain et filleul, entre le père et la mère d'un enfant baptisé ou confirmé et sa marraine ou son parrain (mais non entre parrain et marraine) ; enfin, entre le baptisé et les enfants du parrain considérés comme ses frères et sœurs spirituels.

Quant à l'affinité, elle est étendue aussi loin que la parenté et se compte par degrés comme celle-ci.

Les dispenses. — L'extension ainsi donnée à l'empêchement de parenté créait des difficultés fréquentes d'autant que l'absence d'état civil permettait les fraudes les plus étranges, mais aussi les surprises les plus fâcheuses.

A cela la pratique des dispenses n'apportait qu'un remède très limité. Le droit canonique a toujours opposé la « rigueur du droit » et la « miséricorde » due aux personnes. Il a admis, en conséquence, que le pouvoir de faire une loi générale — qui appartient à l'époque classique au pape — comporte forcément le droit de dispenser par une mesure gracieuse de son application. Tout empêchement de mariage qui ne vient pas du droit naturel ou du droit divin peut être levé par une dispense.

Alexandre III admet encore que le droit de dispense peut appartenir aux Eglises locales, mais dès 1200 il est nettement réservé au pape. Il s'agit le plus souvent de permettre le mariage entre parents ou alliés au troisième ou quatrième degré. Les dépouillements faits par M. Dauvillier (*Le mariage*, p. 212-221) montrent que les dispenses concernaient de très grands personnages mais aussi qu'elles demeuraient, aux XIIIe et XIVe siècles, relativement rares, une vingtaine par an tout au plus.

Les nullités. — L'existence d'un empêchement dirimant permet aux deux époux de demander la nullité du mariage. L'action aurait dû appartenir, au moins pour la violation des règles venant d'une prohibition de l'Eglise, même aux tiers ; par crainte de scandale, on limite, cependant, l'exercice de cette action aux parents et on prescrit au juge, non sans hésitation, de se saisir d'office : c'est l'*accusatio matrimonii* analogue à l'action en nullité donnée aujourd'hui au ministère public.

La nullité du mariage étant radicale, il s'ensuit logiquement que l'action est imprescriptible et qu'en revanche le jugement ne peut jamais acquérir l'autorité de la chose jugée : que la nullité ait été ou non prononcée, de nouveaux faits pouvaient toujours être invoqués. Quiconque a connaissance d'un empêchement dirimant ou prohibitif doit le faire connaître ; c'est une obligation de conscience, toujours rappelée à l'occasion de la publication des bans, et non une véritable opposition au mariage.

Les effets du mariage. — Les canonistes ont toujours admis la supériorité et l'autorité du mari : la femme doit suivre son mari, même en prison, même s'il est vagabond (tout au moins si elle le connaissait comme tel lors du mariage). L'obligation de cohabitation est si rigoureuse que chaque époux peut demander à l'autre la prestation du *debitum conjugale* et cela même au cas où le demandeur est atteint de lèpre : les canonistes admirent sur le fondement d'un texte de saint Paul (*Corinth.*, I, 7, 4) que l'action était une action pétitoire et qu'on pouvait aussi user du remède possessoire, chaque conjoint ayant sur l'autre un véritable droit réel. De là procède la règle que l'entrée dans les ordres ou le vœu de continence doivent être autorisés par le conjoint.

Le mariage suffit à prouver la légitimité des enfants ; mais il légitime, en outre, les enfants naturels nés des époux avant leur mariage. La légitimation par mariage subséquent était connue du droit romain et elle était demeurée en usage : lors de la bénédiction nuptiale, les enfants étaient mis sous le voile nuptial, ce qui fera dire à Loysel (nº 40) : « Enfants nés avant le mariage mis sous le poêle sont légitimés. » La décrétale *Tanta vis* d'Alexandre III (X, 4, 17, 6) rattache à la « force du mariage » le fait qu'il opère de plein droit la légitimation des enfants au moins si ceux-ci sont nés de parents libres de tout lien et non *ex damnato coitu*.

Au cas où la nullité d'un mariage est prononcée, les enfants qui en sont nés sont, au contraire, tenus pour des bâtards. Leur situation parut, cependant, digne d'intérêt aux théologiens qui, si leurs parents ou tout au moins l'un d'eux avaient été de bonne foi, les considéraient comme légitimes (Le Bras, *Mariage*, col. 2147) : d'où la théorie du mariage putatif admise d'abord par la pratique gallicane et généralisée par Alexandre III. Au début du xvᵉ siècle, on permit même à l'époux de bonne foi de conserver les bénéfices pécuniaires qu'un mariage valide lui aurait donnés.

Le divorce. — L'idée de sacrement suffit désormais à fonder l'indissolubilité absolue. Le lien, s'il existe, ne peut jamais être rompu. Le privilège paulin est justifié par là même puisque le mariage avec un infidèle n'est pas sacramentel. Quant au mariage non consommé, ne réalisant pas l'unité de chair, il peut parfois être rompu par une dispense du pape.

Le mot *divortium* continue d'être employé néanmoins, mais pour désigner soit la séparation des époux prononcée par un jugement de nullité du mariage, soit une institution nouvelle, la « séparation du lit et de la table » *(separatio quoad torum et mensam)* que nous appelons la séparation de corps. Elle peut être amiable, mais seulement si les époux font vœu de continence ou entrent en religion ; elle est, au contraire, prononcée par le juge dans quelques cas où l'on avait admis anciennement la rupture du lien : l'adultère de l'un des époux, la « fornication spirituelle », c'est-à-dire l'hérésie ou l'apostasie du conjoint. On ajoutera au xvᵉ siècle le cas de haine capitale si la vie commune

devient dangereuse pour l'un des époux à raison des sévices de l'autre.

Les séparations amiables demeurent rares et elles sont, en principe, interdites. Pourtant, vers le milieu du XVe siècle, les notaires en viennent à dresser des actes de séparation et parfois même les font entériner par l'official.

LES CRITIQUES DES HUMANISTES. — La théorie canonique du mariage, rigoureuse et parfois subtile, avait dominé toute la vie sociale du Moyen Age : les préceptes avaient été souvent mal appliqués ; ils n'avaient jamais été ouvertement niés.

Au contraire, les humanistes vont s'attaquer au fondement même de l'institution et, aux exigences spirituelles, opposer celles de la vie quotidienne. A la préoccupation du salut, ils opposent celles du bonheur, mais ajoutent, attaquant les canonistes sur leur propre terrain et usant contre eux de leur propre subtilité, que la poursuite de l'absolu est souvent génératrice de péché ; rien n'est plus funeste à la paix des familles ou des consciences que de leur imposer des lois qui les blessent.

Erasme entremêle ses attaques du monachisme et du célibat des prêtres d'éloges du mariage ; Pierre Lombard devient pour lui le « rhapsode » bien intentionné mais ignare ; il s'évertue, en interprétant le texte de saint Paul, à enlever au mariage le caractère de sacrement (affirmé nettement en décembre 1439 par le concile de Florence) ; il conteste la compétence des officialités et critique leur « juridisme » ; enfin, dans une série de libelles écrits entre 1516 et 1526, il s'attaque dans le détail aux règles canoniques. Elles font régner selon lui une confusion extrême dans la matière du mariage : la liberté des époux est prise dans le filet de prescriptions purement humaines au point qu'on en vient à admettre les mariages forcés comme les mariages clandestins. Le consensualisme peut conduire à préférer un mariage secret au mariage véritable qu'on qualifie d'adultère. On insinue par là que l'Eglise n'a pas à juger, car sa justice qui confond for interne et for externe ne peut être que boiteuse. Chacun des empêchements est critiqué et souvent tourné en ridicule : on permet, par exemple, à un septuagénaire d'avoir une épouse de douze ans mais non à un filleul de se

marier avec la fille de son parrain. Le divorce devrait être permis au moins au cas d'adultère.

Les intentions sont certaines encore qu'elles soient prudemment voilées : l'Eglise a exalté le monachisme et le célibat en les jugeant meilleurs que le mariage ; elle a fait de celui-ci un sacrement pour établir sa mainmise sur la vie des familles et elle est ainsi responsable du discrédit où il est tombé et des abus qui sont commis. Pourtant l'homme qui a voulu faire l'ange demeure soumis nécessairement à la concupiscence puisque l'instinct est irrésistible ; il faut désormais faire du mariage comme un mystère platonicien, l'expression parfaite de la parfaite amitié de l'homme et de la femme : la forme accomplie de l'*affectus animi* réside dans l'*affectus conjugalis* qui doit transformer la loi du mariage en une loi douce et appropriée à notre nature.

Luther et Calvin. — Moins irénique qu'Erasme, Luther le rejoint et parfois le précède dans ses critiques. Il rompt en 1520 avec la théologie sacramentaire et, désacralisant le mariage, il le laïcise ; le mariage est bien, comme l'organisation politique, institué par Dieu ; il est supérieur à tous les autres états et permet mieux que la « moinerie » l'exercice des vertus chrétiennes ; mais il est le cadre naturel de la vie sociale et l'Eglise ne peut prétendre le régir et y introduire sa honteuse casuistique. Le consensualisme permet les unions clandestines alors que le mariage (qui est une « affaire du monde ») ne peut être qu'un état public. Il faut laisser à chaque pays et à chaque ville, aux princes et aux magistrats, le droit d'en fixer les formes et les effets. L'antijuridisme foncier de Luther s'exprime contre la « tyrannie » des règles canoniques : « La charité n'a que faire des lois » et les causes matrimoniales sont affaire de conscience et de foi.

Calvin va, au contraire, fonder une orthodoxie nouvelle : il reprend les critiques d'Erasme et de Luther, mais pour aboutir à des règles très fermes qui seront suivies à Genève mais aussi par les protestants français :

1) Le mariage se forme par les « promesses » souvent reçues par un notaire dans le contrat de mariage, mais il est « consommé » par la solennisation à l'église. Celle-ci n'ajoute

rien au consentement, qui doit être rassis car le mariage est une chose sérieuse et dont elle assure, par le contrôle du consistoire, la publicité.

2) Le mariage des mineurs conclu sans l'autorisation de leurs parents est nul ; en revanche, les parents ne peuvent contraindre leurs enfants au mariage.

3) Le divorce n'est admis qu'au cas d'adultère et la discipline française n'alla pas au-delà. Luther, au contraire, admettait le divorce chaque fois qu'un époux est « fidèle de nom mais infidèle de fait » : mieux vaut la rupture que des disputes incessantes.

La réforme catholique : le concile de Trente. — Le concile de Trente va réaliser l' « aggiornamento » de l'Eglise en promulguant, en 1563, après quelque quinze ans de discussions, le décret *Tametsi*.

Dès 1547, les pères avaient proclamé, contre les thèses protestantes, que le mariage était bien un sacrement de la nouvelle loi et qu'il conférait la grâce. Des discussions suivirent sur la matière, la forme et les ministres du sacrement et sur les rapports de celui-ci et du contrat (Le Bras, *Mariage*, col. 2231). Quelques réformes de détail restreignirent la portée de la *cognatio spiritualis* qui n'existe plus qu'entre le parrain ou la marraine et le filleul ou ses parents. Au cas de rapt, un nouvel empêchement est créé : la fille ravie ne peut épouser valablement son ravisseur tant qu'elle est sous son pouvoir.

Sur deux points longuement discutés, le concile maintint les solutions anciennes : même au cas d'adultère, le divorce est interdit sans qu'on indique nettement s'il s'agit d'un dogme ou d'une règle de discipline. Le mariage des prêtres est prohibé mais seulement par le droit humain, ce qui permet à la fois aux Eglises orthodoxes de garder leurs coutumes propres et au pape de dispenser, le cas échéant, du célibat.

En définitive, la seule réforme importante concerna la question qui heurtait le plus le sentiment public : la clandestinité du mariage fut réprouvée. L'accord des époux est sans valeur s'il n'est solennisé en présence de leur propre curé et de deux témoins. L'assistance de ceux-ci n'est pas seulement requise pour faciliter ultérieurement la preuve du mariage, elle

est de la nature du contrat et l'on admet que les conjoints sont incapables de contracter seul à seul : la clandestinité devient un empêchement dirimant permettant l'annulation du mariage.

Le curé doit interroger les époux et leur donner la bénédiction nuptiale, mais cela n'est pas de l'essence du mariage : il suffit à la validité du mariage que le curé soit présent car il est témoin et non ministre du sacrement.

Le concile précise, en outre, les règles de publicité des promesses de mariage : trois bans doivent être publiés au domicile de chacun des époux ; mais s'ils ne l'ont pas été, la nullité du mariage n'est pas prononcée. En outre, chaque curé doit tenir « un livre dans lequel il enregistrera les noms des conjoints et des témoins, le jour et le lieu où le mariage a été contracté » : le registre fait preuve du mariage, mais celui-ci peut aussi être prouvé par témoins ou par commune renommée.

Les mariages clandestins étaient le plus souvent contractés par des enfants de famille à l'insu de leurs parents. L'opinion était hostile à de tels mariages et elle fut longuement exprimée par les prélats français ; cependant, les pères du concile demeurèrent fidèles à la discipline ancienne ; le consentement des parents n'est jamais requis pour la validité du mariage des enfants ; ceux-ci, dès leur puberté, peuvent contracter librement et valablement. Le concile se borne à affirmer que l'Eglise a toujours « détesté et prohibé de tels mariages ».

Le décret *Tametsi* visait tous les catholiques de rite latin et il n'était obligatoire que dans les paroisses où il avait été publié : ce qui ne fut fait ni dans les pays protestants, ni dans les pays de mission. En Alsace, par exemple, le décret était en vigueur dans certaines paroisses et ne l'était pas dans d'autres : il en résultait pour celles-ci que les époux pouvaient valablement échanger leur consentement devant un magistrat civil.

La difficulté se présentait fréquemment au cas de mariage mixte ou même — le baptême opérant au regard du droit canonique même s'il est conféré par un hérétique ou un schismatique — du mariage de deux protestants. Là où le concile de Trente n'avait pas été publié, le seul consentement opérait

le mariage ; au contraire, là où le décret *Tametsi* était applicable, la présence du curé était nécessaire à la validité, et le mariage contracté par deux protestants devant un magistrat ou un pasteur était donc nul au regard du droit canonique et les enfants étaient illégitimes. La question créait aux Pays-Bas, où le décret de Trente avait été publié sous la domination espagnole, de telles difficultés que le pape Benoît XIV déclara en 1741 que le concile n'avait pas eu l'intention d'introduire l'empêchement dirimant de clandestinité ; le simple accord de volonté intervenu soit entre protestant et catholique, soit entre deux protestants suffit à la validité de leur mariage. Le même privilège fut étendu à l'Irlande, à la Prusse, à la Russie, mais il ne concerna jamais la France.

Section III. — La pratique gallicane

La pratique laïque au Moyen Age. — La compétence exclusive des officialités avait assuré, aux XIIe et XIIIe siècles, l'application stricte des règles canoniques ; mais tant d'intérêts matériels dépendent du mariage que les officialités en étaient venues à s'occuper d'actions purement pécuniaires : douaire, liquidation de communauté, recel de biens communs, séparation de biens, et aussi de délits dits mixtes : adultère, bigamie ou concubinage.

On conçoit qu'il y ait toujours eu des querelles de frontières et que les baillis royaux aient vite revendiqué pour de telles affaires à la fois la compétence et la connaissance du fond. Beaumanoir (nº 333) ne discute pas que la légitimité des enfants soit appréciée par le juge d'Eglise, mais il n'en indique pas moins que si la question se pose incidemment pour une succession féodale, le juge laïque peut la trancher (nº 578). Les officialités vont perdre de même la compétence exclusive qu'elles avaient revendiquée sur les causes des veuves, sur l'attribution des douaires ou les restitutions de dot. Au XIVe siècle, le Parlement intervient dans de telles affaires et peut même, à l'occasion, juger la validité d'un mariage (*Olim*, t. III, p. 1012). Il ne le fait, cependant, qu'en appliquant les

règles canoniques dont il a manifestement une connaissance rigoureuse.

Sur un point, le conflit est déjà latent à la fin du Moyen Age entre les deux juridictions : l'Eglise soustrait l'enfant dès sa puberté à la puissance paternelle ; la tendance laïque est, au contraire, de renforcer celle-ci et de n'admettre le mariage des enfants de famille que s'il a été autorisé par leurs parents. Ces idées sont exprimées dans les coutumes du Midi toujours plus fidèles à l'idée romaine de puissance paternelle (Labourt, XII, 10 ; Soule, XXVII, 26 ; Bordeaux, IV, 43). Elles sont développées avec force par Du Moulin qui reprend contre le mariage canonique les critiques des réformés (*Ann. in Decretales*, t. IV, p. 174 et t. V, p. 203).

Les idées gallicanes. — Au XVe siècle, la « ruine de l'Eglise », cause ou conséquence du grand schisme, avait permis au roi d'intervenir à tout moment dans l'administration ecclésiastique. Même dans le domaine des sacrements, les incursions des Parlements sont continues : elles sont légitimées par la Pragmatique Sanction et le Concordat de 1516 et empruntent la procédure de l'appel comme d'abus. De ce fait, le clergé perd toute autonomie et, dans la crainte du protestantisme, accepte la toute-puissance du roi.

Les abus incontestables commis par les officialités, les défaillances des mœurs et un zèle souvent sincère de réforme, l'aiguillon des critiques des humanistes et des réformés expliquent assez les ingérences laïques. Fait plus grave, la loi religieuse — surtout en ce qui concerne les mariages clandestins — ne répond plus aux besoins ou aux désirs de la société civile que les évêques français défendent sans succès devant le concile. L'intervention de la royauté fut provoquée par le mariage du fils du connétable de Montmorency qui, s'étant marié clandestinement, voulait faire annuler ce mariage pour épouser une fille naturelle d'Henri II. Le pape ayant tardé à accorder la dispense demandée, le roi fit publier l'édit de février 1556 « sur les mariages clandestins ». Les règles de cet édit seront précisées par les ordonnances d'Orléans de 1560 et de Blois de 1579, par une déclaration de 1639 et par un édit de 1697 ; le mariage apparaît au roi « le séminaire des états, la source et l'origine de

la société civile » ; l'ordre public est donc intéressé à ce que « la naturelle révérence des enfants envers leurs parents soit le lien légitime des sujets envers leur souverain ».

C'était donner aux Parlements, qui n'étaient que trop tentés de le faire, l'occasion d'intervenir et le moyen d'édifier une théorie gallicane du mariage. Le contrat est désormais opposé au sacrement dont il est la matière ; il faut que l'union soit « contractée suivant les lois reçues dans la société civile » pour devenir sacrement. Le roi, quand « il donne des lois au mariage, ne touche pas au sacrement » ; il ne vise « que les effets civils et ne touche pas le lien de la conscience » ; mais il a le « pouvoir distinct et indépendant d'établir des empêchements dirimants au mariage à raison du contrat civil ». Le juge d'Eglise reste bien compétent pour tout ce qui touche le lien, c'est-à-dire le sacrement ; mais les juges royaux ont la connaissance de toutes les « questions de fait », contravention aux ordonnances royales, clandestinité ou rapt ; en outre, par la voie de l'appel comme d'abus, les Parlements peuvent contrôler les procédures des juges d'Eglise car les princes sont « les protecteurs des canons » et ils doivent « faire observer les lois qu'ils ont faites pour le bien public » (DURAND DE MAILLANE, v° *Mariage*).

LOI ET PRATIQUE SÉCULIÈRES. — S'étant ainsi institués « protecteurs des canons », le roi et le Parlement vont tenir la main à leur application, en droit et en fait, et parfois la compléter :

1) Le concile de Trente n'ayant pas été reçu en France, des ordonnances royales vont reprendre ses prescriptions : la publication des bans est imposée par l'ordonnance de Blois de 1579 (art. 40), les dispenses devant demeurer exceptionnelles et être publiées au greffe (ce qui fit créer en 1697 des offices de « contrôleurs aux bans » vite supprimés). Au XVIIe siècle, les Parlements jugent que le défaut de publication constitue non un empêchement prohibitif, mais un empêchement dirimant au moins pour les mineurs.

Le mariage doit être contracté publiquement en présence du curé de la paroisse et de quatre témoins (au lieu de deux imposés par le concile).

Le concile de Trente avait exigé la présence du curé, mais non sa participation à la cérémonie, ce qui permit à un certain Gaulmin de faire dresser l'acte de mariage par un notaire en contraignant le curé par la force ou la menace d'en être témoin. Au XVIIe siècle, les Parlements annuleront les mariages « à la Gaulmine » en exigeant l'assistance active du curé. Ils tireront même argument du texte de la déclaration de 1639 pour imposer, si les deux époux n'étaient pas de la même paroisse, la présence des deux curés : le dévouement que ceux-ci avaient en général pour les familles riches apparaissait comme une sauvegarde si utile que leur absence entraîne la nullité du mariage.

L'ordonnance de Villers-Cotterets de 1529 (art. 50-56) n'avait prévu que la tenue de registres de baptêmes et de sépultures. L'ordonnance de Blois (art. 40 et 181) ajoute les registres de mariages en ordonnant le dépôt d'un double au greffe royal. Le Code Michau prohiba la preuve testimoniale du mariage qui demeurait admise au moins pour les paysans. Enfin, l'ordonnance de 1667 (tit. XX) et une déclaration du 9 avril 1736 fixèrent les règles définitives qui seront reprises par le Code civil.

2) Les questions de fait permettent au juge laïque d'intervenir dans chaque litige. Loysel (n° 88) constate ironiquement : « Les mariages se font au ciel et se consomment en la terre » ; les procès de nullité pour impuissance sont aussi portés, depuis la fin du XVIe siècle, devant le Parlement (qui admet le « congrès » comme moyen de preuve, mais, le jugeant avec raison « déshonnête », l'abandonnera en 1677 et même fera défense aux officialités d'en user). Pour l'adultère, les juges laïques qui avaient toujours retenu leur compétence font maintenant défense aux officialités de connaître du délit et réputent même que l'adultère commis par un prêtre est un cas privilégié. L'existence des empêchements et les dispenses qui peuvent être conférées à leur sujet sont vérifiées par les Parlements ; un arrêt de 1659 interdit, par exemple, le mariage d'un oncle et de sa nièce autorisé par le pape.

Enfin, tout ce qui concerne les effets civils du mariage ressortit aux justices royales : elles peuvent, tout en réservant

la question du lien, dénier tout effet civil à un mariage ou, au contraire, reconnaître le caractère putatif à un mariage nul pour donner effet aux conventions matrimoniales ou maintenir la légitimité des enfants.

3) Enfin, les ordonnances royales créèrent un nouvel empêchement de mariage visant les enfants de famille. L'édit de 1556, repris par l'ordonnance de 1579, fixe la majorité pour contracter mariage à trente ans pour les hommes et à vingt-cinq ans pour les femmes ; même après cet âge, les enfants doivent solliciter l'avis de leurs parents. La sanction normale résidait dans le droit des parents d'exhéréder leurs enfants ou de révoquer les donations qu'ils leur avaient faites (*infra*, p. 525). Une déclaration de 1639 avait ajouté, pour le mineur de vingt-cinq ans, la privation de toute succession de ses ascendants ou de ses collatéraux et la nullité de toutes les donations ou legs qu'il pourrait faire lui-même à ses propres enfants.

A ces sanctions civiles, les ordonnances de 1560 et de 1579 ajoutèrent une sanction pénale : seront punis de mort « sans espérance de grâce ou de pardon tous ceux qui auront suborné un fils ou une fille mineurs de vingt-cinq sous prétexte de mariage ou autre couleur sans le gré, vouloir ou consentement exprès des pères, mères et des tuteurs ». Loysel (n° 114) dira : « Il n'y a si bon mariage qu'une corde ne rompe » ; mais plus que la mort du ravisseur, c'est la nullité du mariage que l'on souhaite et que les Parlements parviendront à imposer par la théorie du rapt de séduction.

Le rapt de séduction. — L'édit de 1565 déclarait qu'un mariage contracté sans le consentement des parents était « une transgression de la loi et commandement de Dieu ». Pasquier (*Lettres*, III, 1) reconnaît que cette disposition n'entraîne pas la nullité qu'admettent, néanmoins, le Toulousain Coras (*Mariage des enfants de famille*, Toulouse, 1557), Du Moulin (*Opera*, t. V, p. 357) et de nombreux auteurs gallicans.

La jurisprudence va aboutir à la même solution par une voie oblique. Le concile de Trente avait décidé, on le sait (p. 201), que le rapt était un empêchement au mariage ; on admet que le défaut de consentement des parents doit faire

présumer qu'il y a eu rapt non pas commis avec violence, mais accompli par séduction et, cette présomption admise, la nullité du mariage peut être ramenée aux prescriptions du concile. Les Etats généraux de 1576 et de 1614, le Code Michau se réfèrent aux « sains décrets canoniques », mais pour y découvrir la nullité du mariage conclu « avec ceux qui auront ravi et enlevé lesdites veuves, fils et filles ». Les auteurs des *Conférences de Paris*, rédigées en 1714 sur l'ordre de l'archevêque de Paris, reprennent la même doctrine à laquelle Daguesseau (*Plaid.*, XXX) et Pothier (*Mariage*, n° 323) donneront son expression définitive :

1) Le consentement des parents était nécessaire au mariage de tous les mineurs de vingt-cinq ans. Si l'enfant est orphelin, le tuteur doit donner son autorisation après avoir pris l'avis de la famille, mais le tribunal jouit d'un pouvoir d'appréciation. Il en était de même au cas de dissentiment du père et de la mère.

2) Il appartenait au ministère public de poursuivre d'office le crime. La peine de mort n'était pas prononcée (si ce n'est pour « l'atrocité des circonstances »). Car le rapt n'est qu'un moyen technique permettant — au père et à la mère mais non aux époux — de demander par la voie de l'appel comme d'abus la nullité du mariage. Les parents pouvaient, cependant, manifester par leur attitude qu'ils avaient pardonné à leur enfant.

3) Le rapt de séduction entraînait, enfin, les peines pécuniaires prévues par les ordonnances : les enfants devenaient indignes à jamais de toute succession. Les mêmes peines frappaient les enfants de plus de vingt-cinq ans et de moins de trente qui n'avaient pas obtenu le consentement de leurs parents (mais non de leur tuteur). A trente ans, les enfants doivent user des « sommations respectueuses » ; après une permission du juge, le futur époux se rend, avec deux notaires, au domicile de ses parents pour leur demander leur consentement ; mais si leur réponse est négative, il peut passer outre sans encourir l'exhérédation.

Le but recherché par cette jurisprudence est ouvertement de réprimer les mésalliances ; les magistrats exercent une sorte

de censure des mœurs, prononçant le plus souvent la nullité si les époux étaient de condition différente.

LA SÉPARATION DE CORPS. — Les Parlements maintiennent toujours l'indissolubilité. Même la mort civile, qui rend celui qui la subit incapable des actes civils, ne rompt pas le mariage. Les pactes de séparation amiable demeurent prohibés.

Tous les auteurs gallicans reconnaissent que c'est, en principe, aux juges d'Eglise à connaître de la séparation *quod thorum*, mais « comme ces sortes de séparation entraînent toujours ou une réparation du crime qui y donne lieu, ou des discussions d'intérêt, cette compétence des juges d'Eglise se réduit presque à rien dans la pratique » (DURAND DE MAILLANE, v° *Séparation*).

En fait, les motifs de séparation sont laissés à l'appréciation du juge. L'aveu du conjoint n'est jamais regardé comme une preuve suffisante pour ne pas permettre les séparations amiables. Quant à la séparation de biens, elle ne produit d'effets que quant aux intérêts civils et ne change en rien la situation des conjoints par rapport au mariage.

LA LÉGITIMATION. — En droit canonique, la légitimation était considérée comme un effet nécessaire du mariage, ce que la pratique laïque hésite à admettre. Elle fait dépendre la légitimation de la volonté des parents ; c'est dire qu'elle implique, comme aujourd'hui, une reconnaissance préalable qui peut être faite de quelque manière que ce soit. Ni un mariage *in extremis*, ni un mariage putatif ne suffisent — contrairement à la doctrine canonique — à permettre une légitimation.

L'enfant légitimé, pourvu qu'il ait été conçu pendant une période où ses parents pouvaient contracter un mariage valable, a les mêmes droits successoraux qu'un enfant légitime.

La légitimation par le pape ne pouvait avoir trait qu'aux ordres et bénéfices ecclésiastiques. Le roi, au contraire, possédait le droit souverain de légitimer des bâtards à l'effet de succéder, mais ce droit se bornait, aux XVIIe et XVIIIe siècles, à exclure le fisc.

SECTION IV. — Le droit intermédiaire

LES IDÉES NOUVELLES. — Au XVIIIe siècle, la compétence des cours d'Eglise était devenue presque théorique. Toutes les questions relatives au mariage ressortissaient aux Parlements dont la jurisprudence, pourtant empreinte d'un rigorisme tout janséniste, avait accrédité l'idée que le mariage étant avant tout un contrat civil. Cette idée, les philosophes vont la reprendre et développer toutes ses conséquences. Pour Montesquieu, les « mariages étant de toutes les actions humaines celle qui intéresse le plus la société, il a bien fallu qu'ils fussent réglés par les lois civiles » et le divorce « a ordinairement une grande utilité politique » (*Espr. Lois*, XVI, 15 ; XXVI, 13). « Le mariage », écrit Voltaire (*Dict. philosophique*, vo « Mariage »), « est un contrat du droit des gens dont les catholiques romains ont fait un sacrement. Lorsque le contrat se trouve conforme au droit des gens, il doit produire ses effets civils. » Mais « pourquoi un lien pourri serait-il indissoluble ? ».

Aux pratiques de la noblesse et de la haute bourgeoisie, on oppose les vues idylliques d'une loi naturelle qui fonderait le mariage sur la libre volonté et sur l'amour et permettrait de rompre les unions malheureuses. On attaque, au nom de la raison et de l'humanité, les vœux monastiques et l'indissolubilité du mariage ; vers 1770, les projets de réforme se multiplient. Le maréchal de Saxe propose le mariage à terme, ce qui permettra à chacun d'avoir six enfants et à la France de compter, en 1930, 978 millions d'habitants. Diderot, dans le *Supplément au voyage de Bougainville*, vante l'union libre et éphémère d'Otaïti et déclare que « rien n'est plus insensé qu'un précepte qui proscrit le changement qui est en nous en enchaînant pour jamais deux êtres l'un à l'autre ». Dans la *Suite au rêve de d'Alembert*, il va plus loin encore, reconnaissant, il est vrai, que « sa doctrine n'est pas bonne à prêcher aux enfants ni aux grandes personnes ».

La convocation des Etats généraux provoqua une recrudescence de libelles dont les plus célèbres émanent du futur Philippe-Egalité (en réalité, de Sieyès) et de l'avocat Linguet :

l'institution du divorce est réclamée comme un facteur de régénération sociale : « On ne sera plus contraint de chercher dans le vice des plaisirs qu'on pourra trouver dans des unions légitimes. »

Les cahiers des Etats généraux révèlent, cependant, combien ce mouvement était superficiel. Le mariage religieux garde son prestige à la campagne tandis que « les gens de bel air sont bien aisés d'apprendre que le mariage est une convention et un préjugé » (H. TAINE, *Origines*, t. I, p. 372).

LA LAÏCISATION DU MARIAGE. — Louis XVI, à la suite d'un vœu de l'Assemblée des Notables, avait rendu leurs droits civils aux protestants (édit du 19 novembre 1787). Les actes de l'état civil les concernant pouvaient être, au choix des intéressés, déclarés soit au curé catholique agissant comme simple officier de l'état civil, soit au principal juge du lieu. Les mariages antérieurs à 1787 devaient être régularisés de la même façon.

L'Assemblée constituante ayant proclamé la liberté de culte, la Constitution de 1791 (tit. II, art. 7) en déduit que le mariage est un contrat civil ; il doit être « constaté », « pour tous les habitants sans distinction », par des officiers publics. Durand de Maillane, devenu député, avait rédigé un projet de réforme qui rendait le mariage civil obligatoire et le mariage religieux facultatif ; mais la constitution civile du clergé en retarda le vote : on craignit, en enlevant aux prêtres constitutionnels la tenue de l'état civil, de diminuer encore leur autorité. La discussion reprise dans un climat d'émeute, après le 10 août 1792, fut conclue par le vote de la loi du 20 septembre 1792.

Cette loi — qui porte la date du jour où se réunit la Convention — confiait l'état civil aux municipalités et contenait un titre entier sur le mariage ; elle fixait à quinze ans pour les hommes et à treize pour les femmes l'âge nécessaire pour le contracter ; pour les mineurs de vingt et un ans, le consentement du père, de la mère, ou à défaut celui des cinq plus proches parents, était exigé. Le mariage était permis en ligne collatérale, sauf entre frère et sœur ; il devait être publié huit jours avant la célébration ; enfin, il était célébré à la maison commune en présence de quatre témoins : les époux déclaraient leur volonté et l'officier d'état civil leur en donnait acte au nom de la loi.

Pour frapper l'imagination, une cérémonie laïque était prévue. Le mariage devait être contracté devant le peuple réuni. L'officier public, la constitution à la main, disait aux futurs époux : « Salut citoyens libres, ayez toujours sous les yeux la loi qui vous unit en légitime mariage par des nœuds que l'amitié seule et vos intérêts doivent rendre indissolubles. » Les époux répondaient : « Vive la liberté, vive la Nation ! Que les bons citoyens bénissent notre union... » (tit. VI, art. 6-3).

Il ne restait rien de l'ancien empêchement de vœu et les prêtres ou les religieuses pouvaient librement contracter un mariage civil. La loi du 13 fructidor an VI, relative à la célébration du décadi, disposa que la célébration des mariages aurait lieu le décadi dans le local désigné pour la réunion des citoyens : des hymnes, des discours moraux, des exercices militaires, des danses et des jeux publics devaient rehausser la cérémonie.

L'INSTITUTION DU DIVORCE. — Une autre loi du 20 septembre 1792 établissait pour les époux la faculté de divorcer. Dès lors qu'il était considéré comme un simple contrat, le mariage en avait forcément la fragilité : mais devait-on laisser la liberté aux époux de manifester leur *mutuus dissensus* et admettre le divorce par consentement mutuel ? Préserver la liberté de chaque époux par la possibilité d'une répudiation unilatérale ? Ou, au contraire, considérer le mariage comme une « institution politique » qui ne peut être rompue que pour une juste cause ?

La loi de 1792 admet à la fois les trois idées : le divorce était possible à la demande d'un seul époux alléguant l'incompatibilité d'humeur, par consentement mutuel et pour sept motifs énumérés : crimes, sévices ou injures, dérèglement des mœurs, abandon du conjoint pendant deux ans, folie, condamnation, absence ou émigration. La loi supprimait, enfin, la séparation de corps et permettait aux époux déjà séparés de convertir leur séparation en divorce.

Le divorce pour juste motif pouvait être prononcé immédiatement par l'officier d'état civil, tout au moins pour les cas de sévices, de folie ou d'abandon, si les époux avaient obtenu une décision favorable des arbitres de famille. Le divorce par

consentement mutuel ou pour incompatibilité d'humeur était soumis à une assemblée de famille ; il requérait un délai (qui, d'ailleurs, ne pouvait excéder six mois) et le remariage n'était possible qu'après un an.

Les rapports pécuniaires des époux étaient liquidés « comme si l'un d'eux était décédé ». Au cas de divorce pour motif déterminé, l'époux innocent obtenait une pension viagère fixée par les arbitres de famille. La garde des filles et des fils de moins de sept ans appartenait à la mère, celle des fils plus âgés au père.

La loi suscita l'enthousiasme des jacobins : « Le divorce est le père des égards mutuels ; il est le dieu tutélaire de l'hymen », tandis que le mariage est « l'acquit d'une dette agréable que tout citoyen doit à la Patrie ». Vite, d'ailleurs, on demanda la suppression de la « chicane » et le retour à la nature : le projet de Cambacérès réduisait les délais d'épreuve, même au cas d'incompatibilité d'humeur, à un mois. Le décret du 8 nivôse an II enjoignit aux tribunaux de famille de prononcer dans le mois les divorces qui leur étaient demandés et permit au mari de se remarier aussitôt. Le 4 floréal an II et le 24 vendémiaire an III, pour éteindre « les torches du fanatisme dans un océan de lumière », on permit à un époux de faire prononcer le divorce même en l'absence de l'autre sur l'affirmation produite par six citoyens qu'il était séparé de fait depuis six mois. Des pétitionnaires demandent même, au nom des droits de l'homme, l'institution de la polygamie, un « usage barbare ayant contraint l'homme à n'épouser qu'une femme ».

Les constituants s'étaient flattés d'autoriser le divorce « pour aristocratie », le permettant à ceux qui « avaient à combattre dans leur propre maison un ennemi de la République ». De fait, beaucoup de femmes d'émigrés demandèrent le divorce pour mettre leurs biens à l'abri des confiscations ; on se mariait pour éviter la conscription ou la déportation avec l'intention de divorcer aussitôt.

Après l'échec des insurrections jacobines de l'an III, une nette réaction se manifesta. La campagne contre le divorce est menée sur tous les terrains. Un orateur parla des « torrents d'immoralité qu'ont roulé les lois désastreuses ». Cambacérès, dans son second projet de Code civil, restreint le divorce à

Pour frapper l'imagination, une cérémonie laïque était prévue. Le mariage devait être contracté devant le peuple réuni. L'officier public, la constitution à la main, disait aux futurs époux : « Salut citoyens libres, ayez toujours sous les yeux la loi qui vous unit en légitime mariage par des nœuds que l'amitié seule et vos intérêts doivent rendre indissolubles. » Les époux répondaient : « Vive la liberté, vive la Nation ! Que les bons citoyens bénissent notre union... » (tit. VI, art. 6-3).

Il ne restait rien de l'ancien empêchement de vœu et les prêtres ou les religieuses pouvaient librement contracter un mariage civil. La loi du 13 fructidor an VI, relative à la célébration du décadi, disposa que la célébration des mariages aurait lieu le décadi dans le local désigné pour la réunion des citoyens : des hymnes, des discours moraux, des exercices militaires, des danses et des jeux publics devaient rehausser la cérémonie.

L'INSTITUTION DU DIVORCE. — Une autre loi du 20 septembre 1792 établissait pour les époux la faculté de divorcer. Dès lors qu'il était considéré comme un simple contrat, le mariage en avait forcément la fragilité : mais devait-on laisser la liberté aux époux de manifester leur *mutuus dissensus* et admettre le divorce par consentement mutuel ? Préserver la liberté de chaque époux par la possibilité d'une répudiation unilatérale ? Ou, au contraire, considérer le mariage comme une « institution politique » qui ne peut être rompue que pour une juste cause ?

La loi de 1792 admet à la fois les trois idées : le divorce était possible à la demande d'un seul époux alléguant l'incompatibilité d'humeur, par consentement mutuel et pour sept motifs énumérés : crimes, sévices ou injures, dérèglement des mœurs, abandon du conjoint pendant deux ans, folie, condamnation, absence ou émigration. La loi supprimait, enfin, la séparation de corps et permettait aux époux déjà séparés de convertir leur séparation en divorce.

Le divorce pour juste motif pouvait être prononcé immédiatement par l'officier d'état civil, tout au moins pour les cas de sévices, de folie ou d'abandon, si les époux avaient obtenu une décision favorable des arbitres de famille. Le divorce par

consentement mutuel ou pour incompatibilité d'humeur était soumis à une assemblée de famille ; il requérait un délai (qui, d'ailleurs, ne pouvait excéder six mois) et le remariage n'était possible qu'après un an.

Les rapports pécuniaires des époux étaient liquidés « comme si l'un d'eux était décédé ». Au cas de divorce pour motif déterminé, l'époux innocent obtenait une pension viagère fixée par les arbitres de famille. La garde des filles et des fils de moins de sept ans appartenait à la mère, celle des fils plus âgés au père.

La loi suscita l'enthousiasme des jacobins : « Le divorce est le père des égards mutuels ; il est le dieu tutélaire de l'hymen », tandis que le mariage est « l'acquit d'une dette agréable que tout citoyen doit à la Patrie ». Vite, d'ailleurs, on demanda la suppression de la « chicane » et le retour à la nature : le projet de Cambacérès réduisait les délais d'épreuve, même au cas d'incompatibilité d'humeur, à un mois. Le décret du 8 nivôse an II enjoignit aux tribunaux de famille de prononcer dans le mois les divorces qui leur étaient demandés et permit au mari de se remarier aussitôt. Le 4 floréal an II et le 24 vendémiaire an III, pour éteindre « les torches du fanatisme dans un océan de lumière », on permit à un époux de faire prononcer le divorce même en l'absence de l'autre sur l'affirmation produite par six citoyens qu'il était séparé de fait depuis six mois. Des pétitionnaires demandent même, au nom des droits de l'homme, l'institution de la polygamie, un « usage barbare ayant contraint l'homme à n'épouser qu'une femme ».

Les constituants s'étaient flattés d'autoriser le divorce « pour aristocratie », le permettant à ceux qui « avaient à combattre dans leur propre maison un ennemi de la République ». De fait, beaucoup de femmes d'émigrés demandèrent le divorce pour mettre leurs biens à l'abri des confiscations ; on se mariait pour éviter la conscription ou la déportation avec l'intention de divorcer aussitôt.

Après l'échec des insurrections jacobines de l'an III, une nette réaction se manifesta. La campagne contre le divorce est menée sur tous les terrains. Un orateur parla des « torrents d'immoralité qu'ont roulé les lois désastreuses ». Cambacérès, dans son second projet de Code civil, restreint le divorce à

quelques cas ; dans son troisième projet, il reconnaît l'excellence du mariage : le divorce qui devait être un remède à l'immoralité contribuait largement à l'accroître. Les Cinq Cents, après des discussions toujours reprises et assez incohérentes, suspendirent en thermidor an III l'exécution des lois de l'an II et revinrent, en l'an V, à la loi de 1792, en prolongeant quelque peu les délais de procédure. En fait, il y eut en l'an VII une nette recrudescence des divorces. Un détail marque bien, cependant, combien le divorce était devenu suspect : la loi du 13 fructidor an VI sur le culte décadaire prescrit que les divorces soient prononcés le quintidi qui est le « jour le plus éloigné de celui des mariages » et qu'un silence absolu soit observé pour que les époux se rappellent qu'ils avaient pris « la République et l'Eternel à témoin de l'inviolabilité de leurs serments ».

Le Code civil. — Les textes relatifs au mariage furent assez longuement critiqués par le Tribunat. L'institution de l'état civil, la laïcité du mariage étaient hors de discussion ; pour le reste, les traditions de l'Ancien Régime l'emportèrent et elles inspirèrent le rapport final de Portalis.

Les juristes « ne voient dans le mariage qu'un contrat civil », mais « tous les peuples ont fait intervenir le ciel dans un contrat qui, liant l'avenir au présent, fait dépendre leur bonheur d'une suite d'événements incertains ». Du moins, la « liberté des cultes permet de séculariser la législation », la loi ne pouvant « forcer les opinions religieuses des citoyens ».

Le mariage est permis aux garçons à dix-huit ans, aux filles à quinze ans (art. 144) ; mais « les forces du corps se développant plus rapidement que celles de l'âme », le consentement des parents est nécessaire pour les garçons jusqu'à vingt-cinq ans, pour les filles jusqu'à vingt et un ans. En cas de dissentiment entre les parents, le consentement du père suffit (art. 148). Au-delà de cet âge, les garçons jusqu'à trente ans et les filles jusqu'à vingt-cinq ans doivent « demander par un acte respectueux et formel le conseil de leur père et mère et de leurs aïeuls » (loi du 1er germinal an XII). Le mariage est permis entre cousins germains, mais il demeure prohibé entre beau-frère et belle-sœur. Pour le reste, on reprend toutes les règles anciennes : l'officier d'état civil est comme le curé le « témoin nécessaire de

l'engagement des époux » ; deux publications doivent précéder le mariage ; les oppositions ne sont permises qu'aux proches parents ; le mariage « est parfait avant d'avoir été consommé » ; la nullité du mariage peut être prononcée dans les cas qui étaient anciennement prévus et la théorie du mariage putatif est exactement reprise.

Les quatre rédacteurs du Code civil, Maleville surtout, étaient hostiles au divorce ; ils l'admirent, néanmoins, obéissant en cela à Bonaparte, en arguant que la liberté de conscience était due aux protestants qui le pratiquaient ; mais leur souci de ne pas « ébranler le mariage » est manifeste. Le divorce n'est pas « un bien mais le remède d'un mal » et il doit être strictement limité par la loi. On maintient le divorce par consentement mutuel, mais en multipliant les formalités : consentement des parents, cinq comparutions des époux accompagnés de deux notaires devant le président du tribunal, transfert de la moitié des biens à leurs enfants, remariage possible seulement après trois ans. Quant au divorce pour justes motifs, il n'est admis que dans les trois cas énumérés : excès, sévices ou injures graves, condamnation d'un époux à une peine afflictive ou infâmante ou adultère, mais, ici encore, la procédure est d'une extrême complication. Enfin, la séparation de corps est rétablie : elle doit être prononcée par justice et pour les mêmes causes que le divorce ; elle peut être convertie en divorce après trois ans.

On sait que l'une des premières mesures de la Restauration fut l'abolition du divorce : la proposition en fut faite par Bonald et elle aboutit à la loi du 8 mai 1816 qui ne fut elle-même abrogée que par la loi Naquet du 27 juillet 1884.

ÉTAT DES QUESTIONS

Sur l'*époque franque* : cf. p. 276.

Sur le *mariage canonique*, trois études fondamentales : A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, 2e éd. par L. GENESTAL et J. DAUVILLIER, 2 vol., 1929-1935 ; G. LE BRAS, La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille, dans *Dict. de théologie cath.*, t. IX, col. 2123-2317 ; J. DAUVILLIER, *Le mariage dans le droit classique de l'Eglise depuis le décret de Gratien (1140) jusqu'à la mort de Clément V (1314)*, 1933 ; et

du même auteur, Le mariage des catholiques élevés en dehors de toute influence religieuse, dans *Atti del terzo congresso di diritto comparato*, t. II, Rome, 1953, p. 361-379 ; Pierre le Chantre et la dispense de mariage non consommé, dans *Etudes Petot*, 1959, p. 97-105 ; L'indissolubilité du mariage dans la Nouvelle Loi, *L'Orient syrien*, t. IX, 1964, p. 265-289. Indications utiles dans : H. PORTMANN, *Wesen und Unauflöslichkeit der Ehe in der kirschlichen Wissenschaft und Gesetzgebung des 11. und 12. Jahrhunderts*, Emsdetten, 1938 ; G. H. JOYCE, *Christian marriage ; an historical and doctrinal study* 2, Londres, 1948 (c. r. F. GILMANN, *Archiv für kath. Kirchenrecht*, 1936, p. 92-126) ; H. RONDET, *Introduction à la théologie du mariage*, Paris, 1960 ; P. ADNÈS, *Le mariage*, Tournai, 1963 ; F. FALK, *Die Ehe im Ausgange des Mittelalters*, Fribourg-en-Br., 1908 ; J. A. CORIDEN, *The indissolubility added to christian marriage by consummation* (thèse de l'Université Grégorienne), Rome, 1961 ; J. DUPONT, *Mariage et divorce dans l'Evangile*, Bruges, 1959 ; St. GIET, Aux sources de la doctrine canonique, dans *Mél. Le Bras*, 1965, p. 1237-1242 ; P. RASI, La conclusione del matrimonio nella doctrina, dans *Ann. Fac. Camerino*, 1957, p. 27.

Sur la protection de la *liberté des mineurs* : R. METZ, *Acta congressus int. jur. can.*, Rome, 1953, p. 103. Sur la *dispense du mariage non consommé* : J. LEROUGE, 1939 ; F. NAZ et J. LEROUGE, 1940 ; K. FINK, *ZSS Kan.*, 1960, p. 434-443. Sur le *dol* : R. NAZ, *Mél. Le Bras*, 1965, p. 1341-1351. Sur les *fins du mariage* : C. SCHAHL, *La doctrine des fins du mariage dans la théologie scolastique* ; E. BOISSARD, *Revue thomiste*, 1949, p. 289-309 ; M. ABELLAN, *El fin y la significación sacramental del matrimonio desde S. Anselmo hasta G. de Auxerre*, Grenade, 1939 ; A. MRUK, *De natura matrimonii secundum doctrina theologorum franciscanorum S. XIV* (thèse de l'Université Grégorienne), Rome, 1960 ; et plus spécialement sur l'idée que le mariage est un remède à l'incontinence : P. BROWNE, *Beiträge zur sexualethik des Mittelalters*, Breslau, 1932 ; M. MÜLLER, *Die Lehre des hl. Augustinus von des Paradiesesehe und ihre Auswirkung un der sexualethik*, Ratisbonne, 1954 ; J. G. ZIEGLER, *Die Ehelehre der Pänitential-Summen von 1200-1350*, Ratisbonne, 1956 ; L. VEREECKE, Mariage et sexualité au déclin du Moyen Age, dans *Vie spirituelle*, suppl., n° 57 (1961), p. 199-225.

Sur l'histoire de la *juridiction matrimoniale*, l'excellente synthèse de Pierre DAUDET, *Les origines carolingiennes*, 1933 ; *L'établissement de la compétence de l'Eglise en matière de divorce et de consanguinité*, 1941. Sur les *empêchements de parenté*, Jean FLEURY, *Rech. hist. sur les empêchements de parenté*, 1933. Sur le *rapt* (jusqu'à Gratien), MITTERER, Paderborn, 1924 ; et pour mémoire, Ch. LEFÈVRE, *Le lien du mariage*, 1913.

Sur les *conceptions protestantes* : E. SALFELD, *Luthers Lehre von der Ehe*, Leipzig, 1882 ; A. KAWERAU, *Die Reformation und Ehe*, Halle, 1892 ; R. W. DOVE-F. SEHLING, Scheidungsrecht, dans *Real encyclopädie für protestantische Theologie und Kirche* 3, 21, 1908 ; S. BARANOWSKI, *Luthers, Lehre von der Ehe*, Posnan, 1913 ; W. KOHLER, *ZSS Kan.*, t. XXX, p. 271-310 ; A. BELLINI, Il matrimonio nel Protestantismo, dans *Enciclopedia del matrimonio*, dir. Tullo GOFFI, Brescia, 1960, p. 281-319 ; E. V. TELLE, *Erasme de Rotterdam et le septième sacrement*, Genève, 1954 ; P. BELS, *Etude*

sur la doctrine protestante du mariage et ses applications en France, th. dact. Toulouse, 1965, qui dispense de se rapporter à J. FAUREY (1910) et R. LERCH (1951). Sur la pratique protestante : P. TAILLANDIER (1919) et C. PIVETEAU (1957) et surtout F. WENDEL (1928). Cf. également sur Rabelais, J. PLATTARD, L'invective de Rabelais contre les mariages contractés « sans le sceau et adveu » des parents, dans *Rev. XVI*e *siècle*, 1927 ; et sur le XVIIe siècle, M. ERLE, *Die Ehe in Naturrecht*, Göttingen, 1952.

Sur les *théories et les pratiques laïques* : J. BASDEVANT, *Des rapports de l'Eglise et de l'Etat dans la législ. du mariage du concile de Trente au Code civil*, 1900 ; J. GHESTIN, L'action des Parlements contre les mésalliances aux XVIIe et XVIIIe siècles, dans *RHD*, 1956, p. 74-110, 196-224 ; E. CHENON, Recherches sur quelques rites nuptiaux, dans *RHD*, 1912, p. 573-660 ; R. BESNIER, Le mariage en Normandie, dans *Normannia*, 1934 ; Paul OURLIAC, Le mariage à Avignon au XVe siècle, dans *SHDE*, 1948, p. 55 ; M. YANS, Le droit matrimonial liégeois, dans *Ann. hist. liégeoise*, 1950 ; J. COUDERT, Le mariage dans le dioc. de Toul au XVIe siècle, dans *Ann. de l'Est*, 1952, p. 75-92 ; J.-M. TURLAN, Le mariage dans la pratique coutumière (XIIe-XVIe siècles), dans *RHD*, 1957, p. 477-528 ; J.-Ph. LÉVY, L'officialité de Paris et les questions familiales, dans *Mél. Le Bras*, 1965, p. 1265-1284. Sur les mariages *in extremis*, M. GENDREL, *Le mariage in extremis*, 1956. Sur le rapt de séduction : L. DUGUIT, *NRH*, 1886, p. 587-625 ; G. PACILLY, *TR*, 1934, p. 306 ; J. GARDIEN, *MHDB*, 1946-47, p. 191. Sur l'« affaire » du mariage, en 1491, de Charles VIII consommé au mépris d'un triple empêchement (parenté, mariage par procureur d'Anne de Bretagne et de Maximilien d'Autriche, fiançailles de Charles) qui fut « réhabilité » par une bulle pontificale : R. GRAND, *RHD*, 1950, p. 256-264.

Le caractère inséparable du contrat et du sacrement est étudié par F. E. MUELLER, *The Inseparality... According to the 17th cent. authors*, 1958.

Le folklore des fiançailles et du mariage a donné lieu à une littérature abondante : A. VAN GENNEP, *Manuel de folklore français contemporain*, 3 vol., 1937-1943 ; E. SPIRGATIS, *Verbolung und Vermählung im altfranzösischen Volktümlichen Epos*, Berlin, 1894 ; HANAUER (1893) ; ALBE, *Bull. Soc. du Lot*, t. 35.

Sur la *légitimation*, l'ouvrage classique de R. GENESTAL, *Bibl. Hautes Etudes* (Sc. relig., fasc. 28), 1905 ; L. GOUGARD, La légitimation « sub pallio », dans *TR*, 1927, p. 54 ; L. KOGLER, *ZSS Germ.*, 1904 et 1906 ; C. VAN DE WIEL, Anvers, 1962.

Sur la *séparation de corps* dans l'ancien droit français : H. GAGÉ (1914) ; Y. HAWADIER (Aix, 1952) ; LE PICARD, *La communauté de vie conjugale* (1929) ; H. RICHARDOT, *Les pactes de séparation amiable entre époux* (1930), et le c. r. de G. LE BRAS, *RHD*, 1931, p. 743.

Sur l'*affinitas superveniens* qui est une cause de dispense avant la consommation du mariage et, après celle-ci, une cause obligatoire de séparation de corps, J. DAUVILLIER, *RHD*, 1934, p. 735.

Sur le *droit intermédiaire* : BRAESCH, Le mariage civil en octobre 1792, *Révolution française*, 1909, p. 221 ; A. MATHIEZ, *Les conséquences religieuses de la journée du 10 août 1792 : la déportation des prêtres et la sécularisation*

de l'état civil, 1911 ; E. Sol, *L'état civil en Quercy*, 1927. Sur les fondements du mariage civil moderne pendant la Révolution, H. Conrad, *ZSS Germ.*, 1950, p. 336-372.

Sur le divorce : les thèses de Damas (1897) ; Mellet (1900) ; Olivier-Martin (1901) ; Russe (1909) ; Cruppi (1909) ; Thibault-Laurent (1938) ; H. Labu, *Act. Congr. dr. canonique*, 1950, p. 313-334.

On a beaucoup discuté sur le nombre des divorces prononcés entre 1792 et 1804. A Paris où relativement on divorce beaucoup, il y aurait eu 7 474 mariages et 2 500 divorces en l'an II (34 %), 7 473 mariages et 2 300 divorces en l'an III (30 %), 4 500 mariages environ et 750 divorces en l'an VI et en l'an VII (17 %), 3 500 mariages et 800 divorces en l'an XI (23 %), et pour les onze années considérées environ 55 000 mariages et 13 000 divorces (24 %). En province, le divorce est pratiqué surtout dans les villes : 13,5 % à Rouen, 10,1 % à Marseille, 8,75 % à Lyon, 7,5 % à Bordeaux et à Toulouse, 4 % à Amiens, Lille, Limoges, Nantes, Nîmes, Rennes. On aurait, au contraire, fort peu divorcé en Lozère ou en Aveyron et pas du tout en Corse. Les sommets de la courbe des divorces se situent en l'an III et aussi, assez curieusement, en l'an VII.

Pour les motifs de divorce, des renseignements relatifs à Paris et à la période du 1er janvier 1793 au 17 juin 1795 sont fournis par d'Auteville, *Revue Rév. franç.*, 1883, p. 206 et 473 : sur un total de 5 987 divorces étudiés, 872 pour incompatibilité d'humeur, 12 pour folie, 46 pour condamnation, 521 pour injures graves, 162 pour dérèglement des mœurs, 1 679 pour abandon, absence ou émigration, 2 005 en vertu de la loi de l'an II, 131 par conversion d'une séparation de corps. Fait curieux, 64,4 % des demandes émanent de la femme (3 857 contre 1 571 demandes faites par le mari).

Chapitre III

LES RAPPORTS ENTRE ÉPOUX : LA DOT ROMAINE

La femme est le *commencement et la fin* d'une famille, constate Ulpien (D., 50, 16, 195, 5) : *Caput et finis*. Il ne s'agit nullement, comme on pourrait le croire, de magnifier son rôle génésique et de faire de la femme l'α et l'ω de la famille. Bien au contraire. Les juristes romains soulignent par cette formule la tâche originelle de la femme. A la différence de son partenaire, elle ne sera jamais au mieux qu'une isolée. Elle peut être indépendante, c'est-à-dire *sui iuris*, mais, contrairement à l'homme, elle ne peut avoir de personnes sous sa puissance. Nulle autre alternative pour elle que la soumission ou l'isolement. Si tel était le principe, il devait être l'objet de sérieuses adaptations tant dans le domaine des I) rapports personnels entre époux que dans celui de leurs II) rapports patrimoniaux.

Section I. — Les rapports personnels entre époux

On retrouve ici la distinction fondamentale entre la femme soumise à la *manus* du mari et celle qui ne l'est pas. Dans le premier cas, selon les textes, la femme est assimilée à la fille de son mari *(loco filiae)*, mais la référence n'a de valeur que pour fixer les droits successoraux de la femme. En réalité, la femme mariée *cum manu* a le titre de *materfamilias* (les autres femmes mariées sont des *matronae*). Ce sont les usages qui règlent ses droits à l'intérieur de la maison tant sur les enfants que sur les domestiques. Ce sont ces mêmes usages qui limitent les droits du chef de famille sur sa personne. Ainsi, lorsque le

paterfamilias réunira le tribunal de famille pour exercer sa juridiction domestique sur sa femme, il devra convoquer les parents par le sang de cette dernière.

En dépit de la considération dont la *materfamilias* était entourée, sa personnalité était en quelque sorte absorbée par celle du chef de famille : son mari ou le père de celui-ci. La *potestas* implique un pouvoir sur le corps et sur la personne (cf. notre ancienne puissance maritale et l'actuelle puissance paternelle : CARBONNIER, I, p. 347).

Juridiquement, la situation de la femme qui n'est pas entrée sous la *manus* de son mari est très différente. Elle se caractérise, en effet, par une indépendance absolue. Aucun lien de parenté civile n'existe entre mari et femme ainsi qu'entre leurs familles respectives. La femme n'a avec ses enfants que des rapports de cognation. Il n'existe aucune puissance maritale et partant aucune incapacité de la femme mariée. La femme reste dans sa famille d'origine. Elle sera donc soumise à la puissance de son *paterfamilias* ou à défaut à la tutelle des femmes.

Avec la décadence de cette même tutelle et la généralisation du mariage *sine manu*, l'indépendance de la femme devient effective. Aucune puissance, hormis celle de son *paterfamilias*, ne s'exerce plus sur elle. Les obligations élémentaires qui existent entre conjoints seront certes progressivement sanctionnées, mais il s'agira davantage de régler des rapports entre individus que d'organiser une société conjugale.

DEVOIRS DES CONJOINTS. — Il existe à la charge de la femme une *obligation de cohabitation* sanctionnée en justice (D., 43, 30, 2 ; cf. C. C., art. 215). Mais on peut douter de l'efficacité d'un tel procédé. Compte tenu de la très grande facilité du divorce, c'est sans nul doute la dissolution du mariage qui permettait de trancher le différend à ce sujet (cf. C., 5, 17, 5). Si la femme n'a pas de devoir d'obéissance envers son mari, il doit exister entre conjoints une *reverentia* qui aura surtout des conséquences dans leurs rapports patrimoniaux. Ce respect mutuel interdit aux époux d'intenter l'un contre l'autre la plupart des actions infâmantes. Au Bas-Empire, leur exercice est soumis à l'autorisation préalable du magistrat.

Les juristes sont, en effet, plus à l'aise pour interdire aux

conjoints la violation de leurs devoirs que pour les obliger à les accomplir. Encore leurs efforts dans ce domaine sont-ils souvent voués à l'insuccès. C'est ce qui se produira à Rome quand le législateur s'efforcera d'assurer la relève des usages et de sanctionner les atteintes au *devoir de fidélité*. Pour des raisons d'ordre public, et plus particulièrement dans le cadre de leur politique populationniste, les empereurs païens du Haut-Empire punissent très sévèrement l'adultère. Les empereurs chrétiens du Bas-Empire n'agiront pas autrement pour faire respecter les règles de la morale chrétienne.

Dans l'ancien droit romain, les mœurs permettaient au mari de tirer vengeance de l'adultère de sa femme. Il pouvait la répudier ou la mettre à mort sans même consulter la famille de la femme en cas de flagrant délit. Puisque vengeance il y avait, l'opportunité de la répression était laissée à l'appréciation du mari ou éventuellement de son *paterfamilias*. Avec l'adoucissement mais aussi la décadence des mœurs, les sanctions n'étaient pratiquement pas appliquées. Alors que sous la République on limitait, en la réglementant, l'exercice de la justice privée, c'est la position inverse qui est adoptée par le législateur du Haut-Empire. La loi *Julia de adulteriis* d'Auguste oblige le mari à répudier la femme adultère. Cette dernière est condamnée à la relégation et la peine fut effectivement appliquée par l'empereur dans sa propre famille.

La société apparaît d'autant plus intéressée à la répression que les particuliers s'en soucient moins. Les sanctions n'étant pas acceptées par les usages, la répression se fait encore plus sévère. Constantin prévoit la peine de mort contre la femme adultère tout en réservant les poursuites au mari et aux proches (C., 9, 9, 29). Justinien reviendra à la peine de la relégation en admettant le pardon du mari au bout de deux ans. En réalité, la seule sanction couramment employée fut la répudiation. A plus forte raison, les quelques tentatives de punir l'infidélité du mari n'eurent-elles guère d'effet pratique. Le législateur s'en tient à une sanction indirecte avec la perte des avantages pécuniaires provenant du mariage, ce qui « était déjà plus que dans beaucoup de législations antiques » (GAUDEMET, *Société Jean-Bodin*, II, p. 204).

La liberté des mœurs n'exclut pas cependant l'existence d'une *société conjugale* dont témoignent notamment les inscriptions funéraires et que consacre la célèbre définition du mariage donnée par Modestin (D., 23, 2, 1 : *consortium omnis vitae*). « La femme mariée *sine manu* prend le rang social de son mari, en particulier lorsqu'il fait partie de l'ordre sénatorial, et à la suite d'une série de dispositions fragmentaires, on en arrive à poser le principe que les époux se doivent honneur et respect » (MONIER, I, p. 289). Par ailleurs, certaines règles de convenance reçoivent sous le Haut-Empire une sanction juridique. C'est ainsi que la femme sera chargée de la surveillance de la tutelle de ses enfants et de la garde de leur personne. Elle autorise sa fille à se marier si le père a disparu et si la fille est mineure de 25 ans. En contrepartie, la mère est chargée d'une obligation subsidiaire de doter sa fille. Le rôle de la femme dans sa famille s'accompagne, en effet, de certaines charges pécuniaires qu'elle assume en fait comme en droit.

SECTION II. — Rapports patrimoniaux

Si pour les rapports personnels entre époux il paraît normal que l'on doive faire une très large place aux situations de fait, il semblerait qu'il en aille tout autrement pour les rapports pécuniaires. Les usages comme les arrangements de famille peuvent sembler inadéquats pour résoudre des problèmes forcément techniques et d'autant plus complexes que les tiers sont souvent concernés. Il n'en est que plus remarquable de constater que là encore la coutume joue un rôle primordial.

Les règles juridiques, élaborées à partir des notions de puissance, ne laissent aux conjoints qu'un choix apparemment sans nuances entre des 1) *rapports de subordination* ou à l'inverse l'*indépendance* totale. Il existe cependant des usages qui se fondent sur l'existence d'une société conjugale et permettent de dégager des 2) *rapports de réciprocité* et une véritable communauté de biens entre conjoints.

§ 1. De la subordination a l'indépendance : la dot

La dot, à l'époque classique, est l'ensemble des avantages patrimoniaux de toute sorte reçus par le mari à l'occasion du mariage, et qui sont affectés aux besoins du ménage ainsi qu'à l'éducation des enfants.

La fonction de la dot s'explique par les conditions patrimoniales dans lesquelles se conclut le mariage. Habituellement, la femme étant *alieni iuris*, elle ne possède aucun bien propre. Il est dès lors conforme à l'usage que son *paterfamilias* contribue à l'entretien du nouveau ménage, en faisant une donation au mari. Si la femme est *sui iuris*, et a de ce fait un patrimoine propre, la distinction fondamentale reste toujours celle de sa situation *in manu* ou non. Dans le premier cas, elle est soumise corps et biens à la puissance du chef de sa nouvelle famille. Tous ses biens tombent à titre de dot (Cicéron, *Top.*, 4, 23) dans le patrimoine de ce chef : que ce soit son mari ou le *paterfamilias* de ce dernier.

Dans le second cas, au contraire, la femme conserve une indépendance patrimoniale absolue. Le mari ne peut utiliser ses biens pour subvenir aux besoins du ménage. A l'époque classique, le mariage sans la *manus* étant de règle, la constitution de dot apparaît indispensable et l'usage s'en généralise. Il semble que la pratique ait d'abord été répandue dans les familles de l'aristocratie. Elle aurait correspondu à l'idée qu'une fois dotée la fille n'avait plus rien à recevoir dans la succession de son père qui l'exhérédait par son testament. L'importance des dots, ainsi que l'habitude d'en retarder le paiement jusqu'à la mort du père, correspondent à cette conception. L'exclusion des filles dotées, qui connaîtra une grande faveur dans notre ancien droit, s'explique par le souci d'éviter le transfert des biens de la famille de la femme dans celle du mari.

Dans l'ancien droit romain, comme le révèle l'étymologie, la dot est une donation. Son affectation aux besoins du ménage résulte seulement des usages. Au cours de l'époque classique, les juristes préciseront les caractères de l'institution. La fréquence des divorces et les transformations économiques qui

influent sur l'importance et la composition des dots modifient les données du problème. La dot apparaît comme la contrepartie des charges assurées par le mari du fait du mariage. En dépit de l'évolution qui fait de la dot un acte à titre onéreux à l'égard du mari (v. t. I, p. 184), la conception ancienne n'en disparaît pas pour autant. Les précisions apportées par les juristes permettent d'examiner trois séries de problèmes techniques relatifs 1) à la constitution de la dot, 2) au statut des biens qui la composent et 3) à sa restitution éventuelle.

1) *Constitution de la dot.* — Normalement la dot est constituée avant le mariage, c'est pourquoi dès une époque ancienne on pose le principe de la nullité d'une telle constitution au cas où le mariage ne s'ensuivrait pas. Si la dot est indissociable du mariage, le droit romain ne connaît rien d'analogue au principe moderne de l'immutabilité des conventions matrimoniales (C. C., art. 1345). La dot peut être constituée et *a fortiori* augmentée au cours du mariage.

A la différence également des contrats de mariage du droit moderne, la constitution de dot ne nécessite aucune formalité. La simple convention de dot est valable mais elle ne suffit pas par elle-même à rendre le mari propriétaire de la dot selon le principe romain que le simple pacte n'engendre pas d'action (v. t. I, p. 31). Pour que le mari devienne propriétaire des biens dotaux ou créancier des valeurs dotales, il est nécessaire de passer un acte juridique distinct de la convention. Cette exigence ne disparaît qu'au Bas-Empire (v. t. I, p. 20).

La constitution de dot peut avoir les objets les plus divers.

2) Le statut des biens dotaux. — *Maritus est dominus dotis.* — Selon le principe ancien, le mari est maître et propriétaire de la dot. Mais l'affectation de celle-ci implique sa conservation et sa restitution éventuelle, ce qui est inconciliable avec les droits absolus du mari. Tout en conservant le principe, les législateurs du Haut et du Bas-Empire l'ont vidé de son contenu pour que la dot puisse remplir son office. Nos droits modernes, en renversant le principe en faveur de la femme, ne font que consacrer une transformation réalisée en fait dans les textes du *Corpus iuris civilis.*

Les raisons de l'évolution sont évidentes. La généralisation

du mariage *sine manu*, tout comme la multiplication des divorces, traduisent l'indépendance reconnue aux femmes dans la société romaine. Cette situation ne présentait pas que des avantages pour le sexe faible qui devait compter avec les coureurs de dot.

Un certain nombre de mesures vont *restreindre les pouvoirs du mari* sur la dot et corrélativement *accorder certains droits à la femme*. C'est le but poursuivi par l'empereur Auguste dont la loi Julia *de adulteriis* (appelée par nos anciens auteurs : loi Julia *de fundo dotali*) est à la dot ce que l'*Oratio Severi* est à la tutelle. Elle est le point de départ de toute une série de dispositions sur l'inaliénabilité dotale. Cette mesure interdit au mari d'aliéner, sans le consentement de la femme, les immeubles dotaux situés en Italie ou dans le territoire de cités jouissant du *ius italicum*. On espère ainsi assurer la conservation des fortunes de l'aristocratie sénatoriale. Ses domaines sont habituellement situés en Italie et les meubles sont traditionnellement considérés par les juristes comme valeur négligeable. La prohibition ne joue pas en cas d'estimation de l'immeuble apporté en dot, car dans ce cas « estimation vaut vente » et la dot est représentée par la créance du prix sur le mari.

La doctrine romaine assimilera à l'aliénation les actes de disposition indirects, qu'il s'agisse de constitution de droit réel (usufruit, servitude, etc.), de gage ou d'hypothèque. Dans ce dernier cas, le concours de la femme ne saurait valider l'opération qui tombe sous le coup de la prohibition de l'intercession, édictée par le s. c. Velléien. En dehors de ce cas, la nullité de l'aliénation prohibée peut toujours être couverte par une ratification ultérieure de la femme puisque le concours de celle-ci suffisait à valider l'opération.

Les droits de la femme. — La femme peut ainsi être amenée de façon indirecte à participer à la gestion des biens dotaux par le mari. Ce dernier a tout intérêt à mettre sa femme au courant de sa gestion pour pouvoir justifier une aliénation qui ne peut s'effectuer sans l'autorisation de la femme. En fait, celle-ci participe aux actes d'administration les plus graves (v. par ex. : D., 23, 5, 8 : remplacement d'arbres fruitiers). La distinction entre fonds italiques et fonds provinciaux s'étant

estompée, sous le Bas-Empire, l'usage étendra la règle de l'inaliénabilité dotale à tous les immeubles (C., 5, 13, 1).

De nouvelles mesures de protection vont encore accroître les droits de la femme sur sa dot durant le mariage. En cas de prodigalité de son mari, la femme peut demander la mise sous séquestre de la dot. On ira même jusqu'à autoriser la femme à reprendre sa dot en cas de péril, c'est-à-dire lorsque, le mari tombant en déconfiture, les créanciers procèdent à la vente de son patrimoine (C., 5, 12, 29, de 528). De mieux en mieux protégée *contre son mari*, la femme va se retrouver protégée *contre elle-même*. C'est là un bon exemple des abus d'une certaine logique assez fréquent chez les juristes.

DOTIS CAUSA PERPETUA EST. — La règle de l'*intangibilité* de la créance dotale pendant le mariage s'explique par la crainte de voir la femme se faire dépouiller par son mari en cédant à une crainte révérentielle que l'évolution des mœurs n'a pas toujours fait disparaître. Par application de cette règle, la femme ne peut conclure avec son mari aucune convention portant atteinte à sa créance de restitution. Non seulement elle ne peut en diminuer le montant mais elle ne peut même pas décharger son mari de la responsabilité des fautes commises dans sa gestion ni lui accorder des délais de restitution supérieurs à ceux fixés par l'usage. La participation du constituant de la dot à de telles conventions passées pendant le mariage ne fait pas échec à l'interdiction.

Le point culminant de l'évolution sera atteint avec une constitution de Justinien de 530, qui prohibe de façon absolue toute aliénation des immeubles dotaux. Sept ans plus tard, dans la *Novelle* 61, le législateur atténuera une protection qui créait une forme nouvelle d'incapacité. L'aliénation faite avec le concours de la femme est valable, à condition qu'elle réitère son autorisation deux ans après. C'est le même système qui est adopté en matière d'*intercessio* pour attirer l'attention de la femme sur la gravité de son acte (v. p. 99).

Au terme de cette évolution, la propriété du mari sur la dot apparaît comme un droit de plus en plus *éminent* : *secundum legum subtilitatem*, comme le reconnaissent les juristes. « Quoique la dot fasse partie des biens du mari, elle appartient cepen-

dant à la femme » (D., 23, 3, 75) ; effectivement, la femme peut intenter les actions en garantie d'éviction d'un bien dotal.

LA DOT : BIEN DE FAMILLE. — On se rend compte en réalité que par-delà l'autorité de principe du mari et les droits de plus en plus tangibles de la femme, ce sont les enfants nés ou à naître du mariage qui sont les principaux intéressés à la conservation de la dot. Celle-ci constitue une sorte de bien de famille qui tend à prendre une existence autonome à l'intérieur du patrimoine du mari ou de son *paterfamilias*. Les éléments qui le *composent* peuvent être remplacés, la technique du *remploi* assure le maintien de la masse dotale dans son intégralité. Les choses achetées avec l'argent de la dot sont dotales (D., 23, 3, 54). Comme tout patrimoine, la dot a un actif et un passif, elle peut diminuer ou s'accroître (D., 23, 3, 4).

L'autonomie patrimoniale de la dot est d'autant plus justifiée qu'il existe à la charge de son détenteur une obligation de restitution éventuelle.

3) LA RESTITUTION DE LA DOT. — A l'origine, le principe selon lequel le mari était propriétaire de la dot avait pour effet de lui donner le droit de garder la dot en cas de dissolution du mariage. Dans la pratique, si l'union prenait fin par la mort du mari, la femme qui était normalement sous sa *manus* était instituée héritière dans le testament de son mari, sinon il était d'usage qu'il lui laissât sa dot à titre de legs. Héritière *ab intestat*, sa vocation héréditaire lui tenait lieu de remise de dot. En cas de divorce, qui n'était décidé que pour faute grave, la privation de la dot s'ajoutait à la peine de la répudiation. Avec la décadence des mœurs et la facilité grandissante du divorce, la pratique doit lutter contre de véritables escroqueries au mariage. « Deux siècles environ avant J.-C., les praticiens avaient imaginé de faire intervenir entre la personne qui constituait la dot et le futur mari un contrat verbal de stipulation par lequel il s'engageait à restituer la dot, soit dans tous les cas de dissolution du mariage, soit exclusivement en cas de divorce » (MONIER, I, p. 291).

L'ACTIO REI UXORIAE. — Les conventions de restitution étaient sanctionnées par l'action *ex stipulatu* (v. t. I, p. 18 ss.) qui était de droit strict. Le procédé était efficace mais ne permet-

tait pas de juger en équité. Dès la fin de la République, le droit civil, par l'intermédiaire des censeurs, consacre les usages assurant la restitution de la dot. Mais la sanction — l'*actio rei uxoriae* — est nettement différente de la précédente car c'est une action de bonne foi (v. t. I, p. 12 ss.), la condamnation est formulée en équité. Il s'ensuit toute une série de conséquences touchant : 1) l'*obligation* de restitution elle-même, 2) le *délai* de la restitution, 3) le *montant* de celle-ci et 4) les *sûretés* dont elle est entourée.

1) L'OBLIGATION DE RESTITUTION, lorsque celle-ci a été promise de façon conventionnelle, ne joue que dans l'hypothèse prévue. On se reportera strictement aux termes de la convention. Au contraire, dans l'hypothèse de l'action *rei uxoriae* la dot ne sera restituée que si la femme y a intérêt, ce que le juge appréciera souverainement. Par exemple, selon l'usage ancien, le mari devait dans son testament faire un legs à sa femme correspondant au montant de la dot. Dans ce cas, interprétant correctement la volonté du *de cuius*, le juge obligera la femme, qui intente l'action *rei uxoriae*, à choisir entre la restitution de la dot ou la délivrance du legs qui en est l'équivalent (édit *de alterutro*). Au contraire, dans le cas d'action *ex stipulatu*, la femme peut cumuler les deux avantages. C'est la solution qui l'emportera dans tous les cas, sous Justinien. A cette époque, en effet, il y a tout lieu de penser que l'usage ancien n'est plus pris en considération par le testateur qui, outre la restitution de la dot, a donc voulu faire une libéralité à sa femme.

2) LE DÉLAI DE RESTITUTION. — Ayant mis au point une série de mesures qui protégeaient la femme, les juristes pouvaient se montrer plus libéraux envers le mari. Alors que la restitution conventionnelle doit s'effectuer sans délai, il n'en va pas de même avec l'action *rei uxoriae*. Si la dot est constituée en choses fongibles, en argent notamment, on estime que le mari doit avoir un certain temps pour réaliser ses valeurs. Il peut donc se libérer en trois versements échelonnés d'année en année.

3) LE MONTANT DE LA RESTITUTION est calculé dans le même esprit. Dans le cas d'action *ex stipulatu*, le mari est tenu du montant intégral de la dot. S'il a des créances à faire valoir

contre sa femme, il agira ensuite par des actions spéciales, mais il ne peut opérer de compensation.

Même si la femme lui a dérobé certains biens, il ne peut qu'intenter l'action « de choses dérobées » *(actio rerum amotarum)*, vocable plus honnête que l'action de vol *(actio furti)* qui ne saurait être de mise entre époux. Il en va de même si, par suite de l'inconduite de la femme, le mari a droit à une certaine somme à titre de pénalité. Il devra *a fortiori* intenter des actions séparées pour obtenir remboursement des impenses faites pour la dot ou restitution des biens donnés à sa femme en violation de la règle interdisant les donations entre époux.

JUSTICE COMMUTATIVE ENTRE ÉPOUX. — Avec le jeu de l'action *rei uxoriae*, au contraire, toutes ces créances du mari peuvent se régler par voie de compensation, ce qui n'est pas seulement plus commode mais plus sûr. La compensation permet, en effet, d'échapper, dans les limites de sa propre dette, au risque d'insolvabilité de son débiteur. C'est un avantage d'autant plus précieux que, les convenances ne permettant pas l'emploi de voies d'exécution entre époux, ceux-ci jouissent du *bénéfice de compétence*. Ce qui exclut, pour la femme comme pour le mari, l'emploi de la contrainte par corps et le risque d'infâmie consécutif à la *venditio bonorum* (v. t. I, p. 286 ss.).

A l'époque classique, cependant, la compensation joue de façon indirecte, c'est le procédé plus primitif de la *rétention* qui est utilisé (v. t. I, p. 334). Les quatre causes déjà indiquées donnent lieu à autant de rétentions dotales. Ce sont les *retentiones propter res amotas*, *propter res donatas*, *propter impensas et propter mores*.

LA THÉORIE DES IMPENSES. — C'est à l'occasion des *retentiones propter impensas* que les jurisconsultes romains ont divisé les impenses en trois catégories. Au cours de son administration de la masse dotale, le mari est amené à engager diverses dépenses. Celles qui font partie de l'entretien courant (frais de culture, menues réparations, nourriture des esclaves et des animaux...) sont la contrepartie de la jouissance de la dot et le mari ne peut en demander le remboursement (D., 25, 1, 3, 1). Il en va différemment pour les dépenses qui excèdent les charges normales. Si elles ont pour but la conservation ou l'amélioration des biens

dotaux, elles doivent être supportées par la dot. On distingue à cet égard les impenses nécessaires des impenses utiles. Les premières (par ex. grosses réparations des bâtiments, soins médicaux aux esclaves) sont exigées par la conservation du bien. Les secondes sont celles qui ont ajouté à la valeur des biens dotaux mais qui auraient pu ne pas être faites. Les impenses nécessaires diminuent la dot *ipso iure* (D., 23, 5, 2). Les impenses utiles ne peuvent être remboursées que si le mari a agi avec le consentement de sa femme (D., 25, 1, 8), ce qui est une nouvelle raison pour le mari de tenir sa femme au courant de sa gestion. Enfin le mari peut faire enlever les impenses utiles ou somptuaires (c'est-à-dire de pur agrément) faites sur un immeuble dotal à condition de ne pas le détériorer ou de réparer les dégâts causés par cet enlèvement. La plupart des *retentiones* sont transmissibles aux héritiers du mari. Cependant les *retentiones propter mores* (en raison des mœurs) qui sanctionnent l'inconduite de la femme sont intransmissibles en raison de leur caractère pénal. En outre, elles ne peuvent se cumuler avec une nouvelle source de créance pour le mari, elle aussi intransmissible à ses héritiers : la *retentio propter liberos* (à cause des enfants). Celle-ci joue en cas de divorce dû à la faute de la femme ou de son *paterfamilias*. Dans ce cas, il serait injuste que le mari soit entièrement privé de la dot qui est nécessaire à l'éducation des enfants. Il peut donc la conserver en partie, en fonction du nombre d'enfants vivants issus du mariage.

Les rétentions dotales ne sont pas un simple procédé technique inspiré par les principes de justice commutative. Le système gagne peu à peu en cohérence et en netteté. Symétriquement aux *retentiones propter liberos* et *propter mores*, les juristes de l'époque classique sanctionnent la conduite du mari lorsqu'elle est la cause du divorce. Le mari adultère perd tout droit aux délais de restitution. Il doit même restituer deux ans de revenus pour les biens dotaux frugifères. Si sa faute est moins grave, il ne devra qu'un an de revenus et aura droit à un délai de dix-huit mois.

Enfin, en cas de divorce dû aux torts réciproques, le mari ne peut invoquer les *retentiones* à caractère pénal : *propter mores* et *propter liberos*.

LA SYNTHÈSE DE JUSTINIEN. — L'empereur Justinien fusionnera les deux sortes de restitutions. Quant à la forme, l'unification se produit de façon apparemment singulière en faveur de l'*actio ex stipulatu*. Familiarisés avec l'interprétation de la volonté, les juristes byzantins présument l'existence d'une stipulation de restitution. Quant au fond, certaines caractéristiques de l'*actio rei uxoriae* sont reprises. C'est ainsi que l'*actio ex stipulatu*, action de droit strict, devient pour les besoins de la cause une action de bonne foi (I., 4, 6, 29) et le bénéfice de compétence subsiste. Mais d'une façon générale, comme dans toute la législation de Justinien, c'est la femme qui bénéficie des modifications. Outre l'abrogation de l'édit *de alterutro*, qui permet à la femme de cumuler le legs et la dot, le délai de grâce pour la restitution de la dot est supprimé et le mari n'a droit au remboursement des impenses utiles que si elles ont été faites dans l'intérêt de la femme.

Enfin la suppression du système primitif des rétentions est rendue possible par l'existence de techniques plus élaborées. C'est au premier chef la généralisation de la *compensation*. Au cas où le mari ne l'a pas invoquée lors de la restitution de la dot, il dispose de l'action de mandat ou de gestion d'affaires pour se faire rembourser ses impenses et d'une *condictio* fondée sur l'enrichissement injuste, pour se faire restituer les biens que la femme a détournés ou qu'il lui avait donnés (v. p. 456 : donations entre époux).

Comme en matière de tutelle, l'effort de synthèse accompli par les compilateurs byzantins s'accompagne d'importantes innovations dans le domaine des sûretés.

4) LES SURETÉS. — L'action *ex stipulatu* ne comporte par elle-même aucune espèce de sûreté. L'action *rei uxoriae*, au contraire, donne à la femme qui l'exerce un *privilège* qui lui permet de passer avant les autres créanciers ordinaires.

« Justinien a accumulé les garanties destinées à assurer à la femme ou à ses héritiers la restitution de la dot » (MONIER, I, p. 300). En 529, l'empereur accorde à la femme une hypothèque sur les biens dotaux qui existent encore lorsqu'elle agit contre son mari (C., 5, 12, 30). En 530, Justinien établit une hypothèque générale tacite sur les biens du mari (C., 5, 13, 1).

Cette sûreté prend rang au jour du mariage et ruine, de ce fait, le crédit des hommes mariés. L'année suivante, l'empereur ruine le crédit des célibataires en transformant cette hypothèque générale en hypothèque privilégiée prenant rang avant toutes les autres (C., 8, 16, 12 pr.). Le Code Napoléon, dans son article 1572, devait prendre soin d'abroger expressément une garantie aussi exorbitante. Mais notre jurisprudence devait élargir l'assiette de l'hypothèque en y comprenant les meubles.

§ 2. Les rapports de réciprocité et la collaboration entre époux

Les paraphernaux. — De façon plus ou moins indirecte, la femme mariée romaine apparaît de plus en plus mêlée à la gestion des biens dotaux. En outre, dès l'époque classique, le mari peut laisser à sa femme les revenus de la dot pour assurer son entretien (Dumont, *RHD*, 1943, p. 39 ss.). Mais dans le mariage *sine manu*, sauf le cas exceptionnel d'une constitution de dot de tout son patrimoine, la femme conserve des biens non compris dans la masse dotale : ce sont les paraphernaux. Les conventions matrimoniales contiennent habituellement un inventaire de ces biens pour éviter toute confusion avec ceux de la dot. Quand il y a contestation sur la provenance des biens que possède la femme, ils sont présumés lui avoir été donnés par son mari ou ses enfants. Cette présomption dite Mucienne, car proposée par Qu. Mucius, peut se retourner, en principe, contre la femme par suite de l'interdiction des donations entre époux. Elle n'en a pas moins été dictée par le désir d'éviter de porter atteinte à l'honorabilité des femmes en empêchant les recherches indiscrètes (D., 24, 1, 52). La présomption n'a pas été consacrée par notre Code civil et notre jurisprudence l'a rejetée (Cuq, p. 178, n. 12). Habituellement, c'est le mari qui est chargé par la femme de gérer sa fortune. Il s'agit là d'un simple mandat toujours révocable, la femme peut reprendre quand elle le désire la gestion directe.

Il semble qu'en pratique la mise en commun de la jouissance des paraphernaux se généralise au Bas-Empire. Sauf volonté

contraire de la femme, le mari est censé avoir reçu mandat tacite de gérer les paraphernaux. Il est dispensé de rendre compte des fruits et revenus perçus car ils sont présumés avoir été utilisés pour les besoins communs du ménage. Le mari est tenu d'apporter à sa gestion le même soin que dans l'administration de son propre patrimoine (faute *in concreto* : C., 5, 14, 11).

Il se crée donc entre conjoints une communauté d'intérêts en dépit de l'indépendance patrimoniale résultant du régime dotal. Cette situation va encore se renforcer avec l'apparition d'une nouvelle institution : la donation *ante* ou *propter nuptias*.

LA DONATION « ANTE » OU « PROPTER NUPTIAS » (avant ou à cause du mariage). — C'est une libéralité que le fiancé ou le mari fait à sa fiancée ou à sa femme, et qui ne produira son effet qu'à la dissolution du mariage, si elle a pour cause le décès du mari ou un divorce par la faute de ce dernier. On la considéra ensuite comme un apport destiné à subvenir aux charges de ménage (C., 5, 12, 29) et comme la contrepartie de la dot. Donation et dot constituent un bien de famille qui doit être gardé et transmis aux enfants après la mort de leur mère (C. T., 6, 61, 3).

Son origine est double. 1) Alors qu'il est impossible de voir dans la dot la survivance d'un mariage par achat, l'acheteur ne pouvant être la femme ou sa famille, il en va tout autrement pour la donation. L'ancienne coutume du paiement d'un prix par le mari se serait transformée en sanction contre l'abus de répudiation de sa part. 2) La contrepartie de la dot est en quelque sorte dans la logique de l'institution. La limitation des pouvoirs de disposition des conjoints sur leur patrimoine est justifiée par l'existence d'une masse de biens constituée en commun et affectée aux besoins du ménage.

L'apparition de la donation *ante nuptias* se réalise par voie coutumière, au cours du IVe siècle après J.-C. et sous l'influence de pratiques provinciales. Ces usages existaient en Orient depuis plusieurs millénaires et il semble qu'il en ait été de même en Gaule. Ils connurent une relance du fait des invasions des Germains qui observaient des coutumes analogues. L'influence du christianisme, parce que plus diffuse, est difficile à apprécier. Mais la réciprocité des apports des conjoints, l'affermissement

du mariage, par la sanction pécuniaire infligée aux répudiations injustifiées, s'harmonisaient avec les conceptions du Nouveau Testament ainsi qu'avec quelques souvenirs bibliques. En raison peut-être de la diversité de ces interférences, la législation du Bas-Empire est assez confuse. Les empereurs cherchent surtout à protéger les enfants du premier lit contre un remariage de leur mère et à assurer l'égalité entre époux.

DOT ET « DONATIO PROPTER NUPTIAS ». — L'influence unificatrice des compilations de Justinien fut d'autant plus appréciable que les empereurs d'Occident et d'Orient ne s'étaient pas préoccupés d'établir l'unité législative entre les deux parties de l'Empire. Le principe de l'égalité entre dot et *donatio* est généralisé. Egalité arithmétique et identité de constitution. Si la dot est augmentée en cours de mariage il en ira de même pour la donation, d'où son nouveau nom : *propter nuptias*. A l'inverse, si la dot promise n'a pas été intégralement versée, la donation est réduite d'autant. Les gains de survie, fixés dans les conventions matrimoniales et portant sur tout ou partie de la dot, doivent être égaux et réciproques. En présence d'enfants, ils ne seront faits qu'en usufruit. Durant le mariage, la donation *propter nuptias* est gérée par le mari comme les biens dotaux. Comme la dot, la donation est inaliénable sauf autorisation de la femme renouvelée deux ans après, mais l'hypothèque légale qui garantit la *donatio* n'est pas privilégiée.

LA COMMUNAUTÉ DE BIENS ENTRE ÉPOUX. — Théoriquement, le droit romain est passé d'un système de subordination de la femme, avec absorption de sa personne et de son patrimoine par le mari ou son *pater*, à un système d'indépendance absolue. Dans la pratique, « commencent à se dessiner dans des régions très diverses de l'Empire les rudiments d'une *communauté de biens* entre époux. Columelle signalait déjà pour l'Italie cette pratique plus forte que les règles juridiques » (GAUDEMET, p. 220).

Ce qui semble avoir le plus gêné les juristes pour entériner ces usages, c'est le problème des donations entre époux (v. p. 456). C'est la crainte de voir un conjoint dépossédé par l'autre et plus spécialement la crainte « que la cupidité de l'un

n'arrache une donation à la faiblesse de l'autre » (CUQ, p. 528). Mais la tromperie ou le chantage ne semble guère à craindre entre des conjoints qui s'efforcent de réaliser une communauté d'intérêts. Non seulement il y a entre eux réciprocité d'avantages mais, les rapports pécuniaires étant envisagés à long terme, il y a peu de risques d'introduire dans le mariage des considérations de vénalité. Si nous avons des preuves certaines d'associations entre époux, elles restent éparses et l'on voit mal la technique qui a été utilisée de façon générale. Certes, en constituant une société de tous biens (D., 34, 1, 16, 3), les époux peuvent faire échec à la séparation des intérêts patrimoniaux impliquée par la dot. Un tel contrat produisait les mêmes effets que s'il avait été conclu entre étrangers (cf. D., 42, 1, 52), la femme jouissant comme associée de l'égalité de droits avec son mari. Il existe cependant un procédé beaucoup plus souple et plus simple qui a pu permettre, dans la pratique, de traduire la réalité des rapports patrimoniaux entre époux : c'est la possession.

Si les juristes peuvent contrôler les conventions matrimoniales, décider de leur nullité ou de leur validité, ils demeurent le plus souvent impuissants devant les situations de fait créées par la communauté de vie des conjoints. Ils peuvent les ignorer, mais s'ils sont réalistes ils les constatent et les entérinent en les adaptant. C'est ce que font les juristes romains avec la possession. A la différence de la propriété, la possession est un rapport de fait qui est l'apparence d'un droit (t. I, p. 201 ss.). Nous avons une idée du rôle qu'elle a pu jouer en la matière en constatant que, tout en interdisant les donations entre époux, les jurisconsultes reconnaissent la validité des transferts de possession (D., 41, 2, 1, 4 ; dans le cas d'une donation faite par le mari : « à quoi servirait de dire que la femme ne possède pas puisque le mari a perdu la possession dès qu'il n'a pas voulu la garder »). Il ne s'agit pas là d'une reconnaissance platonique, car cette possession est protégée par les interdits possessoires (D., 43, 16, 1, 10). En revanche, mari et femme possèdent normalement l'un pour l'autre (v. par ex. D., 7, 4, 22, où la femme évite ainsi à son mari absent l'extinction d'un droit d'usage). Le fait de la société conjugale peut donc être l'objet

d'interprétations différentes. Rien ne prouve mieux l'importance des pratiques communautaires que l'accueil qui leur sera fait dans la législation des empereurs byzantins au VIIIe siècle *(Eclogè)*. Désormais l'union des biens complète celle des personnes, et l'union est d'autant plus parfaite que des enfants sont issus du mariage. Dans ce dernier cas, le décès de l'un des conjoints place le survivant — mari ou femme — à la tête du patrimoine commun (*Eclogè*, 2, 5). Tombent dans la communauté, non seulement la dot et la donation *propter nuptias*, mais toute la fortune personnelle du mari et de la femme. Dans ces conditions, l'égalité entre la dot et la donation est rejetée comme sans objet (*Eclogè*, 2, 3).

Dans le droit postérieur, le législateur s'efforcera de revenir dans toute la mesure du possible à l'orthodoxie du *Corpus iuris civilis*. A défaut d'égalité arithmétique, un certain équilibre des apports respectifs satisfait davantage les juristes épris de logique que l'égalité des droits sur les biens apportés. On peut toutefois sérieusement douter de l'efficacité de la législation impériale. Fort significatif à cet égard est l'aveu d'impuissance que formule l'empereur Léon le Sage lorsqu'il reconnaît se heurter à une « coutume tenace... s'enracinant en quelque sorte par un long usage dans l'esprit des hommes... » (Léon le Sage, *Novelle* 20).

La communauté conjugale n'est donc le monopole ni d'une religion ni d'un pays déterminés. « L'étude des civilisations diverses qui l'ont vue éclore révèle les conditions qui en permettent l'établissement : il faut que le ménage, c'est-à-dire la famille au sens étroit, unisse assez étroitement la femme à son mari et les enfants à leurs parents pour que sa cohésion lui permette de mener une vie indépendante de celle des lignages alliés par le mariage » (Timbal, p. 61). Il faut aussi et surtout que le lien conjugal soit moins fragile qu'il ne l'était en droit romain classique. Nul doute que ces conditions aient existé à des degrés divers selon les lieux et les époques, à Rome et plus encore à Byzance. Mais la netteté des contours de la technique dotale romaine explique le peu d'attention que l'on prête aux coutumes communautaires dont les dispositions apparaissent, en comparaison, à peine esquissées.

ÉTAT DES QUESTIONS

La femme est le commencement et la fin d'une famille. — La situation de la femme à Rome, et plus particulièrement celle de la femme mariée, apparaît comme paradoxale sinon contradictoire. Les inscriptions funéraires font allusion à une société conjugale des plus paisibles tandis que les auteurs littéraires renchérissent à qui mieux mieux sur la liberté d'allures et la dépravation des femmes surtout dans la haute société romaine. Tout ceci n'a certes rien de bien étonnant, il y a toujours affrontement des anciens et des modernes. Mais l'attitude du législateur impérial peut paraître plus surprenante. Outre des dispositions de détail, deux empereurs — et non des moindres : Auguste et Justinien — se sont spécialement occupés du sort de la femme mariée. Certes ils ont tous deux été inspirés par des motifs différents. Les préoccupations populationnistes dominent chez le premier ; le second au contraire ne pouvait se soucier de faciliter les remariages, le droit chrétien étant défavorable aux secondes noces. Les motifs qui ont inspiré Justinien laissent perplexe. Empereur féministe, a-t-on dit, en suggérant l'influence de sa femme Théodora... On peut se demander si le travail de compilations effectué à son époque n'a pas fait davantage pour que les juristes prennent conscience de la situation d'infériorité dans laquelle se trouvait la femme. La tutelle n'existe pas plus que l'autorité maritale, et la propriété du mari sur la dot n'est qu'une subtilité de légiste. Mais les principes demeurent ! Qu'ils apparaissent vidés de leur contenu rassure le juriste sur le sens de l'histoire. Mais l'ensemble du système juridique romain continue à reposer sur de tels principes qui restent pour le moins des virtualités redoutables. Il y aurait sans doute profit à tenir compte de cela pour apprécier l'opposition entre les différentes manifestations du droit vulgaire et un droit savant qui n'a peut-être pas toujours été aussi platonique qu'il paraît.

L'action rei uxoriae. — On peut se demander pourquoi, en dépit de ses avantages, l'action *rei uxoriae* de bonne foi a continué à être concurrencée par l'action *ex stipulatu* de droit strict. Certes le constituant de la dot ainsi que la femme ont intérêt à l'application de solutions rigoureuses, mais cela suppose ou peut créer un climat de méfiance qui laisse mal augurer de l'avenir du mariage.

En réalité, pour les parties, les avantages techniques de l'action de bonne foi sont largement contrebalancés par le pouvoir d'appréciation discrétionnaire du juge. Les conventions matrimoniales sont la terre d'élection des arrangements de famille. Si, en droit romain, à la différence de ce qui se passera dans notre ancien droit, ces ententes ne règlent pas la dévolution des biens pour plusieurs générations, elles n'en définissent pas moins de façon très personnelle les rapports entre conjoints et leur entourage. L'intrusion des pouvoirs publics paraît dans ces conditions peu souhaitable et l'on préférera une interprétation stricte des conventions, fût-ce parfois aux dépens de l'équité. Si, pour la doctrine, le caractère de bonne foi de l'action, à l'instar du consensualisme dans les contrats, peut être considéré comme le

couronnement du développement de la technique juridique, les justiciables sont souvent, et à toutes les époques, d'un avis différent.

Pour une étude d'ensemble des rapports patrimoniaux entre époux, v. GARCIA GARRIDO, Ius uxorium. El regimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano, *Cuadernos del Instituto Juridico Español*, IX, 1958. V. également : SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. La dote*, Catane, 1959 ; CANNATA, Dote, *Enciclopedia del Diritto*, 1965, p. 1 ss. ; ASTOLFI, La « Praeceptio » della dote non legata, *Labeo*, 1964, p. 329 ss. ; BURDESE, Aestimatio dotis, *Studi Betti*, II, 1962, p. 167 ss. ; DA NOBREGA, L'action rei uxoriae et les iudicia bonae fidei, *Romanitas*, 1961, p. 461 ss. ; KÖNIG, Die vor der Ehe bestellte dos nach Klassischem römischem Recht, *SDHI*, 1963, p. 151 ss.

Les rapports de réciprocité et la collaboration entre époux. — La question a été renouvelée par les études de J. GAUDEMET ; v. en dernier lieu : Aspetti comunitari del regime matrimoniale romano, *Jus*, 1961, p. 450 ss. Comme le souligne très justement l'a., l'étude de la société conjugale romaine reste à faire.

Les conjoints ont utilisé les moyens les plus divers pour arriver à leur fin, pour infléchir dans un sens ou dans l'autre le régime légal de la dot ou les pratiques communautaires. Le juriste ne perçoit guère cette évolution qu'à travers les périodes de crise, c'est-à-dire en cas de défaillance de l'entente conjugale.

V. par ex. C., 4, 50, 5 et 6 : la femme, qui a servi de prête-nom à son mari pour l'achat d'une propriété, essaie de profiter de la situation. C'est plus généralement le mari qui tentera d'abuser de la situation. Il n'est pas coupable si par sa faconde il persuade sa femme de tester en sa faveur (C., 6, 34, 3) mais il ne doit pas, pour plus de sûreté, aller jusqu'à rédiger lui-même le testament (C., 9, 23, 4). En revanche, il peut hériter quelle qu'ait été la brièveté du mariage (C., 6, 37, 19).

Moins perceptibles mais encore plus significatifs sont les cas où l'entente des conjoints se transforme en collusion pour tourner la loi et frauder les autres membres de la famille. L'imagination des conjoints semble avoir été particulièrement fertile. *Novelle* 22, 19 : divorce simulé pour obtenir le versement de la dot et de la *donatio propter nuptias* (cf. *supra*, p. 235, sur la possibilité d'utiliser la possession pour tourner l'interdiction des donations entre époux) ; *Novelle* 98, 2 : fraude à l'encontre des enfants.

L'étude des régimes matrimoniaux en droit byzantin permet de poser dans toute son ampleur le problème des sources du droit et plus particulièrement celui des rapports entre la loi et la coutume. V. en dernier lieu DE MALAFOSSE, La loi et la coutume à Byzance, manifestations d'autorité et sources d'enseignement, *Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, XXIII, VIe Congrès de droit international et de droit comparé, Hambourg, 1962, p. 59 ss.

A défaut du principe moderne de liberté des conventions matrimoniales, les us et coutumes introduiront en droit byzantin d'autant plus de dérogations au régime des biens entre époux qu'il n'existe pas de système homogène. La communauté de l'*Eclogè* côtoie le régime dotal du *Corpus iuris*

civilis qui lui-même coexiste avec le système mixte des *Novelles* de LÉON LE SAGE.

Les questions de vol entre conjoints ont fait l'objet de récentes études de la part de WACKE, Actio rerum amotarum, *Forschungen zum römischen Recht*, 1963, et de GUARINO, Res amotae, *Atti Acc. Sc. morali e politiche... in Napoli*, 1964 ; Actio rerum amotarum, *Labeo*, 1964, p. 433 ss.

Sur les limites de la prohibition des donations entre époux, v. CAMACHO-EVANGELISTA, « Annuum » y « menstruum promissum », *Synteleia Arangio-Ruiz*, 1964, p. 396 ss. ; KASER, Nerat. D., 24, I, 44, *TR*, 1962, p. 336 ss.

Sur des questions diverses, v. ANDREEV, La lex Iulia de adulteriis, coercendis, *Stud. cl.*, 1963, p. 165 ss. ; CARNELUTTI, Matrimonium seminarium rei publicae. Chiose alla proposta della istituzione di un tribunale per la famiglia, *Riv. di dir. processuale*, 1964, p. 1 ss. ; HOPKINS, Contraception in the Roman Empire, *Comparative Studies in Society and History*, 1965, p. 124 ss. ; SCHAUB, Der Zwang zum Entlassung aus der Ehergewalt und die remancipatio ohne Uxor, *ZSS*, *RA*, 1965, p. 106 ss. ; SELB, Reichsrecht und lokale Eheschliessungsformen in den römischen Ostprovinzen, *JJP*, 1965, p. 99 ss.

Chapitre IV

LA COMMUNAUTÉ ENTRE ÉPOUX

Le droit romain était parti d'idées foncièrement individualistes, mais avait dû reconnaître au Bas-Empire l'importance du fait communautaire. A l'époque franque, l'individu ne compte guère et les rapports d'intérêts qui s'établissent entre époux procèdent de l'association ou tout au moins de la collaboration qu'implique, en fait, le mariage. L'Eglise insiste à la fois sur l'indissolubilité de celui-ci et sur l'union nécessaire des époux ; elle enseigne aussi que l'homme doit abandonner sa famille pour ne faire qu'un avec son épouse (*Gen.*, II, 23), qu'il doit, en somme, sacrifier son lignage à son ménage.

Ce sacrifice, le lignage ne peut l'accepter. Dans la cérémonie du mariage, la famille de la femme et celle du mari interviennent à côté des époux pour les assister ou les surveiller.

Le temps du mariage appartient aux époux, au mari surtout dont l'autorité n'est pas discutée. La mort de la femme ne pose guère de problèmes. Par la mort de son mari, au contraire, la femme se trouve privée de protection et démunie de ressources, ce qui, jusqu'au XIIe siècle, mettra au premier plan la question des droits de la veuve (section I).

Les coutumes auront la même préoccupation et elles y pourvoiront selon leurs tendances : les coutumes lignagères poursuivront sur la lancée du droit franc pour aboutir à l'institution du douaire — qui convient mieux aux nobles et à leurs biens (section II) ; les idées communautaires conduiront, au contraire, à la construction de la communauté entre époux (sections III et IV).

SECTION I. — Les origines franques

PRÉHISTOIRE JURIDIQUE. — Pour les Germains, la femme est un objet de propriété et la polygamie est normalement le signe de la richesse. La femme est achetée à son père ; le témoignage de Tacite (*Germ.*, 18) paraît sur ce point formel : « Ce n'est pas la femme qui apporte une dot à son mari, mais le mari à sa femme. Les parents et les proches agréent les présents qui ne sont pas ceux dont on se sert pour charmer les femmes ou ceux dont on pare une nouvelle mariée, mais des bœufs, un cheval avec son mors, un bouclier avec la framée et l'épée... C'est en échange de ces présents que la femme est reçue comme épouse *(in haec munera uxor accipitur)* et celle-ci, en retour, apporte quelques armes à son mari. »

Le témoignage est très net : si à Rome la femme apporte une dot à son mari, chez les Germains le mari fait une donation à sa femme ou à ses beaux-parents, ce qui fait forcément penser au mariage par achat étudié par les sociologues.

La stabilité des mariages était grande et la femme jouissait dans la famille d'une grande autorité (cf. p. 126) ; il est pourtant, à raison même de la pénurie et de l'antiquité des sources comme de la variété des systèmes imaginés par les modernes, bien difficile de parvenir à des conclusions certaines :

1) Chaque peuple a dû avoir sa conception propre du mariage et des rapports d'intérêts qui en naissent : du IIIe au Ve siècle, le peuplement barbare est trop disparate, fait de races qui se succèdent avec trop de rapidité pour qu'on puisse mesurer la portée exacte des grandes invasions. Les Barbares qui s'établissent en Gaule et même les Lètes au service de Rome n'étaient pas forcément des Germains ; les Alains qui envahissent la Gaule en 407 sont, comme les Huns et les Sarmates qui la dévastent en 451, des nomades venus des steppes. Les Burgondes ont subi des influences syriennes et les Visigoths ont séjourné en Russie méridionale. Tous ces peuples gardent leurs traditions propres qu'attestent leur armement, leurs tombes et leur mobilier funéraire.

2) Le fond gaulois demeure et l'époque des invasions marque même en bien des régions un renouveau des divinités pré-

romaines, celtiques ou ibères. Pour les Gaulois que décrit César (*Bell. Gall.*, VI, 19), le mari a bien sur sa femme un droit de vie et de mort, mais quant à leurs biens, les époux sont placés sur un pied d'égalité : la femme apporte à son mari une dot mobilière *(pecuniae)* et le mari prend sur ses biens une dot d'égale valeur pour la constituer à sa femme. La masse constituée par les deux apports appartient au survivant qui jouit aussi, semble-t-il, des bénéfices réalisés pendant le mariage. Chez les Ibères, Strabon (III, 165) rapporte que les filles héritaient de leurs parents et qu'elles dotaient leurs frères. Le tombeau de la « dame de Vix », trouvé en 1953, suffit à établir le rôle qu'ont pu jouer les femmes dans la société gauloise.

3) On a jadis prétendu (TARDIF, LEFEBVRE, CHÉNON) que la communauté était d'origine chrétienne : elle serait née spontanément dans la conscience d'un peuple imprégnée des principes de l'Evangile, si même elle n'avait pas été instituée par une décrétale d'Urbain III (XIV, 20, 2). C'est oublier que bien des provinces chrétiennes — le Midi, la Normandie et aussi l'Italie et l'Espagne — n'ont jamais connu la communauté et que l'esprit d'association ou de coopération des époux — seul recommandé par l'Eglise — ne suffit pas à expliquer les règles minutieuses de la communauté.

LE DROIT FRANC : LA DOT. — On retrouve, dans le droit de l'époque franque, des idées singulièrement mêlées.

Un premier principe, tout d'abord, remonte au droit romain. Le mariage suppose une dot : *Nullum sine dote fiat conjugium ;* sans dot il n'y a pas mariage, mais simple concubinat (cf. p. 184). Une constitution de 458 (abrogée, il est vrai, en 463) décide que les époux « unis sans dot » seront notés d'infâmie et que leurs enfants ne seront pas légitimes. La règle est reprise dans une lettre célèbre du pape Léon le Grand de 458, dans la loi romaine des Visigoths (III, 1, 9), dans les capitulaires et, finalement, dans le *Décret de Gratien* (XXX, 5, 6).

Le mot *dot* peut désigner, d'ailleurs, deux choses bien distinctes :

a) La dot germanique, *dos ex marito* chez les Burgondes, *donatio nuptialis*, *pretium nuptiale*, qui garde la tradition du mariage germanique et qui peut aussi parfois constituer la

régularisation d'un mariage par rapt : des actes de l'époque font ainsi de la dot la « composition » due par le ravisseur et le moyen de légitimer son union (MARCULF, II, 16). On sait qu'à l'époque carolingienne l'Eglise influencée par le droit romain interdira, au contraire, au ravisseur d'épouser sa victime (p. 187). Aux parents de la femme, le mari paye un prix symbolique déjà indiqué (p. 184). A la femme, il constitue sur ses biens une dot par un acte écrit qui est le *libellus dotis*. A défaut de convention spéciale, cette dot est fixée chez les Ripuaires à cinquante sous (*Loi rip.*, tit. 37). Vers le IXe siècle, la donation porte parfois sur une moitié des biens du disposant.

b) La dot romaine qui désigne l'apport de la femme : ses hardes et ses bijoux, mais aussi les biens qu'elle peut posséder ou ceux qui lui sont donnés par ses parents en avancement d'hoirie quand des droits successoraux sont reconnus aux filles.

Un certain équilibre existait-il entre les deux apports ? La chose est fort douteuse dans la tradition germanique : chez les Germains, d'après Tacite, la femme donne à son mari des armes qui constituent certainement le contre-don, la contre-prestation due par le donataire au donateur (cf. p. 241). Au contraire, le droit romain du Bas-Empire établit une égalité entre la dot et la *donatio propter nuptias* (qui n'est pas sans rappeler la *dos ex marito*) et cette égalité admise par les Gaulois selon César (VI, 19), reprise dans une *novelle* de Valentinien III, se retrouve dans la Loi des Visigoths (III, 1, 5 ; cf. p. 233).

c) Outre la dot, le mari donne à la femme (par simple *traditio* et non par acte écrit, semble-t-il), le lendemain du mariage, des cadeaux qui constituent le *morgengabe* ou *don du matin* (GRÉGOIRE DE TOURS, IX, 20), souvent qualifié de *pretium virginitatis*. On y a vu tour à tour un honneur fait à la femme (le trésor des Nibelungen est le *morgengabe* de Kriemhilt), une ratification du mariage, une renonciation du mari à son droit de répudiation. Assez vite, la signification de l'institution se perd, à raison même de l'affirmation par l'Eglise de l'indissolubilité du mariage : le *morgengabe* va se confondre avec la *dos ex marito* et cette confusion est à l'origine du douaire coutumier.

IMPORTANCE SOCIALE DE LA DOT. — Economiquement, la *dos ex marito* comporte les cadeaux d'usage, les vêtements ou

les bijoux, que l'on retrouve souvent dans la sépulture des femmes gallo-romaines aussi bien que franques ; elle porte aussi sur des biens fonds : Chilpéric Ier donne à son épouse cinq cités *tam in dote quam in morganegyba hoc est matutinale donum* (Grég. de Tours, *Hist. Fr.*, IX, 20). Cette dot est toujours élevée : les cinquante sous de la dot légale des Ripuaires valent six cents deniers d'argent, soit le quart des deux cents sous payés pour le meurtre d'un homme libre, ou encore le prix de vingt-cinq bœufs (cf. *Loi rip.*, XXXVI, 11).

Socialement, la dot est la pièce maîtresse de tout le droit familial. Si dans le *libellus dotis* le mari constitue seul la dot, on devine auprès de lui l'intervention attentive des deux familles. Les chefs francs recherchent des épouses romaines qui sont aussi chrétiennes. En principe, la *dos* est régie par la loi du mari mais, comme le remarque Salin (t. IV, 453) : « Par l'action de la femme et du prêtre, la *Romania* finit par l'emporter : c'est à son profit qu'évolue la fusion progressive des deux peuples. » De là vient, peut-être, la relative liberté que paraît avoir la femme au VIe siècle qui, même pendant le mariage, a la propriété de la dot constituée par son mari dont elle dispose librement (p. 128).

Dès le VIIIe siècle, au contraire, cette liberté n'est plus de mise. Plus que le patrimoine propre de la femme, la dot est, désormais, devenue celui de la famille et, partant, des enfants qui ont vocation à en hériter. L'influence de l'Eglise s'est faite plus profonde et elle a joué incontestablement en faveur de l'autorité du mari. Mais, comme l'indique assez le témoignage irrécusable des sépultures, les souvenirs romains s'estompent et la société se barbarise : la femme, si elle n'est pas incapable, n'agit plus qu'avec l'assistance de son mari (p. 130) et tous deux subissent le resserrement du groupe familial (p. 60).

La collaboration des époux. — La femme, même si elle est sous la dépendance du mari, demeure son associée : *loco filiae, socia vitae*. Entre eux, la communauté de vie, le travail en commun ou, comme disent les chartes, la *conlaboratio*, créent une communauté d'intérêts.

Le premier témoignage remonte au début du VIIe siècle et il est fourni par le texte de la Loi ripuaire qui concerne la dot

légale de cinquante sous ; outre celle-ci, la femme peut revendiquer *tertiam partem de omni re quam simul collaboraverunt*, ce qui doit se comprendre du tiers des conquêts. Des formules des VIIe et VIIIe siècles font allusion à cette *tertia* qui paraît s'être vite répandue. Un capitulaire de 821 (BORÉTIUS, t. I, p. 301) indique que la veuve aura droit même au tiers des biens acquis à titre de bénéfice par son mari et cela comme *tertia collaborationis*. Dans le royaume lombard, le *morgengabe* est fixé au quart du patrimoine.

Sur un autre point, le témoignage de la Loi des Ripuaires est formel : la *tertia* n'est accordée qu'à la femme à qui n'a pas été constituée une dot par un acte écrit, ce qui a pu viser, à l'origine, de petites gens, mais concernera vite — comme l'implique le capitulaire de 821 — les vassaux et les bénéfices. L'absence d'écrit explique, en tout cas, que la pratique de la *tertia*, mentionnée dans les formules, ait laissé assez peu de traces dans les actes.

Parallèlement, la femme perd tout droit de propriété sur la dot qui lui avait été constituée. La chose n'apparaît guère pendant le mariage — du moment surtout où l'Eglise est parvenue à interdire le divorce ; mais elle est très nette au cas de mort de l'un des époux.

1) Anciennement, la dot du mari est comprise comme un prix payé ou comme un cadeau définitivement fait à la femme et aux enfants. Au cas de remariage, la veuve garde la dot (sauf l'*achasius*, p. 185), qui doit revenir après sa mort aux enfants du premier lit. Même si elle n'a pas d'enfants, la veuve conserve les deux tiers de sa dot ; la Loi burgonde (XXIV) ordonne que si la veuve n'a pas d'enfants, tout ce qu'elle a eu par *donatio nuptialis* aille, après sa mort, moitié à ses propres parents, moitié à ceux de son premier mari.

2) Vite, ce droit de propriété de la femme paraît dangereux pour l'intégrité du patrimoine familial. Les conceptions juridiques sont encore trop rudimentaires pour qu'on parle d'usufruit ; pourtant, le droit de la femme s'en rapproche beaucoup. La dot doit être restituée aux enfants et, s'il n'y en a pas, aux héritiers du mari : par là, les droits de la famille l'emportent sur ceux de la femme.

3) Mais, même contre la famille, les droits de la veuve sont nettement affirmés. La préoccupation essentielle est de lui fournir, après la mort de son mari, les ressources qui lui permettront de subsister : elle les trouve dans la dot du mari, mais si celui-ci n'y a pas pourvu, le droit vient à son secours en lui attribuant un tiers des conquêts. La même idée persistera dans les coutumes du XIIIe siècle et contribuera à faire du douaire, plus même que de la communauté, l'institution essentielle du droit matrimonial.

DU Xe AU XIIe SIÈCLE. — Pendant trois siècles, les rapports d'intérêt entre époux vont dépendre de traditions fort vagues et plus encore des conventions faites à la veille des noces. Rien ne marque mieux l'état d'esprit des grands que les contrats de mariage des comtes de Toulouse : en 1037, après avoir invoqué « l'autorité des lois romaines, visigothes et saliennes », Pons fixe les droits qu'il accorde à son épouse (*H. L.*, t. II, p. 200). En 1095, Bertrand, fils de Raimon de Saint-Gilles, constitue en dot à Hélène de Bourgogne, Rodez et Avignon, comme « le veut sa loi romaine » (*H. L.*, t. V, p. 738).

Chacun suit ainsi, en attribuant un *dotalicium* ou un *sponsalicium* à sa fiancée, son inspiration propre ; mais les actes — surtout dans le chartrier de Cluny — sont assez nombreux pour permettre de déceler les tendances de l'époque :

1) Il est maintenant fréquent que la femme constitue une dot à son mari. Déjà la fille de Frédégonde avait eu besoin de cinquante chariots pour apporter sa dot ; mais ce qui était tenu par Grégoire de Tours (VI, 45) pour une singularité est devenu chose courante. La femme ne reçoit plus seulement des vêtements ou des bijoux — son trousseau —, elle obtient souvent de ses parents sa part héréditaire. On ne parle pas d' « achat » du mari par crainte du mot plus que de la chose ; il n'empêche que l'importance de la dot est devenue l'une des qualités premières de la femme. Le fait peut être interprété par les sociologues mais il est certain ; au moins à partir du Xe siècle, les apports de la femme surpassent le plus souvent ceux du mari : la dot est redevenue comme en droit romain une donation de la femme (ou de ses parents) au mari.

2) Il arrive encore suivant la tradition franque que le mari

donne à la femme la pleine propriété de la dot qu'il lui constitue : Bertrand de Saint-Gilles permet ainsi à son épouse de disposer de sa dot si elle lui survit et si elle n'a pas d'enfants (cf. également *Cluny*, n° 2265). Le plus souvent, au contraire, les clauses des actes marquent bien les progrès des deux idées déjà décelées au VIIIe siècle :

a) La femme à laquelle on conseillait jadis de laisser sa dot à ses enfants (*Form. Anjou*, 54) y est maintenant obligée, le mari s'imposant d'ailleurs, s'il survit, la même obligation. La donation de Pons de Toulouse est très nette à cet égard et la même clause se retrouve dans tous les actes méridionaux de l'époque. Parfois la veuve peut disposer de sa dot avec l'assentiment de ses enfants ; mais le plus souvent, il est très net que ceux-ci en deviennent propriétaires à la mort de leur père.

b) S'il n'y avait pas d'enfants du ménage, quelques actes — gardant sans doute le souvenir du droit franc ou burgonde — prévoient encore que la dot sera partagée à la mort de la femme entre ses héritiers et ceux du mari. Mais après le Xe siècle les actes n'accordent plus qu'une jouissance viagère à la femme survivante ; à sa mort, les biens reviendront aux parents du mari. Pendant le mariage, il est manifeste que le mari, au contraire, garde la jouissance des biens donnés à sa femme. En Bourgogne, en Languedoc, il arrive même qu'il dispose de la nue-propriété des biens qu'il avait constitués à sa femme (*H. L.*, t. V, p. 954).

3) Enfin, les actes attribuent souvent à la femme une part des acquêts ; le mari déclare donner à la femme, outre la dot, une portion fixée communément au tiers des biens du ménage ; la clause apparaît, par exemple, dans des chartes de 905, de 944 et 946 (*Cluny*, nos 88, 659 et 687). Dans ces chartes, la *tertia* est donnée en propriété mais elle paraît bien porter à la fois sur les acquêts *(quidquid conquirere vel laborare potuerimus)* et sur les biens propres du mari *(quidquid visus sum habere)*. Aucune mention spéciale ne concerne les meubles. Si le contrat de mariage ne contenait aucune clause à ce sujet, il n'en était pas moins possible au mari de faire participer la femme à ses acquisitions dont elle devenait ainsi co-propriétaire.

On hésite encore manifestement pour assurer les droits de

la veuve entre deux systèmes : lui donner une portion des biens du mari (ce qui deviendra le douaire) ou lui assurer la co-propriété des acquêts (ce qui conduira à la communauté). On peut imaginer ce que sont les prétentions du lignage du mari : dans le premier cas, imposer seulement une donation en usufruit pour que les biens reviennent à la famille à la mort de la veuve ; dans le second cas, laisser faire puisque les parents ne se reconnaissent aucun droit sur les acquêts.

Section II — Le douaire

« Dame ne doit demeurer sans douaire ». — Beaumanoir, qui traite à peine de la communauté, consacre de longs développements au douaire, ce qui marque bien que l'institution a gardé son importance ancienne et qu'elle demeure la pièce maîtresse du contrat de mariage.

« Les dames ne doivent pas demeurer sans douaire » (P. de Fontaines, XXI, p. 219), car elles ont « peu d'esprit de prévoyance » et elles « souffrent les douleurs de l'enfantement ». Beaumanoir (n° 429) donne une raison plus sérieuse : il faut préserver la veuve contre la famille de son mari (ce qui comprend d'ailleurs, ses propres enfants). Comme Tacite, comme les formules franques, Beaumanoir (n° 445) mentionne l'intervention des deux familles : le prêtre interroge le mari « du douaire qui est devisé (convenu) entre mes amis et les tiens » (cf. Loysel, n° 120). La question ainsi posée suffit à montrer l'importance que l'Eglise et l'opinion populaire attachent à ce douaire conventionnel. On peut croire que le prêtre et les parents ne manquent pas de rappeler au mari, s'il oublie ses devoirs, ce qu'il doit à sa femme ou aux usages.

La royauté — pourtant bien timide en matière de droit privé — va intervenir dans une ordonnance de 1214 dont le texte n'est pas conservé, mais que mentionnent Beaumanoir (dont le témoignage est souvent suspect) mais aussi Pierre de Fontaines (XXI, 45). Si les époux n'ont pas réglé le douaire conventionnel de la femme, le roi lui reconnaît un douaire coutumier. Sans doute, celui-ci existait-il avant 1214 (ou était-il

tout au moins en voie de formation) et l'intervention du roi ne concerne-t-elle que la compétence prétendue à son sujet par les cours laïques. Peut-être aussi Philippe-Auguste a-t-il, au retour de la croisade, voulu imiter les règles suivies dans l'Orient latin (J. IBELIN, 177). La solution est, en tout cas, fort semblable à celle du droit ripuaire : où les conventions font défaut, la coutume intervient.

LA PERSISTANCE DES RÈGLES ANCIENNES. — Les coutumes vont maintenir les règles anciennes en les stylisant souvent dans des brocards :

1) Comme pour l'ancien *morgengabe*, c'est la consommation du mariage qui fait acquérir à la femme son droit au douaire : « Au coucher gagne la femme son douaire » (LOYSEL, n° 124). La règle est enracinée dans les croyances populaires et elle est liée à la conception toute réaliste du mariage ; on la retrouve dans la coutume de Lorris (1152), dans la *Summa* normande (CI), dans *Jostice et Plet* (X, 2, 2), dans Beaumanoir (n° 460). On peut même rapporter à l'ancien *pretium virginitatis* les dispositions des coutumes qui imposent au ravisseur de « douer » la fille séduite (*Ass. Jérusalem*, CXIX).

2) Le douaire est personnel à la femme et viager. Il n'est dû que si la femme survit à son mari : « Jamais mari (vivant) ne paya douaire » (LOYSEL, n° 125). Pendant le mariage, l'épouse n'a aucun droit sur les biens composant son douaire puisque la donation serait caduque si la femme mourait avant le mari. Propriétaire des biens qui composent le douaire, le mari peut donc les aliéner, mais après sa mort les acquéreurs pourront être évincés par la femme (*Etabl.*, I, 173). De son côté, celle-ci n'a qu'une saisine temporaire (que l'on identifiera bientôt à un usufruit) ; mais son douaire est franc et quitte de toutes charges et elle n'a pas à contribuer comme douairière au payement des dettes du mari.

3) Enfin, « douaire sur douaire n'a lieu » : le douaire coutumier n'est dû que si aucun douaire préfix n'a été constitué ; la femme ne peut renoncer à la convention faite pour revendiquer le douaire coutumier (*Olim*, t. III, p. 1193) ; c'est du moins le sens ancien de la règle (Lorris, C. 14) qui signifiera par la suite qu'au cas de mariages successifs le mari ne peut

pas constituer à sa seconde femme le même douaire qu'à la première.

La construction technique du douaire coutumier. — Il restait à fixer les règles propres au douaire coutumier : assiette, quotité, saisine du mari et de la femme. Ici encore, les coutumes obéissent à leurs tendances propres, l'Ouest gardant mieux que les autres provinces les traditions franques.

1) Le douaire conventionnel porte normalement sur les biens fixés au contrat (d'où le nom de douaire préfix) et le mari y trouve l'avantage, en même temps qu'il grève spécialement certains biens, de libérer les autres. Il est remarquable que quelques coutumes (Saintonge, art. 75, Marche, art. 288 ; mais aussi à Amiens et parfois en Hainaut) en soient restées là et n'aient jamais connu le douaire coutumier. Celui-ci existe, au contraire, dans la plupart des coutumes qui divergent cependant sur son étendue :

a) Le douaire sur les acquêts existait, au moins en germe, dans la *tertia* franque ; le souvenir n'en est pas tout à fait perdu : dans l'Ouest, où des textes précis le réprouvent, en Normandie (*T. A. C.*, c. 79) ou à Bordeaux (ord. 1206 ; Barckhausen, p. 525). A Dijon, à Orléans, il existe un douaire au moins subsidiaire sur les acquêts ; dans la région picarde et wallonne, on a pu déceler la même tradition (Yver, *Rev. Nord*, 1953, p. 205). Selon la coutume de Lorraine, les veuves nobles jouissent pareillement d'un douaire mixte. Dans le droit angevin, le conjoint survivant possède même un usufruit sur la deuxième moitié des acquêts de communauté (R. Carabie, *RHD*, 1950, p. 141).

b) En règle générale, le douaire porte sur les immeubles possédés par le mari au jour du mariage et, sauf une discussion au XIVe siècle dont Loysel a gardé le souvenir (nº 121), sur les biens venus au mari pendant le mariage de ses ascendants, soit par succession, soit par donation en avancement d'hoirie. Les autres immeubles appartiennent à la communauté et, au lieu du douaire, l'époux survivant pourra en prendre la moitié.

2) L'opposition des coutumes est plus nette encore en ce qui concerne la quotité du douaire :

a) L'Ouest reste fidèle au douaire du tiers ; et cette quotité,

si elle rappelle bien la *tertia* franque, doit aussi être rapprochée du disponible du tiers, lui-même lié au tiercement des fiefs (cf. p. 481). Le rapprochement est d'autant plus net que le douaire du tiers vise le douaire noble tandis que le douaire roturier est de moitié (*Etabl.*, I, 16 et 137). En Poitou, la veuve peut « lever la tierce partie des choses nobles et la moitié des choses roturières » (Cout. 1417, n° 525) ; mais, dans quelques châtellenies, le tiercement n'appartient qu'à la femme noble et les roturières n'ont pas de douaire. On ne peut mieux marquer que le douaire appartenait, à l'origine, au droit des nobles. A l'inverse, en Picardie et en Artois, le tiers vise les rotures tandis que le douaire des fiefs est de moitié.

b) Dans les coutumes du groupe parisien, la quotité de moitié (déjà indiquée par l'ordonnance de 1214) est seule appliquée ; la veuve noble peut cependant réclamer le principal manoir (cf., p. 402 ; *Olim*, t. III, p. 595).

c) Enfin, la coutume de Normandie (*Summa*, c. 101) comportait une règle rigoureuse : le douaire conventionnel ne peut jamais excéder le tiers fixé pour le douaire coutumier.

3) Dès la consommation du mariage, la femme a « gagné » son douaire ; mais elle ne l'acquiert qu'à la mort du mari : d'où la double difficulté qu'ont à régler les coutumes :

a) Pendant le mariage, le mari, on l'a vu, peut disposer des biens grevés du douaire ; mais le droit éventuel de la femme faisant peser une menace sur toutes les acquisitions, les acquéreurs exigeront normalement son intervention ; comme le dit Beaumanoir (n° 622), le mari ne peut vendre « que de l'octroi et volonté de la femme ». En fait, la femme renonce par serment à demander son douaire sur le bien vendu (*Etabl.*, I, 173) et elle en vient ainsi à participer à toutes les aliénations du mari pour les autoriser. On aboutissait à une quasi-inaliénabilité des biens du mari. Il en était ainsi, tout au moins dans le cas d'un douaire coutumier, puisque celui-ci portait à concurrence de la moitié sur tous les propres du mari. Le douaire préfix, au contraire, pouvait être assigné sur des biens déterminés (ce qui libérait le reste du patrimoine) ; il pouvait même consister en une rente elle-même assignée sur un immeuble.

b) Par le prédécès du mari, le droit de la femme devenait

actuel mais, anciennement, elle doit demander la saisine à la justice. La règle demeurera, au moins en droit parisien, pour le douaire préfix ; mais on admet à l'inverse que le « douaire coutumier saisit » (LOYSEL, n° 129). Quant au partage à faire entre la douairière et les héritiers du mari, on admettait que « la douairière lotit et l'héritier choisit » (LOYSEL, n° 141 ; BEAUMANOIR, n° 459).

c) L'adultère de la femme la privait de son droit au douaire et la déchéance fut étendue au cas où la femme a abandonné son mari et où la séparation d'habitation a été prononcée contre elle : « Au mal coucher la femme perd son douaire » (*Gr. Cout.*, II, 32). Même après être entrée en saisine, la veuve peut perdre le douaire si elle « méfait » (*Etabl.*, I, 18), ce qui devait s'entendre à la fois de l'inconduite de la femme au moins pendant l'année de deuil et de toute mauvaise gestion des biens. Le remariage de la femme n'entraîne, au contraire, aucune déchéance.

4) On doit remarquer, enfin, que — à raison même de son origine qui tient à l'intérêt de la veuve plus qu'à l'affection mutuelle des époux — le mari survivant ne jouit normalement d'aucun droit équivalent au douaire : cependant, les coutumes de l'Ouest attribuent au mari un droit de viduité qui lui permet, après le décès de sa femme, de conserver sa vie durant la dot qu'elle avait apportée en mariage, pourvu qu'il en ait eu un enfant vivant qui ait « crié et brait » (*Etabl.*, I, 13 ; *Summa*, CXIX, 1). Le droit normand étendait même ce droit à tous les héritages de la femme, mais il le subordonnait à la condition de non-remariage. Le même usage existait en Angleterre (c'est la « courtoisie d'Angleterre »). Les coutumes de ravestissement (p. 399) admettaient également la transmission des biens au mari s'il était né un enfant « pleurant ».

SECTION III. — Les origines de la communauté

COMMUNAUTÉ ET DOUAIRE. — Le douaire ne concerne que les propres du mari : il répond à la mentalité d'une époque et d'un milieu. L'époque est celle d'une fortune fondée sur la possession de la terre — ce qui conduit à ne même pas prévoir

le sort des meubles — et d'une stabilité qui en est la conséquence. Les droits qu'aura la femme à la mort de son mari sont déterminés au jour du mariage ; ce qui implique qu'entre ces deux dates le patrimoine restera le même. Quant au milieu, il est celui des classes supérieures qui prennent grand soin de régler, à l'occasion du mariage, le sort de chacun des époux : il existe « une sorte d'affinité entre le douaire et le fief » (YVER, *Rev. Nord*, 1953, p. 205) qui tient à ce que l'un et l'autre ont été façonnés pour des nobles.

Au contraire, les classes inférieures, plus ignorantes ou plus confiantes, négligent les écrits et laissent aller les choses. Pour elles, le mariage est une « compagnie » qui entraîne forcément une communauté d'intérêts à laquelle la « collaboration » des époux donne tout son sens. Ceux qui se mettent en ménage sans rien avoir n'ont pas à négocier un contrat de mariage et font confiance à l'avenir. On peut rapporter à cette pratique le fait que, comme toute compagnie (BEAUMANOIR, n° 625), la communauté conjugale ne se forme que « par an et jour » dans les coutumes de l'Ouest (*T. A. C. Bretagne*, chap. 207 ; *Livre des Droiz*, chap. 93 ; YVER, *RHD*, 1953, p. 50).

Si, à l'origine, ce régime de communauté convenait aux roturiers et aux serfs, il convient aussi à une société en expansion qui est une économie du devenir : l'évolution juridique rejoint ici la logique historique en assignant comme date d'apparition de la communauté ce XIIIe siècle tout marqué par l'épanouissement d'une vie nouvelle et par l'activité de la bourgeoisie. La richesse mobilière augmente, comme l'importance des acquêts ; tout repose sur l'initiative du mari : une grande liberté d'action lui est laissée mais cette action peut être malheureuse et — notamment quant aux dettes — il paraît nécessaire d'assurer la protection de la femme.

LA DIVERSITÉ COUTUMIÈRE. — Là où l'esprit est résolument communautaire, on admettra une communauté universelle de tous biens : ainsi en Artois, dans certaines coutumes flamandes et aussi, semble-t-il, en Auvergne. Les coutumes du groupe picard-wallon poussent même à l'extrême l'idée de communauté en attribuant au conjoint survivant tout le patrimoine du mariage : c'est l'*entravestissement*, *ravestissement* ou, à Liége,

mainplévie. A Lille, le conjoint survivant — mari ou femme — jouit de la totalité du patrimoine familial sa vie durant ; soit par l'effet de lettres rédigées devant les échevins, soit « par sang » lorsque des enfants sont nés du mariage et ont vécu le temps nécessaire pour être baptisés (*Livre Roisin*, 121). Parfois aussi, le ravestissement a lieu en toute propriété pour les meubles mais aussi pour les héritages.

La Normandie, au contraire, ignorera toujours la communauté et pratiquera le régime dotal, sans doute parce que la coutume qui s'est fixée dès le XIIIe siècle, avant la rédaction de la *Summa*, reste fidèle au droit des nobles et fort étrangère à l'idée communautaire (p. 9). On sait que nulle part la femme n'est plus dépendante et l'apport qu'elle fait au mari — le « chapel de roses » — est souvent fort réduit : « Le père doit un mari à sa fille et rien de plus. » Le mari devient propriétaire des meubles de la femme ; tous les acquêts (sauf les bourgages) lui appartiennent ; si même la femme a des immeubles propres, le mari en jouit et les administre comme les siens propres. Les donations entre époux sont prohibées. Avant le mariage, le mari ne peut donner aucun immeuble à sa femme ; celle-ci peut, au contraire, donner en propriété au mari, à titre de « don mobil », le tiers de la dot (R. CARABIE, *RHD*, 1964, p. 368). La coutume accorde, en revanche, à la femme trois avantages considérables :

1) On admet, sans doute sous une influence romano-canonique, l'inaliénabilité de la dot immobilière : « Bien de femme ne doit jamais se perdre » ; la femme peut dans l'an et jour reprendre le bien aliéné par son mari ou par elle-même en usant du « bref de mariage encombré ».

2) Si la femme était dotée en argent, la clause de « remport » (remploi) était de style : les deniers devaient être employés en immeubles qui étaient tenus pour propre.

3) Enfin, outre ses droits de douairière, la coutume accorda à la femme la qualité d'héritière sur le tiers des acquêts, sur le tiers des meubles (et la moitié s'il n'y avait pas d'enfants), sur la moitié des bourgages.

Entre ces deux solutions extrêmes — l'une sacrifiant complètement les droits du lignage, l'autre les exagérant — les cou-

tumes préféreront une communauté partielle. Aux diverses questions posées — situation des propres, des meubles, des acquêts, des dettes — elles fourniront des solutions moyennes qui donneront à la communauté, spécialement dans le droit parisien, sa forme classique. Mais ce n'est que dans la deuxième moitié du XIVe siècle que le régime de communauté sera pleinement constitué.

LES PROPRES DES ÉPOUX. — La distinction des propres, des meubles et des acquêts est ancienne et elle va trouver son application normale dans les rapports entre époux.

Pour chacun d'eux sont propres les biens immeubles qu'il possède au jour du mariage et aussi les biens qui lui adviennent après le mariage par succession ou par donation d'un ascendant : on parlera de propres de mariage ou de propres de communauté pour les opposer aux propres de succession (p. 407) ; par exemple, le bien acquis par l'un des époux avant son mariage est propre de mariage, mais acquêt de succession. Le bien donné à l'un des conjoints par un collatéral ou un étranger est normalement un acquêt : « Il n'est si bel acquêt que de don » (LOYSEL, n° 642) ; mais le donateur peut toujours stipuler que le bien donné restera propre au gratifié.

Le mari garde forcément, pendant le mariage, la maîtrise de ses propres (sauf les restrictions tenant au douaire de sa femme) ; mais, en outre, la « compagnie qui se fait par mariage » le fait « mainburnissère » des propres de sa femme qui doit « souffrir la volonté de son seigneur » (BEAUMANOIR, n° 622). S'il s'agit d'un fief, le mari en est le « chevalier servant ». Il peut exercer toutes les actions personnelles de la femme, être poursuivi par ses créanciers, plaider au possessoire. Ayant « bail et gouvernement », il administre tous les biens de sa femme et en perçoit les fruits.

Il s'agit pourtant d'une saisine plus que d'une propriété ; s'il veut aliéner le bien, le mari doit obtenir l'assentiment de sa femme (cf. p. 134). Si le mari avait agi seul, la vente vaudrait tant que durera le mariage, mais elle tomberait à la mort de l'un ou l'autre des époux (*Jost.*, VIII, 3). La même solution est admise au cas de confiscation : si le mari est condamné, le seigneur confisque pour le temps du mariage les propres de

la femme ; Beaumanoir (n° 931) protestait « pour cause de pitié » contre cette solution et un arrêt de 1370 condamna en pareil cas le seigneur à laisser à la femme les fruits de ses propres (OLIVIER-MARTIN, t. II, p. 194).

LES MEUBLES. — On paraît se préoccuper, à l'origine, fort peu des meubles, non qu'ils aient peu de valeur — le bétail, les chevaux, les armes, les récoltes ont, au contraire, une grande importance — mais du fait que les conventions les concernant n'ont pas laissé de trace dans les actes.

Il paraît normal, pour Beaumanoir (n° 930), que « tous les meubles soient à l'homme le mariage durant » : le mari est « bail de la femme » et il a les mêmes droits qu'un baillistre ou un gardien (p. 111). On réservera seulement à la femme ses « hardes » et ses bijoux.

Le droit du mari n'empêche nullement la femme d'user normalement des meubles pendant le temps du mariage, ce qui accrédite l'idée qu'elle en est co-propriétaire ; on n'admet, pourtant, la solution d'un partage à moitié qu'avec beaucoup d'hésitations dont les coutumes les plus archaïsantes ont gardé le souvenir.

1) La solution la plus ancienne nous paraît être d'attribuer tous les meubles au survivant qu'il est difficile de priver de ses objets familiers. Pour les roturiers, la communauté continuée (p. 270) suffisait à légitimer cette pratique. Les coutumes du Nord et de l'Est, dont les tendances communautaires sont connues, admettent la même solution tout en la compliquant parfois. A Verdun et à Metz, le droit de la femme survivante aux meubles est rattaché à son douaire ; s'il existe des enfants émancipés, la mère partage les meubles avec ses enfants par tête (MEIJERS, *Le droit... de Metz*, p. 68). Dans la région parisienne et champenoise, la même attribution des meubles est limitée aux nobles et constitue le préciput du conjoint noble (*Cout. Champagne*, art. 9 et 55). Cette attribution des meubles entraîne, d'ailleurs, normalement l'obligation aux dettes.

2) Dans tout l'Ouest — en Normandie, Bretagne, Anjou, Maine, Poitou — prévaut la règle du partage par tiers : un tiers va aux enfants, un tiers à la veuve, enfin, le dernier tiers est destiné à l' « accomplissement du testament et dernière

volonté du défunt ». On a voulu mettre ce tiercement en rapport soit avec la « part du mort » (cf. p. 371), soit avec des usages scandinaves ; il paraît bien plutôt s'agir, ici encore, du partage d'une communauté archaïque à laquelle était associé le fils, la pratique paraissant bien, d'autre part, caractéristique des classes inférieures (*T. A. C. Bretagne*, chap. 207).

3) Les coutumes les plus nombreuses qui adoptent le partage à moitié hésitent néanmoins sur la nature du droit de la femme. L'idée encore courante, au XIVe siècle, est de la considérer comme douairière (*Olim*, t. III, p. 849) ; elle n'en est pas moins grevée de la moitié des dettes qui, comme toujours, sont la charge normale des meubles. Beaucoup de coutumes y ajoutent même l'exécution des legs du mari.

Toutes ces solutions demeurèrent à vrai dire fort disparates jusqu'au XIVe siècle, faute pour les coutumes d'avoir analysé clairement les droits de la femme. Au XIVe siècle, au contraire, est affirmé, notamment par le *Grand Coutumier*, un principe très net : les meubles sont communs et le survivant des époux doit partager sa part avec les héritiers de l'autre.

Les acquêts. — Dès le Xe siècle, les actes de la pratique (p. 247) usent, pour donner à la femme un droit sur les acquêts, de deux moyens : tantôt ils étendent la dot de la femme aux acquêts — ce qui donnera en coutume le douaire d'acquêts ; tantôt l'achat est stipulé conjointement par les deux époux : la femme devient ainsi co-propriétaire de l'immeuble et elle intervient à côté de son mari pour le « changer ou vendre ». La règle est très nettement indiquée par *Jostice et Plet* (IX, 1, 4) et on parlera vers la même époque de « conquêts » car « conquêts se font par deux, acquêts se font par un ». Souvent, le mari agit seul mais il apparaît normal de présumer qu'il a agi par « raison de compagnie », à la fois pour lui et pour sa femme dont un notable du XIVe siècle indique qu'elle est « compagne par la coutume ». La coutume de Bretagne dira que le mari et la femme sont « aussi grands en conquêts l'un que l'autre » (*T. A. C.*, c. 217).

On faisait, en somme, du conquêt pour moitié un propre de la femme. Les coutumes de l'Ouest gardent, au XIVe siècle, le souvenir très net de cette étape de l'évolution en exi-

geant que la femme participe à l'aliénation des conquêts (*Livre des Droiz*, chap. 829 ; cf. également Labourt, IX, 2 ; Soule, XXIV, 2).

Le même droit existe encore à Paris en 1322 (Olivier-Martin, t. II, p. 189) ; mais cinquante ans après le mari possède la maîtrise des acquêts, sans doute sous la pression des créanciers ou des seigneurs confisquants qui ne se souciaient pas de discuter les droits de la femme. Le mari peut forfaire tous les acquêts ou les engager par ses dettes ; il pourra aussi les aliéner sans le concours de sa femme.

Les conquêts, au lieu d'être la co-propriété des époux, sont devenus des biens communs ; le mari, comme l'indiquera une turbe de 1373, en est « vrai seigneur ». Il peut les « démener en jugement », les aliéner (même par donation) sans aucune intervention de sa femme.

Les dettes. — La question des dettes des époux se posait, au XIIIe siècle, de façon fort simple. Pour les dettes réelles, cens ou rentes, elles suivaient normalement le sort du bien sur lequel elles étaient assignées. Les dettes personnelles aux époux antérieures au mariage suivaient, au contraire, le sort des meubles : « Qui épouse le corps épouse les dettes » (Loysel, nº 94). De même, les meubles étaient grevés par les dettes du mari et par les dettes de la femme autorisée par le mari. Seules, les dettes de la femme non autorisée lui demeurent propres (p. 137).

La répartition du passif antérieur au mariage ne se justifiait plus depuis que les immeubles répondaient aussi des dettes (t. II, p. 348) ; elle persista, néanmoins, et la communauté fut, en outre, grevée de toutes les dettes du mari ; à la dissolution de la communauté, le passif était normalement partagé par moitié comme l'étaient les meubles. De ce fait, la femme pouvait se voir grever de dettes si considérables qu'il fallut lui porter secours : dans le cas de prodigalité ou d'incapacité du mari la femme peut lui faire désigner un curateur (p. 121) ou même se substituer à lui (p. 145). Il lui est possible de demander la séparation de biens admise par les officialités dès le XIVe siècle et seulement au XVe siècle par les tribunaux laïques. Mais le correctif normal sera trouvé dans le

droit reconnu à la veuve dès le XIIIe siècle de renoncer à la communauté.

La logique coutumière était en ce sens : la femme est dans la situation du gardien qui est quitte des dettes s'il rend les meubles (p. 111) ; elle peut de même abandonner à la fois les dettes et les meubles, d'autant qu'au XIIIe siècle, on l'assimile souvent à une héritière (cf. *Jost.*, XII, 24, 5).

Anciennement, la renonciation ne portait que sur les meubles ; mais quand, au XIVe siècle, le mari eut la possibilité d'engager les conquêts, la veuve dut également y renoncer (*Olim*, t. III, p. 728 ; *Somme rural*, II, 21). Elle gardait, au contraire, son douaire et ses propres. On imagina tout un cérémonial : aux obsèques de son mari, « à la fosse », en présence des parents, la veuve jetait sur la tombe les emblèmes de la maîtresse de maison, sa ceinture, sa bourse et ses clefs. Elle devait se contenter de la robe de deuil qu'elle portait, ne pouvait plus rentrer dans sa maison et devait « gésir autre part ». Vers 1370, on se contenta d'une renonciation en justice (P. PETOT, *RHD*, 1949, p. 118-122).

Ce droit de renonciation a-t-il été reconnu seulement aux veuves nobles (P. GUILHIERMOZ, *BECh*, 1883, p. 496) ? Beaumanoir (nº 440) ne paraît pas le dire et il est possible qu'une confusion soit née du préciput des veuves nobles qui permettait de prendre tous les meubles en payant toutes les dettes mais aussi de tout abandonner. Le *Grand Coutumier* (p. 375) rapporte même que le privilège avait d'abord été accordé aux femmes des croisés que leurs maris ruinaient en Terre Sainte : ce qui paraît bien une fable de basochien répétée, cependant, par Loysel (nº 96). En tout cas, au XVe siècle, le droit de renoncer à la communauté est nettement refusé aux veuves roturières.

LE RÉGIME DE COMMUNAUTÉ. — On a voulu trouver à la communauté coutumière des origines romaines, germaniques, celtiques ou chrétiennes. Son histoire révèle, au contraire, qu'elle est créée plus tard qu'on ne le pensait et que, si elle est faite d'éléments qui existaient déjà aux XIIe et XIIIe siècles, la pratique ne les a réunis en une institution cohérente qu'au XIVe siècle.

Que la communauté ait, dès l'origine, mieux convenu aux

bourgeois des villes ou aux roturiers des campagnes, la chose paraît certaine ; au contraire, les nobles dont le droit est toujours plus archaïque sont restés fidèles à l'ancien régime du douaire : cette méfiance est symbolisée par le fait que la reine de France n'ait jamais été commune en biens avec le roi.

L'adhésion des nobles a pu contribuer à donner à la communauté cette rigueur qui devient fort nette dès le XVe siècle. Ce qui était vie et pratique vivante va devenir système : au lieu de solutions d'espèces, il s'agira d'un « régime » aux lignes précises imposé par la coutume. Sous le prétexte de dégager les principes, les juristes vont transformer l'institution médiévale en une mécanique fort bien montée mais compromettre tout son équilibre : la société conjugale est désormais fondée non sur la collaboration des époux mais sur l'autorité du mari ; la femme, au lieu de participer à la vie juridique du ménage, subit une incapacité qui va en s'aggravant et qui la prive de cette qualité d'associée qu'elle avait au XIIIe siècle pour ne lui laisser que l'espérance de le devenir après la mort de son mari : c'est le principe qui va inspirer le droit commun coutumier et, après lui, le Code civil.

SECTION IV. — Le droit commun de la communauté (XVIe-XVIIIe siècles)

LES NOUVEAUTÉS DU XVIe SIÈCLE. — Au XIVe siècle, les droits des époux avaient été fixés par des praticiens adroits et subtils. Le XVe siècle est celui de la stagnation et de la routine. Le dynamisme du XVIe siècle apparaît en tous domaines : on discute du mariage, on ouvre la « querelle des femmes » pour découvrir leur incapacité (p. 146). Des mouvements économiques, les contemporains retiennent surtout la hausse désordonnée des prix (F.-C. SPOONER, *L'économie mondiale, 1493-1680*, Paris, 1956, p. 90 ; E. SZLECHTER, *RHD*, 1951, p. 500-521 ; 1952, p. 80-116), les aléas de toute entreprise, les faillites, les retards du roi à payer ses dettes (R. DOUCET, Le grand parti de Lyon, dans *Rev. hist.*, t. 171, p. 473-513 et 172, p. 1-41) et, en définitive, le bouleversement des fortunes qui en résulte.

L'humanisme, enfin, a habitué les jusristes à être moins fidèles aux traditions, à poser, en s'aidant du droit romain, de nouveaux problèmes et à tempérer l'expérience par la raison.

De là provient, dans l'application de la communauté, une inquiétude nouvelle et aussi un effort de systématisation ; on veut prémunir les époux contre les risques que court leur patrimoine, on recherche la nature de la communauté — que l'on assimile à une société —, on essaye d'équilibrer les intérêts et les droits des époux. Cet effort aboutit, surtout dans l'intérêt de la femme, à des perfectionnements techniques certains : extension de la séparation de biens judiciaire, théorie des récompenses, bénéfice d'émolument, hypothèque légale et, au demeurant, à une conception fort logique qui permet d'exposer successivement la composition de la communauté ; son fonctionnement ; sa liquidation. On traitera, enfin, des destinées du douaire et du droit intermédiaire.

Une observation préliminaire doit, cependant, être faite (qui vaudrait aussi pour le droit moderne). La communauté, par le fait même que les règles ont plus de rigueur, est devenue un cadre juridique dans lequel peuvent s'inscrire des réalités sociales très différentes. Comme l'a bien montré M. Gay pour le Nivernais, la communauté conjugale permet dans les villes, à chaque ménage, de maintenir son autonomie économique ; dans les milieux paysans, au contraire, la « société conjugale est comme absorbée par la cellule familiale » ; autour de la communauté existe une société, « parsonnière » ou familiale, qui groupe des parents ou même des étrangers et dont les règles se concilient mal avec celles de la communauté. Dans la région parisienne, au contraire, les communautés familiales sont, dès la fin du Moyen Age, en très net déclin, ce qui — sauf la survivance que représente la communauté continuée — confère au régime matrimonial l'architecture classique qui annonce déjà le Code civil.

§ 1. La composition de la communauté

Le contrat de mariage. — L'usage fréquent est maintenant de rédiger un contrat de mariage. Les parents y assistent, ce qui établit, si les époux sont mineurs, qu'ils ont bien consenti

à leur mariage. Sauf quelques exceptions locales (en Alsace notamment), ce contrat doit être fait avant le mariage ; l'idée du mariage consensuel ayant prévalu, il prend effet par la célébration publique (Paris, N. C., art. 220) ; et, après celle-ci, il ne peut plus être modifié : c'est le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales qui est toujours présenté comme une garantie de paix pour les familles et qui assure le respect de la prohibition des donations entre époux. Le souvenir de la règle ancienne de l'an et jour se retrouve parfois dans les clauses établissant la communauté à terme ou sous condition (POTHIER, *Comm.*, n° 278).

A l'origine, la communauté était imposée aux parties par la coutume et ce système était encore soutenu par le rigide d'Argentré (218, 6, n° 33) pour qui le régime matrimonial était, comme les règles successorales, de statut réel. La coutume de Normandie imposait de même l'adoption du régime dotal. Au contraire, Du Moulin (*cons.* 53) faisait procéder la communauté de l'intention présumée des parties (ce qui l'assimilait à un statut personnel). Les époux peuvent bien adopter la communauté légale, mais ils peuvent aussi modifier conventionnellement sa composition ou sa liquidation. L'ancienne pratique parisienne (*Olim*, t. II, p. 74) était en ce sens ; à partir du XVIe siècle, les clauses dérogatoires se multiplient : stipulation de propres ou d'ameublissement, reprise d'apport franc et quitte, clause de préciput. Dans la rédaction de ces clauses, les notaires mettent toute leur science empruntée à des formulaires, notamment à celui de C.-J. de Ferrière, *Le parfait notaire* (1771) qui sera encore utilisé ou imité jusqu'au milieu du XIXe siècle. Souvent, cette pratique notariale permet ou prépare l'adaptation du droit ; souvent aussi, elle apparaît étrangement archaïque.

Seules demeurent interdites les clauses qui seraient contraires à l'ordre public : celles, par exemple, qui porteraient atteinte à la puissance maritale ou interdiraient à la femme de renoncer à la communauté. On peut, au contraire, adopter le régime dotal de Normandie ou du Midi. En fait, pourtant, même les nobles demeurent le plus souvent fidèles au régime coutumier : on a pu calculer qu'à Paris à peine dix pour cent

des contractants l'abandonnent (J. LELIÈVRE, *Contrats de mariage*, p. 302).

ACTIF ET PASSIF DE LA COMMUNAUTÉ. — La communauté comprend, comme au Moyen Age, les meubles corporels ou incorporels, même advenus par succession ou donation, les conquêts et les fruits des propres. On discute sur le sort des biens donnés ou acquis à titre onéreux d'un collatéral ; on discute aussi la condition de l'office acheté par le mari avec l'argent de la communauté qu'on considère généralement comme un conquêt, sauf au mari, s'il survit à sa femme, à récompenser la communauté (POTHIER, n° 663). A partir de la fin du XVIe siècle, on admet que la charge de la preuve incombe à l'époux qui revendique un bien comme propre : « Tous biens sont réputés acquêts s'il n'appert du contraire » (n° 207).

La communauté supporte toutes les dettes mobilières des époux ; il en est de même des dettes du mari contractées pendant le mariage. Les dettes de la femme ne sont communes que si elle a été autorisée par le mari : ce qui exclut les dettes contractées avec l'autorisation de justice et les dettes délictuelles (sauf le cas où elles auraient profité à la communauté). Une discussion classique concerne (cf. art. 1411-1412 C. C.) le passif des successions échues aux époux : les immeubles de la succession devenant propres, il paraissait injuste que les dettes soient communes. On tenta diverses conciliations et Pothier (n° 261) proposa la solution actuelle qui va contre tous les principes anciens : la communauté supporte les dettes au prorata des meubles qu'elle recueille dans la succession.

Les futurs convenaient parfois que la communauté ne serait pas chargée des dettes contractées avant le mariage ; corrélativement, ils pouvaient convenir de garder leurs meubles ; la conjonction de ces deux clauses, dites de « séparation de dettes » et de « stipulation de propres », aboutissait en fait à réduire la communauté aux acquêts. L'inconvénient venait de la nécessité d'inventorier les meubles qui demeuraient propres : s'il s'agit, par exemple, d'une dette de la femme, le mari ne peut en être déchargé qu'en représentant aux créanciers l'inventaire et en leur abandonnant les meubles qui y sont portés (Paris, art. 222 ; BOURJON, t. I, p. 552).

§ 2. Fonctionnement de la communauté

L'autorité du mari. — Plus encore qu'au Moyen Age, le mari est « seigneur et maître » (cf. p. 149) : il peut disposer de la communauté sans le concours de la femme. A Paris, il peut faire donation des conquêts même à un de ses parents pourvu que ce soit à « personne capable et sans fraude » (Paris, A. C., art. 107 ; N. C., art. 225). Il peut doter les enfants sans que la femme puisse prétendre à récompense.

Le mari administre les propres de sa femme, mais ses pouvoirs dépassent ceux d'un usufruitier. Du Moulin lui reconnaît les mêmes pouvoirs qu'à un père sur les biens adventices de son fils.

En contrepartie, la femme est frappée d'incapacité : et celle-ci est si bien admise qu'il est très rare que le contrat de mariage laisse à la femme le droit d'administrer ses biens propres ou de toucher des créances (J. Lelièvre, p. 265). Le pouvoir du mari trouvera son contrepoids dans la théorie des récompenses, dans l'hypothèse légale, enfin dans la séparation de biens.

Les récompenses. — Autant qu'à remédier aux abus du mari, la théorie des récompenses est destinée à prévenir les avantages indirects que pouvaient se consentir les époux : aucun des époux ne peut s'enrichir aux dépens de l'autre.

Si simple qu'elle paraisse, cette conception a été, cependant, fort longue à prévaloir à raison même de la prééminence du mari. L'ancienne coutume de Paris admet encore qu'il n'y a pas lieu à remploi au cas de vente par le mari d'un propre de la femme quoique le prix tombe en communauté. De là l'empressement du mari à effectuer de telles ventes que Loysel (n° 100) traduit : « Le mari se devait relever trois fois la nuit pour vendre le bien de la femme » (sur le sens de cette règle, Louët, R 30, n° 11 ; Masuer, XIV).

Dès le Moyen Age, cependant, on s'était préoccupé de cette situation pour obliger le mari à faire « contrepoids » en subrogeant un de ses immeubles au propre aliéné (*Jost.*, XII, 16, 1 ; *T. A. C. Bretagne*, chap. 315). Le remploi pouvait être stipulé soit dans le contrat de mariage, soit à l'occasion du consente-

ment que la femme devait donner à l'aliénation. Le retrait à *mi-denier*, qui connut, suivant les régions, des applications assez diverses, répond à la même idée : si l'un des époux avait exercé un retrait lignager en employant des deniers communs, l'immeuble acquis devenait conquêt ; mais à la dissolution du mariage l'époux lignager pouvait l'obtenir en payant à l'autre la moitié du prix déboursé. Quelques coutumes (Blois, art. 164 ; Anjou, art. 296) allaient beaucoup plus loin en décidant que les deniers de la vente demeuraient propres à la femme ou que l'immeuble acquis en remploi était subrogé de droit à l'immeuble vendu. En pratique, la question concernait le rachat (fréquent au XVIe siècle, surtout depuis l'édit de 1539) de rentes propres de la femme. Partant de là, Du Moulin (*Not. solemn.*, II, p. 736) admet tout au moins que le mari peut faire, après la vente et même par testament, une déclaration de remploi et que, faute de remploi, la communauté pouvait être tenue dans la mesure de son enrichissement. Avant d'enregistrer l'édit de 1539, le Parlement de Paris fit des observations dans le même sens.

La solution définitive fut donnée par la coutume de Paris de 1580 (art. 232) dont la disposition, fondée sur l'équité, fut étendue aux coutumes muettes : le prix de vente du propre ou de rachat de la rente serait dû par la communauté à titre d'indemnité ou de récompense. Les interprètes y virent une règle générale qui s'appliqua désormais à toute espèce d'avantages acquis par la communauté aux dépens des propres du mari ou de la femme : dation en payement, échange, bail à rente. Inversement, chaque époux fut débiteur de tout ce dont il s'était enrichi au préjudice de la communauté : payement de dettes propres, améliorations des propres, achat d'un office du mari.

Il existait, cependant, une différence normale entre la femme et le mari : le mari ne pouvait réclamer à la communauté que l'enrichissement qu'il lui avait procuré tandis que la femme a droit à être indemnisée de son appauvrissement. La femme pouvait toujours renoncer à la communauté, tandis que le mari peut être tenu à indemnité même sur ses biens propres : ce qui faisait dire que la femme passait la première (BOURJON, t. I, p. 662).

L'HYPOTHÈQUE LÉGALE. — Le fait qu'à partir du XVIe siècle la plupart des contrats de mariage étaient passés devant notaire comme l'autorité de la loi *Assiduis* (cf. p. 285) firent accorder à la femme une hypothèque pour la garantie de ses reprises. Loysel (nº 483) la mentionne mais ce n'est que la jurisprudence du XVIIe siècle qui la généralisera en partant logiquement de l'incapacité qui désormais frappe la femme : celle-ci est comme un mineur en tutelle et comme lui elle doit jouir d'une « hypothèque taisible sur les biens de son mari du jour du contrat de mariage ».

La jurisprudence donna à cette hypothèque des caractères assez différents de ceux de l'hypothèque romaine :

1) Elle garantit non seulement la restitution de la dot, mais toutes les créances que la femme peut avoir contre le mari ; fait curieux, ces créances, même si elles naissent après la dissolution du mariage, sont garanties par une hypothèque qui prend rang au jour du contrat de mariage.

2) L'hypothèque frappe les propres du mari et sa part dans les acquêts ; mais on ne lui reconnaît pas un rang privilégié.

3) Enfin, après quelques hésitations, on assimila la renonciation à l'hypothèque à la renonciation toujours admise au douaire (p. 251) : l'acquéreur d'un bien du mari ne manquait pas d'exiger que la femme intervînt à l'acte pour renoncer à son hypothèque. La solution n'était guère logique puisque la femme était considérée comme une incapable, mais elle avait le très grand avantage pratique de rendre le concours de la femme nécessaire pour tous les actes du mari ; le tiers qui acquérait un immeuble n'avait de sécurité qu'en obtenant de la femme une subrogation à son hypothèque.

LA SÉPARATION DE BIENS. — Ce n'est qu'au XVIe siècle que l'institution, recommandée par Du Moulin, fut pleinement reçue par le droit laïque dont l'inspiration vient du droit romain plus que des pratiques canoniques ; la séparation peut être demandée par la femme dont les droits étaient mis en péril par le mari. Quelques coutumes (Anjou, art. 145 ; Maine, art. 160) admirent bien que le mari pouvait aussi demander la séparation quand, par exemple, la femme était engagée dans trop de procès (LEBRUN, III, 1, 11, cite le cas d'une femme qui avait cent

quatorze procès), mais le droit commun resta fidèle à la tradition romaine qui ne l'accordait qu'à la femme (cf. art. 1443 C. C.).

Du Moulin inclinait à admettre la séparation amiable tout au moins si elle était sérieuse ; mais les fraudes étaient trop à craindre pour qu'on n'exigeât pas un jugement. Après requête au juge et enquête, la sentence était prononcée et publiée (Orléans, N. C., art. 198) ; mais elle n'avait d'effet que si elle était « exécutée sans fraude » (arr. LAMOIGNON, art. 82 ; cf. art. 1444 C. C.) et rétroagissait au jour de la demande.

Le droit romain ne permettait l'action de la femme que si sa dot était en péril, ce qui supposait tout au moins qu'elle ait eu une dot. On écarta cette condition et il suffit que les intérêts de la femme fussent en danger ou même que la situation du ménage fût assez obérée pour mettre en danger des successions qui pouvaient échoir à la femme.

La femme séparée reprenait ses propres, mais, sauf dans quelques coutumes (Bourbonnais, art. 170 ; Dunois, art. 58 ; Sedan, art. 97), elle ne pouvait en disposer qu'avec l'autorisation du mari ou de justice (LEBRUN, II, 8, 9 ; LOYSEL, n° 10). On hésita longtemps à accorder à la femme sa part de communauté puisque celle-ci était présumée mauvaise. Cependant la pratique de la fin de l'Ancien Régime permettait à la femme d'exercer son droit d'option (cf. art. 874 C. C.). La femme séparée gardait son droit éventuel au douaire, sauf en Bourgogne où elle était privée de tous ses gains nuptiaux. Enfin, la séparation pouvait cesser du consentement des deux époux ; mais la réconciliation devait être constatée par acte authentique. Le régime antérieur était remis en vigueur et si, à l'égard des tiers, les obligations de la femme étaient maintenues, entre époux, la séparation était réputée n'avoir jamais eu lieu (cf. art. 1451-3 C. C.).

§ 3. LA LIQUIDATION DE LA COMMUNAUTÉ

L'OPTION DE LA FEMME. — Malgré l'autorité quasi absolue qu'avait le mari pendant le mariage, les auteurs coutumiers n'hésitaient pas à dire que la communauté jouait toujours au profit de la femme : « C'est une espèce de société léonine

dans laquelle la femme ayant l'espérance du gain ne court aucun risque de perte, si ce n'est sa mise ; encore lui est-il permis de la reprendre ; telle est, vu sa dépendance, la base du droit qu'elle a de renoncer à la société » (BOURJON, t. I, p. 59). La femme est, en effet, simple « spectatrice de la régie de la communauté » et, à supposer que celle-ci tourne mal, elle possède toujours le bénéfice de renonciation.

La coutume de Paris de 1510 ne l'accordait encore qu'aux veuves nobles ; mais, dès 1580, sans doute sous l'influence de la jurisprudence du Châtelet et du Parlement (DU MOULIN, sur Paris, art. 115), les roturières jouissent du même droit qui est même reconnu à leurs héritiers et qui est considéré comme de droit commun et d'ordre public.

Normalement, l'option de la femme est rapprochée de celle d'un héritier : si les formes anciennes sont abandonnées, un délai très bref est désormais ouvert à la femme que l'ordonnance de 1667 (VII, art. 5) fixa à trois mois pour faire inventaire et quarante jours pour délibérer. L'inventaire était nécessaire si la femme se trouvait en fait en possession des biens communs. L'option était irréversible.

LE BÉNÉFICE D'ÉMOLUMENT. — La femme jouit encore d'un autre privilège, le bénéfice d'émolument, qui a été maintenu par le Code civil (art. 1483), bien qu'il n'ait plus été, dès le XVIIe siècle, qu'une survivance : la femme qui accepte n'est tenue de payer la moitié des dettes qui lui incombent que *intra vires emolumenti*, dans la mesure de l'actif qu'elle retire de la communauté ; au contraire, en leur abandonnant cet actif, elle est quitte envers les créanciers.

Logiquement Du Moulin, qui paraît avoir imaginé ce privilège, en commentant la coutume de Paris, ne l'accordait qu'aux roturières qui ne pouvaient renoncer ; plus généreux, le Parlement de Paris, dans un arrêt du président Séguier de 1567, l'accorda à toutes les femmes (COQUILLE, Niv., XXIII, 17) et la coutume de Paris (N. C., art. 228) entérina la solution. L'une des raisons de ce maintien dut être que la réprobation qui atteignait la femme renonçante équivalait à « l'infâmie qui suit la banqueroute » ; ce que permettait d'éviter le bénéfice d'émolument.

On le modela sur le bénéfice d'inventaire, l'usage de la chancellerie royale étant même, au début du XVIe siècle, de délivrer à la femme des lettres dites de bénéfice d'inventaire. La femme doit tenir compte de ce qu'elle paye aux créanciers ; mais il n'y a pas contribution entre ceux-ci : sauf pour les créanciers privilégiés ou hypothécaires, le payement demeure le prix de la course. Sur un point, cependant, la situation de la femme est (comme aujourd'hui) différente de celle d'un héritier. Le bénéfice d'émolument ne comporte pas de séparation des patrimoines : l'obligation de la femme, si elle est réduite à sa part de communauté, porte sur tout son patrimoine.

PARTAGE DE LA COMMUNAUTÉ. — L'actif et le passif se partagent, en principe, également entre les époux (ou leurs héritiers). Avant le partage, il y a lieu à : *a)* rapport à la masse commune de ce dont chaque époux est débiteur ; *b)* liquidation des reprises et récompenses ; *c)* prélèvement. La femme prélève sur la masse commune les biens représentant les valeurs auxquelles elle avait droit. Ce qui fera dire parfois que la femme se comporte en co-propriétaire et non en créancière et aura son écho dans les controverses du XIXe siècle. La femme n'est pas, cependant, préférée, pour ses reprises, aux créanciers de la communauté et elle concourt avec eux.

En fait, il était très fréquent qu'une clause du contrat de mariage modifiât les conditions du partage : par exemple, un préciput conventionnel peut être accordé au survivant pour lui permettre de choisir dans des limites fixées « tels meubles qu'il voudra » ; on convient que les héritiers de la femme, si elle meurt avant le mari, n'auront droit qu'à une certaine somme à titre de « forfait de communauté ». L'ancienne pratique du tiercement des meubles a subsisté localement sous forme de clause spéciale (cf. encore, art. 1520 C. C.). Il était de même fréquent dans le Nord que l'on attribuât toute la communauté au survivant et on jugeait qu'il n'y avait pas là donation sujette à insinuation mais simple convention de mariage.

A partir du XVIe siècle, le préciput coutumier du conjoint noble (p. 250) n'est plus reconnu qu'en l'absence d'enfants et sur les meubles situés hors de la ville et des faubourgs de

Paris (Paris, A. C., art. 116). Il paraît, enfin, normal d'accorder au mari ses armes, à la femme ses « linges et hardes » et quelquefois sa robe de deuil, très rarement ses bagues et joyaux.

La continuation de la communauté. — La communauté pouvait survivre au décès de l'un des conjoints si le survivant, sans faire un inventaire ou un partage, continuait à vivre avec ses enfants. Il y eut là, à l'origine, un état de fait déjà connu de Beaumanoir et du *Grand Coutumier* et qui n'était autre chose qu'une communauté taisible.

L'institution était encore assez courante au XVIe siècle pour que les coutumes rédigées lui consacrassent quelques dispositions (Paris, A. C., art. 241 ; N. C., art. 240 ; Orléans, A. C., art. 184 ; N. C., art. 216 ; Poitou, art. 232 ; Nivernais, XXII, 4) et qu'on en étendît l'application aux coutumes muettes. Certaines, gardant l'esprit de l'institution, y virent une communauté nouvelle que le mélange de biens et la cohabitation suffisaient à créer et qui pouvait exister même avec les héritiers autres que les descendants (Bourbonnais, art. 270).

Au contraire, le droit parisien admit que la communauté ancienne se continuait de plein droit, les enfants — ne comptant tous ensemble que pour une tête — prenant la place du parent décédé. Le père survivant en était naturellement le chef et le même rôle était attribué à la mère. Le patrimoine commun pouvait s'accroître des acquisitions faites par le veuf ou la veuve mais le concours des enfants était exigé pour l'aliénation des propres leur revenant (Pothier, *Comm.*, n° 771).

La continuation de la communauté répondait au désir d'éviter un partage toujours onéreux ou difficile et elle se justifiait, en outre, si les enfants étaient mineurs par les droits de garde ou de tutelle reconnus à l'époux survivant. Pourtant, la doctrine, ne comprenant pas la portée de l'institution, l'admit même s'il n'y avait pas habitation commune ; elle y vit une sanction du défaut d'inventaire (Lamoignon, XXIII, 4), mais considérant que les conquêts de l'ancienne communauté étaient propres des enfants, elle décida que les acquêts de ceux-ci ne devenaient pas communs (Bourjon, t. I, p. 684). Au cas où le survivant se remariait, la communauté nouvelle

se greffait sur l'ancienne pour donner une communauté composée ou tripartite : chacun des époux comptant pour un tiers et les enfants du premier lit pour l'autre tiers.

§ 4. Le douaire

Douaire coutumier et douaire conventionnel. — Dès la fin du Moyen Age, la rupture des habitudes anciennes est très nette. Le douaire coutumier est passé de mode et il sera ignoré ou prohibé par les coutumes partout où il n'avait pas de racines profondes : dans le Nord (Cambrai, Amiens), dans les provinces proches du droit écrit (Auvergne, Marche). La coutume de Saintonge (art. 53, 75) ne l'autorise qu'entre nobles. Dans l'Anjou (art. 222) et dans le Maine (art. 238, 243), il était perdu si la femme noble était « hoir principal de terre ». En Angoumois, Aunis, Bordelais et dans quelques parties du Limousin, la veuve noble jouissait de l'*oclage (osculi pretium)* qui consistait en usufruit du tiers des biens féodaux du mari, et la veuve roturière ne pouvait y prétendre que si elle renonçait à la communauté.

Au contraire, beaucoup de contrats (72 % suivant J. Lelièvre, p. 108) stipulent un douaire conventionnel : il s'agit soit d'une rente à servir à la future épouse (15 %), soit de l'usufruit d'une somme importante (57 %). Les parties usent ainsi de la liberté qui leur est maintenant donnée de fixer à leur guise leurs conventions matrimoniales pour restreindre la quotité du douaire coutumier. Il était même interdit de dépasser conventionnellement celui-ci en Normandie, Poitou, Touraine, Bourgogne et, entre nobles, en Anjou et Maine. A Paris et à Orléans, au contraire, aucune limite n'était fixée.

Quelques coutumes (Meaux, Troyes, Reims, Perche) permettaient à la femme de renoncer au douaire conventionnel pour s'en tenir au coutumier ; mais l'opinion commune était en sens inverse (Loysel, n° 131) : la femme « douée » par contrat ne peut se prévaloir de la coutume, ce qui conduisit à admettre logiquement que la femme pouvait renoncer à tout douaire.

Cette diversité était encore aggravée par la règle que le

douaire était de statut réel : pour savoir si la femme avait droit à un douaire ou en régler la quotité, il fallait donc se référer à la coutume dans le ressort de laquelle étaient situés les biens que devait grever le douaire (POTHIER, *Douaire*, n° 128).

LA SITUATION DE LA DOUAIRIÈRE. — Apparemment, la situation de la douairière demeure la même qu'au Moyen Age ; en fait, cependant, la pratique notariale et la jurisprudence tendent à restreindre ses droits et la doctrine n'est guère favorable à une institution dont elle ne comprend plus la portée.

1) Le douaire est un gain de survie qui frappe communément les propres du mari ; à défaut de propres, la femme n'a rien à réclamer (sauf à Orléans où l'on admet une affectation subsidiaire des conquêts et des meubles). Le douaire n'était pas, cependant, considéré comme une donation et il ne subissait aucun retranchement pour la légitime des enfants.

2) La veuve est créancière de la succession du mari (mais non de la communauté) et bénéficie, pour cette créance, de son hypothèque légale : ainsi, le mari ne pouvait aliéner un de ses héritages sans le concours de la femme (ce qui maintenait la règle traditionnelle en lui donnant une justification nouvelle).

3) L'assimilation à un usufruit du droit de la douairière est maintenant complète : d'où la nécessité pour elle de donner caution, la possibilité d'une déchéance (au cas de remariage avec un « domestique », d'après la coutume de Bretagne, art. 354 ; au cas de « débauche » spécialement pendant le délai de viduité ; au cas de dégradation des héritages) et l'obligation « d'entretenir les lieux de toutes réparations viagères » (LOYSEL, n° 137) ; d'où aussi le maintien du douaire au cas de second mariage. Seules quelques coutumes (Normandie) imposent à la femme de demander la saisine aux héritiers du mari ; presque partout, désormais, le douaire préfix, comme le douaire coutumier, saisit (LOYSEL, n° 130).

A la veille de la Révolution, le douaire apparaît comme un usufruit attribué dans le contrat de mariage à la veuve : on pouvait critiquer les douaires excessifs ou le fait que la veuve gardait son douaire en cas de remariage : l'institution n'en était pas moins « une institution vivante et populaire » (OLIVIER-MARTIN, t. II, p. 286).

Le douaire des enfants. — Il sera question à propos des successions (p. 400) du douaire des enfants dont l'origine est singulièrement complexe :

1) Le douaire des enfants créait au Moyen Age — c'était même sa portée première — un système de dévolution par lits : les enfants du premier mariage avaient normalement la moitié des propres paternels à titre de douaire ; les enfants du second mariage n'avaient que la moitié du reste, c'est-à-dire (si le patrimoine était demeuré constant) le quart ; le dernier quart — dit « quart égaré » — était réparti également entre les enfants des deux lits.

Beaucoup de coutumes rédigées ne mentionnent plus cette dévolution (Meaux, Sens, Melun), ne la conservent qu'entre nobles (Etampes, art. 130) ou imposent une stipulation expresse (Montfort, art. 139 (143) ; Orléans, N. C., art. 220). Même là où, comme à Paris, la coutume avait maintenu la règle ancienne, un arrêt du Parlement de Paris de 1535, rendu sur l'avis de Du Moulin, lui enleva tout intérêt en posant le principe que pour se porter douairier il fallait renoncer à la succession (Loysel, n° 149).

2) De ce fait, le douaire des enfants va devenir, au XVIe siècle, suivant l'expression de Loysel (n° 142), « une légitime coutumière (propre aux enfants) prise sur les biens de leur père par le moyen et bénéfice de leur mère ». Si la mère prédécède, les enfants peuvent revendiquer au décès du père la pleine propriété du douaire qu'aurait eu leur mère, mais seulement s'ils renoncent à la succession de leur père. Le douaire est alors franc et quitte des dettes paternelles et il ne peut être entamé par aucune aliénation : il apparaît comme une réserve particulièrement énergique conférant aux enfants une part des propres existant lors du mariage, réserve qui constitue au cas de ruine la « table de naufrage » et l'ultime recours de la famille (Bourjon, t. II, p. 737).

Avec cette portée limitée, le douaire des enfants est mentionné dans d'assez nombreuses coutumes, spécialement celles de Paris (art. 247-261) et d'Orléans (art. 219) ; il pouvait être coutumier ou préfix selon qu'il résultait de la coutume ou du contrat de mariage. Il suivait le sort du douaire de la veuve

sans pouvoir excéder celui-ci ; il pouvait même, comme lui, porter sur une somme d'argent. Le douaire préfix était regardé comme une libéralité et les enfants devaient imputer sur lui toutes les donations reçues de leur père : « Nul ne peut avoir don et douaire » (Paris, art. 252). Etant considéré comme une « espèce de légitime », « tout ce qui se compte en légitime se compte en douaire » et les enfants avaient toujours un titre égal : « En douaire, il n'y a point d'aînesse » (LOYSEL, nos 147 et 148).

§ 5. LE DROIT INTERMÉDIAIRE

LA LOI DE L'AN II. — Les lois révolutionnaires ne touchèrent au régime matrimonial que sur quelques points de détail tel, par exemple, le décret du 27 septembre 1791 qui abrogea le « règlement des juifs de Metz » de 1743 qui établissait pour ceux-ci un régime exclusif de communauté.

La seule innovation importante résulta de l'article 61 de la loi du 17 nivôse an II : « Toutes lois, coutumes, usages et statuts relatifs à la transmission des biens par succession ou donation sont déclarés abolis. »

On jugea que l' « esprit de liberté » qui inspirait ce texte imposait l'abolition de toutes les règles prohibitives des coutumes, spécialement de l'interdiction de communauté et d'aliénabilité contenue dans la coutume de Normandie.

Le même texte ne parut pas comporter l'abolition du douaire ou des gains matrimoniaux établis par les coutumes, car la loi en vigueur au moment où le mariage a été contracté doit, à défaut de contrat, régir les droits matrimoniaux. On admit même, la distinction des biens en nobles et roturiers ayant été supprimée par le décret des 15-28 mars 1790, que le douaire devait être réglé (même pour les anciens fiefs) par les dispositions concernant les rotures (Cass. Req., 9 ventôse an XI) ; les femmes ci-devant nobles devaient être traitées comme des roturières. Au contraire, le douaire des enfants fut considéré comme abrogé car il équivalait à un droit de succession. La loi du 7 mars 1793 interdisait, d'ailleurs, de disposer de ses biens en ligne directe (p. 445).

L'examen des actes notariés fait, d'ailleurs, apparaître que

la période révolutionnaire ne marque aucune rupture ; les mêmes clauses sont toujours reprises sauf une hésitation qui se manifeste après l'an II pour les stipulations de douaire.

Le Code civil. — La première pensée des rédacteurs du Code civil était l'unité législative et ils auraient voulu faire disparaître le régime dotal ; le premier projet passait celui-ci sous silence et, s'il laissait la liberté de le stipuler, il prohibait cependant tout contrat « réglé par des lois, coutumes et usages qui ont régi jusqu'à ce jour le pays » (cf. art. 1390 C. C.). Les porte-parole du Midi et de la Normandie élevèrent des plaintes violentes et le second projet reprit les principales règles du régime dotal.

Il restait pourtant à choisir un régime de droit commun et, là encore, la dispute fut vive. Les cours d'appel intervinrent dans le débat et la cour de Montpellier devait dire du régime de communauté : « C'est une pomme de discorde que le Nord de la France veut jeter dans le Midi, fruit que la barbarie des Francs avait cueilli sans doute dans les forêts de la Germanie et qu'elle a apporté en Gaule au milieu des tumultes de la victoire et de la licence des camps » (*Trav. préparat.*, t. IV, p. 500 ; A. Roux, th., 1919).

En fait, cependant, la communauté pouvait seule convenir aux époux qui ne faisaient pas de contrat ; elle répondait aussi à une idée simple qu'exprimait Berlier : « L'union des personnes conduit à la société des biens et la communauté des travaux établit la communauté des bénéfices. » Le régime dotal convient à de « froides compagnes », la communauté à des « femmes affectionnées et attachées par leur propre intérêt aux succès communs ». Au Tribunat, la discussion se fit plus sévère et l'on argua en faveur de la communauté qu'elle créait l'harmonie économique : « Tout système législatif qui favorise, accélère ou multiplie la circulation des fruits du travail est en harmonie avec l'aisance et la prospérité publiques. »

Une autre discussion s'éleva aussitôt sur le mode de communauté qui devait prévaloir. Un choix paraissait nécessaire pour établir un « droit commun qui soit territorial ». Maleville proposait la communauté réduite aux acquêts en alléguant que, sur dix contrats faits à Paris, neuf l'adoptaient ; on lui objecta aussitôt la difficulté de « constater le mobilier » et aussi le fait

que le droit commun était destiné aux « personnes qui n'avaient ni fortune ni espérances de donations ». Partant de là, quelques-uns proposaient la communauté universelle (LOCRÉ, t. XIII, p. 183). Mais ils ne furent guère suivis. Le Corps législatif admit enfin l'article 1393 du Code civil à la majorité de 246 voix contre 4 (loi du 20 février 1804).

Les auteurs du Code civil s'étaient flattés de supprimer « les inventions civiles et les embarras » de l'ancien droit : en fait, ils reprirent presque littéralement les règles qui, avant 1789, représentaient le droit commun des coutumes. La liberté accordée aux époux devait, cependant, aboutir à maintenir et même parfois à accroître les diversités anciennes. Le douaire ne pouvait être stipulé par simple référence à une coutume, mais des stipulations précises parvenaient à accorder à la femme des avantages équivalents. Au contraire, l'article 1081 du Code civil, qui interdit les donations par contrat de mariage aux enfants à naître, supprime, par là même, la stipulation d'un douaire à leur profit.

ÉTAT DES QUESTIONS

Le droit de l'*époque franque* a fait l'objet de très nombreux travaux allemands, spéc. de H. BRUNNER, Die fränkisch-romanische Dos et Zu Lex Salica tit. 44 : de reipus, dans *Abandl. z. Rechtsgeschichte*, t. II, Weimar, 1931, p. 67 et 78 ; J. FICKER (cité p. 27), t. III, p. 375, et t. V, p. 234 ; R. KOESTLER, Raub-, Kauf- und Friedelehe, *ZSS*, *Germ.*, 1943, p. 92-136 (cf. DUMONT, *RHD*, 1951, p. 125) ; R. HEMMER, Über das Beilager, *ZSS*, *Germ.*, 1959, p. 292 ; L. CARLSON, Vom Alter und Ursprung des Beilagers, *ZSS*, *Germ.*, 1960, p. 311-323. Cf. aussi P. VACCARI, Il matrimonio germanico, *Studi Sc. giur.*, Univ. Pavia, 1934, p. 141-179 ; 1936, p. 85-103 ; *Studi Solmi*, t. I, 1941, p. 19-40 (qui fait le point de la copieuse littérature antérieure) ; Paulo MEREA, *Estudos de direito visigotico*, 1948, p. 23-48 ; *AHDE*, 1945, p. 71-111 ; Le mariage « sine consensu parentum » dans le droit romain vulgaire occid., *Mél. de Visscher*, t. IV, 1950, p. 203.

En France, la question a fait l'objet de quelques bons travaux : E. MEYNIAL, Le mariage après les invasions, *NRH*, 1896, p. 514-531, 737-762 ; 1897, p. 117-148 ; 1898, p. 165-193 ; J. BRISSAUD, Le mariage par achat, *Rec. Ac. Législation*, 1899-1900, p. 167 ; La société d'acquêts entre époux dans les lois visigoth., *Mélanges Couture*, 1901 ; A. LEMAIRE, Les origines de la communauté de biens entre époux, *RHD*, 1928, p. 584 (cf. aussi *RHD*, 1927, p. 587) ; La dotation de l'épouse de l'époque mérov. au XIIIe s., *RHD*, 1929, p. 569-580 ; Origines de la règle « Nullum sine dote fiat conjugium »,

Mélanges Fournier, 1929, p. 415-424 ; R.-E. BISQUERRA, *Les origines de la comm. de biens aux époques mérov. et carol.*, Alger, 1934 ; G. LEPOINTE, Réflexions sur le texte de Tacite Germ. n° 18, *Mélanges de Visscher*, t. II, 1949, p. 83-89 ; et les monographies de A. RIDARD (*Le douaire en Bourgogne*, 1906) ; A. ROSAMBERT (*La veuve en droit canonique*, 1923 ; cf. PERROT, *RHD*, 1928, p. 718); R. GENET (*Les origines du douaire*, 1926); L. CORNUEY (*La dos*, 1929); enfin A. VANDENBOSSCHE, *La « dos ex marito » dans la Gaule franque*, 1953.

Tout exposé est destiné à demeurer, pour *la période des coutumes*, schématique, s'il n'est pas, comme l'ouvrage de J.-L. GAY, *Les effets pécuniaires du mariage en Nivernais du XIVe au XVIIIe siècle*, 1953, vivifié par une étude des contrats de mariage et par une référence constante à l'évolution économique et sociale. En Nivernais, où se poursuit de 1450 à 1534 un effort de rédaction de la coutume, on n'en vient qu'en 1464 à une vue exacte de la communauté conjugale. Les actes révèlent bien les difficultés qu'ont les praticiens à harmoniser la pratique de la communauté avec l'existence d'une association familiale (celle-ci inclinant les époux vers la communauté universelle et « absorbant » le conjoint adventice tout au moins s'il n'y a pas d'enfants du mariage).

On a souvent insisté d'autre part depuis SCHRÖDER et L. MASSE (th., 1902) sur la parenté qui existerait entre la communauté conjugale et la *Gemeinschaft zu Gesammter Hand* ou « copropriété en main-commune » : celle-ci serait une communauté taisible entre frères et cohéritiers remontant au moins au IXe siècle et pratiquée en Allemagne et en Suisse pendant tout le Moyen Age. La propriété des biens serait collective, mais l'administration imposerait que les communiers agissent ensemble (d'où le terme de « main commune »). Sur la communauté conjugale, cependant, la femme n'a pas la main commune et le mari en est naturellement le chef : E. MEYNIAL, Le caractère juridique de la communauté, dans *Rev. trim. droit civil*, 1903, p. 831 ; RICOL, th., 1907. L'imprécision de l'idée paraît avoir beaucoup servi son succès.

Sur la *condition des meubles* : P. PETOT, Les meubles des époux au Moyen Age, *Mél. de Visscher*, t. II, 1949, p. 213-230 ; Un recel de meubles commis par une veuve renonçante, *Mél. Monier*, 1958, p. 353-356 ; Ch. ASTOUL, Meubles et acquêts dans le régime matrimonial normand, *Trav. sem. Hist. dr. Guernesey*, 1927, p. 57-83 (et *RHD*, 1928, p. 673) ; J. YVER, La tripartizione dei beni mobili, *Riv. storia del dir.*, 1939, p. 38-56.

Sur l'*enfant pleurant* dont la présence confirmerait ou créerait la communauté : H. BRUNNER, Die Geburt eines lebenden Kinden, *ZSS, Germ.*, 1895, p. 63-108 ; J. VAN KNYK, *TR*, 1920, p. 278-289. Dans le Nivernais et l'Auxerrois, la communauté universelle ne commence qu'à la consommation du mariage ; mais la naissance d'un enfant en modifie la composition (GAY, p. 60, 88 ; CHEVRIER, *MHDB*, 1938, p. 137). Il existe en Alsace un droit fort semblable. Le « mariage à l'essai » pendant l'an et jour serait un reste de l'ancienne coutume celtique de la *handfasting* : A. E. ANTON, *Scottish hist. rev.*, 1958, p. 89-109. Sur le mariage *more danico*, VILLERS, *RHD*, 1955, p. 152. Sur l' « entravestissement », FASQUEL (th., 1902). Sur le douaire coutumier, J. SCHMITZ (1900) ; A. MAILLARD (1908). Sur les contrats de mariage de la famille royale : Mon. VALTAT (1953).

Des monographies, quelques-unes excellentes, ont été consacrées aux diverses coutumes : *Amiens :* E. SAGUEZ (1903) ; *Anjou :* P. LE CALONNEC (1963) ; *Auvergne :* P. GARRIGOU (1905) ; Ch. AUGE (1908) ; *Auxerre :* G. CHEVRIER, *MHDB*, 1938, p. 129 ; *Berry :* H. MALLARD (1905) ; *Boulonnais :* E. LA GORGUE DE ROSNY (1920) ; *Bourgogne :* H. ROBIN (1900) ; G. BLOC (1920) ; *Bretagne :* J. JAMONT (1901) ; *Clermont-en-Beauvaisis :* E. PLIVARD (1901) ; *Flandre :* L. LOTTHE (1909) ; VAN HILLE (1930) ; *Franche-Comté :* G. CHEVRIER, *TR*, 1959, p. 1-35, 158-204 ; P. PIDOUX (1902) ; *La Rochelle :* R. MOINARD (1910) ; *Liége :* R. VAN DER MADE, *Bull. Inst. arch. Liégeois*, 1949-1950, p. 363 ; *RHD*, 1953, p. 156 ; M. YANS (1946) ; également sur la « mainplévie », BOMERSON, *RHD*, 1930, p. 294 ; *Lille :* V. VANDERMARCK (1905) ; H. BRIET (1908) ; G. LEPOINTE, *RHD*, 1929, p. 524-568 ; *Lorraine :* L. SCHUBERT (1901) ; *Marche :* G. FONTAINE (1900) ; *Metz :* J. IMBERT, *RHD*, 1958, p. 304 ; *Montfort-l'Amaury :* A. LORIN (1906) ; *Normandie :* A. LE POITTEVIN (1889) ; A. COLIN, *RHD*, 1892, p. 427 ; Ch. LEFEBVRE (1912, p. 65-119) ; FESSARD (1914) ; et sur l'inaliénabilité, R. GENESTAL, *RHD*, 1925, p. 566-589 ; J. YVER, *Mél. Dumas*, 1950, p. 341-363 ; sur les donations entre époux : R. BESNIER, *RHD*, 1936, p. 701-727 ; *Poitou :* H. VIOLLET (1902) ; M. LACOMBE (1910) ; *Reims :* A. CONSTANTIN (1903) ; DUBUISSON (1929) ; *Sedan :* C. COUSIN (1908) ; *Troyes :* A. BOULANGÉ, *MHDB*, 1946-47, p. 189 ; *Vermandois :* G. LEGRAND (1905).

Les ouvrages de Ch. LEFEBVRE, *Introduction à l'histoire du droit matrimonial*, 1900 ; *Histoire du droit matrimonial*, 1906 ; *Le droit des gens mariés*, 1908, qui ont séduit jadis (et inspiré les plus anciennes des monographies qui viennent d'être citées), paraissent à la relecture bien vieillis.

En outre, pour le droit plus récent : S. GALLIOT, *Le régime matrimonial en droit franc-comtois de 1459 à la Révolution*, 1953 ; Ch. ALLINE, *De l'ancien régime matr. normand et de sa survivance dans la pratique*, 1908, et surtout J. LELIÈVRE, *La pratique des contrats de mariage chez les notaires du Châtelet de Paris de 1769 à 1804*, 1959.

Sur les donations de biens communs, l'étude très fouillée de J. ROUSSIER, *RHD*, 1953, p. 498-520 ; 1954, p. 23-73 ; sur la communauté continuée, J. BONNECASE, *Ann. Un. Grenoble*, 1909, p. 607-653 ; sur l'adage *Uxor non est proprie socia sed speratur fore* : A. CHERON (1901) ; sur l'immutabilité des conventions matrimoniales : G. THUILLIER (1910) ; sur la notion d'avantages matrimoniaux : J. LAMY (1937) ; sur les propres à Paris aux XVIe et XVIIe s. : M. DURUPT (1938) ; sur les récompenses : PERELMAN (1956) ; sur les « conflits de statuts concernant les effets du mariage », le livre de Bertrand LEMARIGNIER (1961), dont le c. r. de H. BATIFFOL, *RHD*, 1962, p. 439-443, marque bien l'intérêt.

Il est toujours utile de se reporter aux traités classiques de LEBRUN, de RENUSSON et de POTHIER (Traité de la puissance du mari sur la femme et Traité de la Communauté, *Œuvres*, éd. 1781, t. III).

L'« adoption de la communauté comme régime légal dans le Code civil » a fait l'objet d'une bonne étude de Jacqueline BRISSET, *L'adoption de la communauté comme régime légal dans le Code civil*, Trav. et rech. de la Fac. de Droit et des Sciences éc. de Paris, 1967.

Chapitre V

LE RÉGIME DOTAL DU MIDI

Pendant toute l'époque franque, il n'existe apparemment aucune différence entre le Nord et le Midi. Le droit romain vulgaire, que l'on a pratiqué jusqu'au VIIe siècle, laisse vite la place aux usages barbares. La Loi des Visigoths révèle même, en ce qui concerne la *dos ex marito*, un système très cohérent et très archaïque : le père reçoit le prix nuptial mais celui-ci doit à son décès revenir à la femme (III, 2, 8). La femme reçoit, d'autre part, le *morgengab* et paraît même en devenir pleine propriétaire.

Les mêmes règles sont appliquées au XIe siècle, on l'a vu (p. 246), dans la famille des comtes de Toulouse. Dans la région de Montpellier, l'étude de M. Hilaire fait bien apparaître la dualité des pratiques suivies jusqu'en 1150 : beaucoup de contrats de mariage comportent une dot constituée par le mari et qualifiée de *sponsalitium* : ce qui équivaut à un douaire puisque la dot est stipulée au profit de la veuve ; d'autres contrats maintiennent, au contraire, la tradition romaine : la dot est constituée à la femme par ses parents ; le mari survivant en gardera l'usufruit mais, à défaut d'enfants du mariage, les biens feront retour à la famille de la femme. Après 1150, les contrats comportent à la fois la dot franque et la dot romaine : les apports des deux conjoints étant associés dans un même acte.

Comme dans le Nord, le sort du conjoint survivant est assuré par un usufruit portant, le plus souvent, sur l'ensemble des biens qui avaient formé le patrimoine du mariage. L'influence du droit de Justinien, déjà perceptible, demeure pourtant assez rudimentaire ; elle concerne la forme et la langue des actes plus que le fond du droit.

A partir du XIIIe siècle, les règles du droit savant seront mieux connues, mais la pratique s'efforcera d'en réduire la portée (section I). Au contraire, à partir du XVIe siècle, la seconde renaissance du droit romain et la jurisprudence des Parlements du Midi donneront au régime dotal sa rigueur traditionnelle que justifiaient à l'époque la conservation du patrimoine et la raison d'Etat (section II).

Section I. — La formation du régime dotal

La pratique des XIIe et XIIIe siècles. — Les actes du XIIe siècle révèlent déjà les tendances de la pratique méridionale :

1) Les biens des époux sont le plus souvent confondus ; la femme apporte

une dot à son mari : cette dot constitue la part qui lui est attribuée en avancement sur les droits successoraux (d'où l'exclusion de la fille dotée, p. 490). Dans la masse commune figurent les acquêts qui ne paraissent jamais distingués des autres biens et aussi les meubles. L'ensemble constitue le patrimoine du ménage dont la gestion appartient au mari.

2) Partant de là, on peut aboutir à une véritable communauté : ainsi à Narbonne, à la dissolution du mariage, la moitié de la dot revient au mari ou à ses héritiers en pleine propriété, l'autre moitié appartenant à la femme ; celle-ci a, en outre, la moitié des acquêts et, selon qu'il existe ou non des enfants, le tiers ou la moitié des meubles (cf. p. 257). Plus souvent, les actes rappellent que la dot constitue un bien familial qui doit, si la femme meurt sans enfants, revenir à sa souche. La restitution est souvent garantie par un mort-gage ; mais la dot apparaît si bien comme le patrimoine du ménage que le mari survivant peut la retenir sa vie durant (Montpellier, art. 118).

3) Pendant le mariage, la condition de la dot demeure fort imprécise. Des contrats paraissent en abandonner la jouissance au mari ; mais d'autres actes admettent une sorte de main commune des époux qui interviennent conjointement pour les aliénations. Celles-ci doivent, en outre, à Montpellier, être approuvées par les parents de la femme ou par ses proches qui gardent, par conséquent, un droit, au moins virtuel, sur la dot.

4) Tous les actes se préoccupent du sort de la veuve. Il est assez rare qu'elle obtienne la restitution de sa dot ; mais il est sans exemple qu'elle ne reçoive pas dans le contrat de mariage une donation de son mari que celui-ci confirme souvent dans son testament. Il s'agit le plus souvent de l'attribution d'un usufruit dont la quotité est fixée à la moitié des biens présents et futurs du mari : ce qui établit une nette différence avec le douaire coutumier qui, au moins au terme de son évolution, ne portait que sur les propres du mari.

Les diversités régionales. — Les pratiques qui viennent d'être indiquées demeurent souvent incertaines ou hésitantes : les contractants se préoccupent de fixer les apports des époux et les droits de la veuve, beaucoup moins de la gestion et du statut des biens pendant le mariage. Comme dans le Nord à la même époque, l'empirisme prévaut.

L'état social, la structure de la famille déterminent les clauses du contrat et la situation des époux ; elles conditionnent aussi les diversités régionales qui existent dans le Midi comme dans le Nord. Là où — comme en Provence — les règles de la puissance paternelle sont exactement appliquées, il est fréquent que la dot de la femme soit reçue par son beau-père. A l'ouest du Rhône, au contraire, une part plus grande est faite aux idées coutumières : la chose est fort nette à Bordeaux ou en Béarn, mais aussi à Toulouse ou à Montpellier (cf. t. I, p. 82) :

a) En Béarn, tous les rapports familiaux s'organisent autour de la maison dont la fille peut hériter aussi bien que le fils (p. 429). Le mariage d'un héritier et d'une héritière est vu avec défaveur parce qu'il aboutit forcément à l'extinction d'une maison ; il est normal, au contraire, qu'un héritier épouse une cadette ou qu'un cadet épouse une héritière. Les cadets

qui rentrent ainsi dans une autre famille n'apportent que leur dot, le plus souvent assez mince, et leur situation est de ce fait fort diminuée : c'est le cas du mari qui « entre gendre » et qui doit subir l'autorité de son beau-père, voire de sa femme. L'héritière devenue veuve demeure « dame propriétaire » ou « usufruitière » ; le même droit peut être attribué par le contrat à une cadette mais à la condition qu'elle s'entende avec ses enfants s'il en naît du mariage. S'il n'y a pas d'enfants, la cadette veuve peut réclamer sa dot et parfois une rente en denrées qui lui est exactement mesurée ; mais elle doit quitter la maison qui passe à un collatéral. En tout cas, la femme n'a jamais droit aux acquêts faits pendant le mariage.

b) Dans la région bordelaise et jusqu'à Bayonne et en Espagne, il a dû exister de très bonne heure, au contraire, une société d'acquêts entre les époux qui peut se rattacher, au moins en Espagne, à une tradition visigothique. En 1206, un privilège de Jean sans Terre abrogea, à Bordeaux, le droit qu'avait la veuve à la moitié des acquêts (p. 250), mais permit de le lui attribuer par une stipulation expresse. Coutumièrement (art. 109), les conquêts vont aux enfants du mariage ; après la mort de sa femme, le mari ne peut les vendre et, s'il se remarie, il doit les réserver aux enfants du mariage. Spécialement dans la ville de Bordeaux, la société d'acquêts devait persister jusqu'en 1804 et motiver l'adoption de l'article 1581 du Code civil.

c) La coutume de Bordeaux (art. 56) prévoit expressément le cas où le mari est en communauté avec ses frères. M. Hilaire a révélé (*SHDE*, 1958-1960, p. 99-109) les aspects communautaires que prend le droit matrimonial dans le Massif Central, spécialement dans une région qui va du Puy à la vallée de l'Aude et, d'autre part, la curieuse pratique d'un affrèrement entre époux.

Le régime dotal — qui est, en principe, un régime de séparation d'intérêts — permet, en définitive, mieux que le régime de communauté, de maintenir un équilibre entre les droits des époux et l'existence d'une communauté familiale : soit que la dot de la femme apparaisse comme son apport à la société préexistante, soit que la stipulation d'une dotalité universelle aboutisse à la clause de mariage « au dernier vivant » qui — comme souvent au cas de communauté universelle — laisse au survivant la totalité des biens du ménage.

d) Enfin, il est fréquent, tout au moins en Languedoc et en Gascogne, que les époux adoptent franchement le régime de communauté (le plus souvent universelle). Si de telles communautés demeurent fort mal connues, c'est qu'elles résultaient de la vie commune et ne comportaient pas la rédaction d'un contrat. L'exemple du Béarn est, ici encore, fort net : le mariage entre cadets, qui normalement ne possèdent rien, est toujours soumis aux règles de la communauté. S'il y a des enfants du ménage, le survivant des époux garde, au moins sa vie durant, tous les acquêts. A l'opposition sociale qui existe entre héritiers et cadets correspond la différence de leurs régimes matrimoniaux.

L'AUGMENT DE DOT. — Les droits de la veuve peuvent être fixés soit par le contrat de mariage, soit par le testament du mari ; là où règnent les idées communautaires, son sort dépend de la famille ou de la maison. Les cou-

tumes du Midi connaissent pourtant une institution très proche du douaire coutumier ; l'augment de dot, qualifié à Lectoure de *sponsalicium* ou *espozalici*, à Cahors et à Périgueux d'*osculum* ou *oscle*, à Toulouse de *agenciamentum* ou *dotalicium*, est défini comme « un gain nuptial et de survie que la femme prend à proportion de sa dot sur les biens de son mari prédécédé ». En Gascogne, les coutumes fixent en détail les droits de la femme. A Agen, la femme gagne le double des meubles qu'elle a apportés, tout au moins si elle était jeune fille. A Bordeaux, l'augment de la femme est présenté comme la contrepartie du gain de la dot par le mari survivant. A Bayonne, l'augment n'est reconnu à la femme s'il y a un enfant « né vif ».

L'augment peut être égal à la dot (double dot) ou ne représenter qu'une fraction de celle-ci. A Grenoble, il est de moitié pour les nobles et du tiers pour les roturiers (G. PAPE, qu. 363) ; mais il n'est prévu qu'au cas de dot constituée en argent. La femme paraît bien, dans les chartes les plus anciennes, n'y avoir droit que s'il n'y avait pas d'enfants du mariage : ce qui fait dire que l'augment permettait à la femme de trouver un second mari.

Les coutumes connaissent même un *contre-augment* : le mari survivant garde tout ou partie de la dot en propriété ou en usufruit. A Lectoure, l'émolument du mari est fixé d'après la durée du mariage : un tiers si celui-ci n'a duré qu'un an, deux tiers après deux ans, la totalité de la dot ensuite. En Agenais, le mari survivant garde les meubles dotaux (et les acquêts s'il n'y a pas d'enfants). A Toulouse, enfin, la dot est laissée au mari en pleine propriété qu'il y ait ou non des enfants.

LE DROIT SAVANT. — Le droit méridional apparaît dans tout cela comme un tissu de solutions d'espèce, de règles coutumières ou de souvenirs romains. Dans chaque région, ces éléments sont diversement choisis et mêlés, chaque contractant usant de la trame légale ou coutumière, mais ajoutant ou innovant selon son inspiration et ses besoins propres.

Au contraire, les premiers glossateurs vont dégager de l'étude des textes romains quelques principes rigides :

1) Il s'agit, tout d'abord, pour eux de fixer la condition de la dot : celle-ci peut avoir été estimée et, l'estimation équivalant à une vente, le mari en devient propriétaire et n'est tenu que du prix. Faute d'estimation des immeubles constitués en dot, Martinus enseignait que le mari avait un *dominium civile*, tandis que la femme avait un *dominium naturale* (éd. KANTOROWICZ, p. 257) ; Bulgarus, au contraire, attribuait au mari l'entière propriété et cela devint le sujet d'une discussion célèbre qu'Accurse et Revigny tranchèrent en faveur du droit du mari.

L'inaliénabilité de la dot donnait lieu à une discussion identique : Placentin tendait à admettre l'aliénation quand elle était utile au ménage, quand elle portait sur une dot mobilière. Boniface VIII (*Sexte*, II, 11, 2) rappela même que, si la femme avait consenti par serment à une telle aliénation, elle ne pouvait pas se parjurer. Cependant, Accurse défend l'inaliénabilité, mais sans parvenir à la sanctionner efficacement. Après lui, les romanistes écartent l'authentique *Sive a me* (*nov.* 61) qui admettait l'aliénation quand le mari avait des biens suffisants pour remplir la femme de ses droits et tirent de la *lex unica* (C., 5, 13, 1, 15) l'idée d'une inaliénabilité absolue.

La dot est destinée à subvenir aux charges du ménage ; la femme, au cas d'abus du mari, peut tout au moins en exiger les revenus ; si la dot est insuffisante, Accurse soutient, contre ses prédécesseurs, que le mari doit néanmoins subvenir aux besoins de sa femme (cf. p. 140).

2) La distinction des biens dotaux et des paraphernaux qui demeurent propres à la femme est bien exposée par les premiers docteurs ; mais Placentin et Azon expliquent que la distinction provient de la volonté des époux et qu'en conséquence la femme peut confier, même tacitement, au mari la gestion de ses paraphernaux : ce qui aboutit bien souvent à les confondre avec la dot.

3) Le problème de la restitution de la dot a donné cours à une anecdote célèbre : la femme de Bulgarus étant morte, son beau-père consulta Martinus ; celui-ci répondit qu'il conseillait en pareil cas de ne pas rendre la dot, mais que Bulgarus, qui avait toujours été d'avis contraire, devait la restitution (qui fut faite aussitôt). L'opinion de Bulgarus devait l'emporter et la restitution fut admise, qu'il y ait ou non des enfants du ménage ; le mari ne pouvait retenir la dot qu'au cas de séparation si la femme s'était rendue coupable de quelque faute ; Azon remarque pourtant que la pratique italienne de son temps demeurait favorable au droit du mari, qu'il paraissait injuste de priver des biens dont il avait joui durant le mariage.

4) La *donatio propter nuptias* donna, enfin, aux glossateurs l'occasion de critiquer la *tercia* et la *quarta* encore pratiquée en Lombardie (cf. p. 245). En fait, la *donatio* se substitua à l'ancien *morgengab* et elle fut vulgarisée par les notaires ; mais tandis que pour ceux-ci la femme n'est que créancière, Azon lui reconnaît pendant le mariage la possession des biens donnés, tout en admettant, sur le fondement des textes romains, qu'elle doit être restituée à la dissolution du mariage. La solution marquait bien qu'il existait une différence de principe ; mais celle-ci était fort atténuée en fait, puisque Azon lui-même reconnaissait la validité des pactes nuptiaux attribuant des avantages à la veuve. Tel était bien le vœu des contractants qui désiraient que le mari survivant jouisse de la dot comme la femme survivante jouirait de la *donatio*. On retrouvait par là la règle de symétrie des deux institutions posée par l'authentique *Aequalitas* (*Nov.* 97) ; en pratique, la dot et la donation sont d'un montant égal et l'une apparaît comme la cause de l'autre.

Sur tous ces points, l'œuvre des glossateurs apparaît comme une adaptation des textes romains au milieu qui était le leur : celui de bourgeois commerçants désirant libérer leur patrimoine de tout lien, éviter dans leurs affaires toute entrave et toute intervention. L'inaliénabilité dotale n'est plus la pièce maîtresse du système ; la *donatio propter nuptias* ne comporte aucune assignation sur les biens du mari : les droits de celui-ci sont étendus au point de lui attribuer la propriété de la dot et la gestion des paraphernaux. Des clauses du contrat ou les statuts urbains vont, enfin, permettre au veuf de garder la dot en accordant corrélativement à la veuve une donation équivalente.

La pratique méridionale des XIVe et XVe siècles. — La plupart des contrats de mariage du Midi contiennent une soumission au régime dotal.

La liberté des conventions est, cependant, la règle : à Avignon, par exemple, quelques contrats comportent une société d'acquêts ou même une véritable communauté. La dot peut être augmentée pendant le mariage (mais non diminuée), elle est normalement constituée au moment des *verba de futuro* que l'on assimile à des fiançailles : ce qui fait admettre que la dot constitue des arrhes et que si les fiançailles viennent à être rompues par la faute de la femme, la partie de la dot qui a été payée au fiancé lui reste définitivement acquise ; si le fiancé est responsable de la rupture, il doit rembourser le double de la dot.

Le père de la fiancée intervient le premier au contrat pour doter sa fille. Contrairement à la règle coutumière « Ne dote qui ne veut », le droit romain oblige un père à doter sa fille et l'on admet que la fille, même si elle s'est mariée sans le consentement de son père et avec un mari indigne, a une action pour demander une dot dont le montant est arbitré par le juge. La mère n'est pas tenue de doter sa fille, mais le frère doit doter sa sœur si elle ne possède rien ; le mari lui-même est tenu de doter sa femme quand il l'a séduite. Enfin, la femme, si elle possède un patrimoine propre, peut l'apporter en dot.

Un immeuble peut être constitué en dot ; mais, le plus souvent, le père ne donne à sa fille qu'une somme d'argent (ce qui ouvre souvent de longues contestations pour le payement de la dot). On peut y ajouter le trousseau et rarement quelques meubles.

Les contrats de mariage fixent normalement la situation qui sera faite à la femme veuve. Elle peut demeurer dans la maison familiale, recevoir des donations de son mari, jouir d'un droit d'usufruit que l'on appelle couramment douaire, mais la stipulation la plus fréquente est celle d'un augment conventionnel, qualifié dans le Sud-Est de *donatio propter nuptias*. La femme reçoit le droit de percevoir — en complément de la dot qui lui est rendue — une somme qui est fixée par le contrat de mariage et qui est toujours présentée comme la contrepartie de la constitution de dot. Il y a, d'ailleurs, bien des diversités régionales : à Montpellier, il s'agit de quelques marcs d'argent ; à Avignon, d'une somme représentant une fraction (la moitié ou le cinquième) de la dot ; à Toulouse, la donation est plutôt faite en usufruit et peut consister en une rente.

LA RÉCEPTION DU DROIT ROMAIN : LA DOT. — Toutes les questions examinées par les glossateurs ont une résonance pratique : on répugne à attribuer au mari la propriété de l'immeuble dotal ; à l'encontre de la pratique qui accordait au mari un simple usufruit, les bartolistes essayent, sans grand succès, de faire prévaloir l'opinion de la glose. Le concours du mari usufruitier et de la femme nue-propriétaire suffisait, pour les notaires, à valider l'aliénation du fonds dotal. La femme prêtait, en outre, le serment de ne pas attaquer après la mort de son mari l'aliénation ainsi faite, ce qui la rendait incontestable ; en fait, les ventes de fonds dotaux sont chose courante et elles paraissaient servir le crédit des époux et assurer à leur patrimoine la mobilité nécessaire. La question n'avait, d'ailleurs, qu'assez peu d'importance puisque les dots étaient le plus souvent constituées en argent ou estimées. Les deniers dotaux devenaient la propriété du mari et il en était de même du mobilier ou des ustensiles qui étaient estimés au contrat.

La condition ainsi faite à la femme était si précaire que, vers la fin du XVe siècle, divers expédients sont employés pour la secourir : on lui accorde la dispense du serment qu'elle avait prêté — toujours suspect de dol à raison de l'autorité du mari ; on stipule au contrat des clauses de remploi au cas de vente du fonds dotal ; après la vente, il est fréquent que le mari donne à la femme un recours exprès sur ses biens propres ; enfin, on permet à la femme d'obtenir une restitution anticipée de sa dot chaque fois que celle-ci est en péril ; cette séparation de biens était accordée par justice ; la dot demeurait inaliénable, mais c'était la femme qui désormais en avait l'administration.

On admettait, parfois, la présomption dite Mucienne (à Toulouse, art. 87 ; en Dauphiné, Guy PAPE, qu. 668) qui attribuait au mari tous les biens dont l'origine était douteuse et parfois même faisait considérer comme dotaux tous les biens de la femme (en Auvergne, MASUER, XIV, 10). Mais, le plus souvent, cette présomption était écartée et la femme demeurait propriétaire à la fois des paraphernaux qu'elle avait au moment du mariage et des biens dits adventifs acquis après le mariage. Quant à l'administration de ces biens, on applique les règles romaines : la femme peut la conserver, mais elle peut aussi la confier à son mari qui doit alors des comptes de sa gestion.

LA RESTITUTION DE LA DOT. — La pratique demeure fidèle à l'opinion de Bulgarus que les bartolistes justifient en admettant la valeur des pactes ou des statuts dérogeant au droit romain. Au cas de prédécès de la femme, la dot doit faire retour aux enfants du mariage, ce qui est, au demeurant, normal puisque cette dot représente la part de la femme dans la succession de ses parents. S'il n'y a pas d'enfants, la dot doit être restituée au constituant.

La femme qui survit à son mari reprend sa dot : la restitution est faite à des termes prévus dans le contrat de mariage ; la femme qui doit attendre parfois fort longtemps cette restitution peut, pendant ce délai, tout au moins si elle est « pauvre », demander des aliments à la succession du mari.

La veuve ne s'attache vraiment à obtenir la restitution de la dot que si elle veut se remarier ou si elle ne s'entend pas avec ses enfants : le droit romain (loi *Assiduis*, C., 8, 18, 12) lui accordait dans ce cas une hypothèque générale et privilégiée ; mais elle pouvait toujours y renoncer, son serment suffisant à tenir en échec toutes les règles romaines ; aussi, bien souvent, accordait-on à la femme une garantie supplémentaire : cautions à Toulouse, gage immobilier, assignation faite parfois en justice de la créance dotale sur un immeuble du mari.

L'augment de dot, qu'il soit coutumier ou conventionnel, est analysé comme une *donatio propter nuptias* qui, pour la doctrine, devrait être égale à la dot ; mais, surtout en Provence et en Dauphiné, la tendance générale est très hostile à cette égalité (Et. BERTRAND, I², *cons. 45*).

VILLES ET CAMPAGNES. — Au XVe siècle, les règles romaines sont ainsi connues et discutées ; elles sont loin d'être pleinement reçues et l'esprit du régime dotal romain n'a pas été retrouvé. Des théories des glossateurs, les praticiens ont conservé tout ce qui favorisait les droits du mari ; la dot versée en argent est fort mal protégée et sa restitution est très mal assurée.

La femme est frustrée des gains réalisés pendant le mariage et soumise rigoureusement à la nécessité d'une autorisation maritale. C'est bien souvent le testament du mari qui assure, en définitive, la situation matérielle de la veuve.

Qu'un tel droit convienne à l'individualisme de la bourgeoisie urbaine, l'exemple italien suffit à le montrer. Dans les familles paysannes, les pratiques communautaires, déjà si nettes au XIIIe siècle, vont s'amplifier à la fin du XIVe siècle, sans doute sous l'action de la crise économique qui atteint le Midi plus encore que le Nord. Le mouvement, qui connaît sa plus grande intensité au XVe siècle, est en régression au siècle suivant et M. Hilaire a pu dater de 1580 environ sa disparition. La communauté était cependant, on l'a vu, parfaitement compatible avec le régime dotal et celui-ci existe dans quelques coutumes voisines des pays de droit écrit rédigées au début du XVIe siècle (Auvergne en 1510 ; Marche en 1521).

Par son mariage, la femme entre dans la communauté familiale de son mari et c'est au regard de celle-ci qu'il faut apprécier ses droits. L'exemple du Béarn est déjà connu (p. 280) ; les mêmes pratiques existent en Périgord, en Languedoc, en Provence ; même si les époux ont adopté le régime dotal, deux types très nets doivent être distingués :

a) La femme vient habiter dans la maison de son mari et y apporte sa dot. Celle-ci est reçue et administrée par le père du mari s'il vit encore ; elle appartient à l'actif commun si le mari vit en communauté avec ses frères.

b) Le mari va habiter dans la maison de sa femme. Souvent, le mari apporte une dot à sa femme et il est « affilié » par son beau-père (p. 79) qui demeure, tant qu'il vit, le maître de la maison ; quant à la femme, elle reçoit en dot tout ou partie de l'hérédité de son père. Cette dot, le mari l'administre après la mort de son beau-père ; il hérite normalement de sa femme s'il lui survit et même — par l'effet de l'affiliation — il hérite de son beau-père et de ses beaux-frères.

La fin du XVIe siècle va marquer, dans tout le Midi, une brusque rupture avec les pratiques communautaires comme avec cette application presque empirique des règles de droit ; la seconde renaissance du droit romain coïncide avec cette transformation, mais elle en est sans doute la conséquence ; la cause doit être recherchée dans la mutation économique, dans le progrès de l'individualisme dû à la Réforme, enfin, dans les changements sociaux ; les idées nobiliaires ou aristocratiques, plus nettes encore dans le Midi que dans le Nord, vont inspirer la jurisprudence des Parlements et aboutir à donner au régime dotal sa figure définitive.

SECTION II. — Le régime dotal du XVIe au XVIIIe siècle

LES BIENS DOTAUX. — La faveur nouvelle marquée au régime dotal apparaît dans la présomption de dotalité admise par Du Moulin (*cons. 144*, *Alex.*, liv. 5), par le Parlement de Paris pour les pays de droit écrit de son ressort et par la doctrine (ROUSSILHE, t. I, p. 165). Quand la femme n'a pas

de dot, les biens qu'elle possède au temps du mariage ou qui lui échoient depuis sont considérés comme dotaux tout au moins s'il y a eu tradition de ces biens au mari et s'il en a joui. Si les Parlements de Toulouse et d'Aix imposent, en principe, une stipulation expresse de dotalité, ils jugent, cependant, suivant l'opinion de la glose, que la constitution de dot faite pour un premier mariage vaut tacitement pour un second, la femme étant présumée traiter son second mari aussi bien que le premier. De même (sauf à Toulouse), la donation faite au contrat de mariage vaut constitution implicite de dot (art. 1541 C. C.).

Autre signe de la *favor dotis* : la constitution de dot peut concerner l'universalité des biens de la femme : d'où la validité d'une dotalité portant sur tous les biens présents et à venir même s'il existait des enfants d'un premier mariage (ROUSSILHE, t. I, p. 164).

La dot peut toujours être constituée ou augmentée pendant le mariage. L'article 1543 du Code civil qui rejette ce principe fut voté contre l'opinion de Cambacérès pour déjouer les fraudes ourdies contre des tiers.

L'obligation pour le père de doter sa fille est consacrée par tous les Parlements ; on étend même cette obligation au grand-père paternel, à la mère et, en Provence, aux frères germains. Le père est même obligé de doter une seconde fois sa fille si elle se remarie et si la première dot a été perdue par l'insolvabilité du mari. L'action ainsi ouverte à la fille était souvent vexatoire ou scandaleuse, ce qui l'a fait interdire par l'article 204 du Code civil.

Tous les biens de la femme qui ne sont pas dotaux sont réputés paraphernaux (auxquels on assimile désormais les biens adventifs). On donne à la présomption Mucienne une portée générale : tout ce que la femme acquiert pendant le mariage est censé acquis avec les deniers du mari. La seule exception certaine concerne le cas de la femme qui exerce un commerce ou une industrie séparée (CATELAN, IV, 5).

LES DROITS DU MARI. — La doctrine continue de rechercher lequel des deux époux est propriétaire de la dot. On admet toujours que l'estimation de la dot suffit à transférer la propriété au mari : *dos estimata, dos vendita.* Sur l'immeuble constitué en dot, Doneau et Domat n'attribuaient au mari qu'un droit d'administration et de jouissance. Cujas reprend l'opinion de Martinus en lui reconnaissant un domaine civil ; au contraire, Pothier (*Puiss. mari*, n° 80) n'hésite pas à dire « que la femme transfère à son mari la propriété des biens dotaux». Cette opinion paraît prévaloir au XVIIIe siècle, mais les Parlements jugent encore fréquemment que la propriété appartient à la femme ; à Bordeaux, on exigeait même que celle-ci intervienne pour les actions pétitoires. C'est l'opinion que suivront les rédacteurs du Code civil qui, renouant avec la tradition ancienne (p. 247), identifieront même le droit du mari à un usufruit. Les premiers commentateurs du Code (TROPLONG, *Questions sur la dot*, n° 3098) développeront l'idée de Cujas en reconnaissant au mari une « propriété civile et factice » et à la femme la « propriété vraie, naturelle, supérieure, originelle ».

Le droit d'administration et de jouissance du mari est, au contraire, certain ; il perçoit les fruits, mais doit en user pour subvenir aux charges du ménage.

La femme garde la propriété des paraphernaux et elle peut les gérer librement ; elle possédera à leur égard, jusqu'au Code civil, une pleine capacité lui conférant le droit d'agir seule en justice (cf. p. 141).

La liberté ainsi reconnue à la femme est aussitôt corrigée par le principe que le mari est son procureur-né ; il peut agir dans toutes les affaires de sa femme sans procuration, recevoir payement d'une dette, percevoir les fruits, les employer pour son usage, tout au moins si, la femme n'y ayant pas contredit, on peut considérer qu'elle y a consenti. La doctrine avait longuement discuté sur ce consentement tacite, sur l'attribution au mari des fruits naturels ou sur l'utilisation qu'il en avait faite, mais la jurisprudence a tranché toutes ces controverses en faveur des droits du mari : celui-ci doit simplement apporter à cette gestion la même diligence que dans ses affaires propres.

L'INALIÉNABILITÉ. — Pour être fameuse en doctrine, la question était demeurée jusqu'au XVIe siècle sans grande portée pratique puisque l'inaliénabilité ne concernait ni la dot estimée ni — ce qui était courant — la dot en argent.

Les coutumes d'Auvergne et de la Marche n'interdisent encore l'aliénation de l'immeuble dotal que si elle est préjudiciable à la femme. La coutume de Bordeaux permet à la femme de consentir à l'aliénation si le mari avait d'autres biens.

Dès la fin du XVIe siècle, les Parlements, toujours soucieux de maintenir le patrimoine familial, s'efforcent d'imposer l'inaliénabilité. Les bourgeois et les marchands y sont hostiles et portent leurs plaintes devant le roi : l'épisode le plus célèbre de cette opposition est fourni par l'édit du 16 avril 1664 qui pour mettre fin « à des nouveautés préjudiciables au commerce et au repos commun » permet à la femme, à Lyon, en Forez, Beaujolais et Mâconnais (CHEVRIER, *MHDB*, 1964, p. 77-96),de consentir à la vente du fonds dotal. L'édit a pour objet de maintenir « ces usages plus accommodants à la société civile et plus favorables aux affaires de famille et même nécessaires au grand commerce qui fleurit en notre ville de Lyon ».

L'intervention du roi fut provoquée, au dire de Bretonnier (t. I, p. 215), par la protestation du receveur des fermes de Lyon qui craignait que les droits du roi ne soient lésés par les revendications faites à raison de leur dot par les femmes des fermiers royaux.

En dépit de ces résistances, la jurisprudence des XVIIe et XVIIIe siècles applique la loi *Julia* en la complétant par des clauses de remploi et par l'inaliénabilité de la dot mobilière :

1) Le fonds dotal ne peut désormais être aliéné ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux époux conjointement (cf. art. 1554 C. C.). Les Parlements d'Aix et de Bordeaux permettaient, cependant, à la femme autorisée par le mari de faire donation de ses biens dotaux. La femme pouvait encore disposer de sa dot si elle n'avait pas de paraphernaux suffisants, quand le mari n'était pas en état de pourvoir à la subsistance de sa famille (CATELAN, t. II, 4, 4) et spécialement pour établir ses enfants, pour tirer le mari de prison, pour payer ses dettes antérieures au mariage ou pour subvenir à des réparations urgentes, toutes hypothèses qui ont été retenues par le

Code civil (art. 1558) qui substitue l'autorisation de justice à l'avis des parents exigé auparavant.

Les règles ainsi posées étaient assez mal sanctionnées : la nullité de l'aliénation pouvait être demandée par la femme après la dissolution du mariage ; encore, certains Parlements ne donnaient-ils à la femme qu'une action subsidiaire si les biens de son mari étaient insuffisants pour l'indemniser. Le mari était assimilé au vendeur de la chose d'autrui qui n'a pas qualité pour évincer l'acheteur et les Parlements de Bordeaux et de Grenoble, fidèles à la doctrine ancienne, ajoutaient même que le mari pouvait toujours aliéner l'usufruit de l'immeuble dotal (cf. p. 284).

2) Le remploi du produit d'une vente (ou de son reliquat) était imposé par la coutume de Normandie ; il était, au contraire, en pays de droit écrit, normalement imposé par une clause de contrat de mariage. De même, l'emploi des deniers devait être prévu au contrat de mariage pour que le Parlement de Toulouse reconnaisse la dotalité de l'immeuble ainsi acquis pendant le mariage. La déclaration d'emploi ou de remploi devait être faite dans l'acte même d'acquisition (ROUSSILHE, t. I, n° 183). Le tiers acquéreur de l'immeuble dotal aliéné à charge de remploi avait le droit et le devoir d'exiger ce remploi.

3) En ce qui concerne la dot mobilière, Domat indique qu'en quelques provinces (sans doute Auvergne et Marche) la femme ne peut s'engager sans l'autorisation de son mari, ce qui lui conserve sa dot entière (*Lois civ.*, I, 9, 1). A partir du XVIIe siècle, les Parlements généralisent cette solution en jugeant que la femme ne peut ni engager ni aliéner sa dot mobilière (en partant de l'idée qu'elle n'en a que la propriété naturelle). Au contraire, l'aliénation est permise au mari par application littérale de la loi *Julia* qui ne concerne que le fonds dotal.

LA RESTITUTION DE LA DOT. — Pour la restitution de sa dot, la femme pouvait parfois retenir la possession des biens du mari jusqu'au remboursement intégral de sa dot ; c'est le droit de rétention ou d'insistance pratiqué dans le ressort du Parlement de Bordeaux. L'inaliénabilité lui assurait, d'autre part, la reprise de l'immeuble dotal en nature. Enfin, pour toutes ses créances, elle pouvait bénéficier de son hypothèque. On sait que la loi *Assiduis* accordait à la femme un rang préférable aux créanciers hypothécaires même antérieurs au mariage. Le privilège était si exorbitant qu'il n'était exactement appliqué qu'à Toulouse. Encore était-il possible aux créanciers de dénoncer leur créance au jour du mariage pour écarter cette antériorité (MAINARD, II, 51). Ailleurs, l'hypothèque prenait rang au jour du contrat de mariage (art. 1572 C. C.), mais elle s'exerçait subsidiairement même sur les biens substitués (O. 1747, art. 53). Pour la restitution des paraphernaux, l'hypothèque prend rang au jour où le mari a reçu les deniers (art. 2135 C. C.). Pour son augment, la femme a hypothèque au jour du contrat de mariage.

La femme ne peut plus compromettre la restitution de sa dot mobilière en renonçant à son hypothèque ; à Montpellier, ces renonciations sont annulées par le Présidial dans les toutes dernières années du XVIe siècle et elles cesseront partout d'être en usage au siècle suivant.

A Bordeaux et à Toulouse, le mari survivant garde la dot ; il la conserve aussi au cas d'adultère de la femme (MAINARD, VII, 11). La dot doit, au contraire, être restituée au cas de séparation de biens : la femme reprend par jugement la gestion et la jouissance de sa dot, mais doit faire emploi de ses meubles. L'inaliénabilité persistait et la femme était incapable de s'obliger sur sa dot.

LES DROITS DE LA VEUVE. — L'augment, coutumier ou conventionnel, est toujours pratiqué surtout dans le Sud-Ouest et la matière est fertile en difficultés de tous ordres. On juge, au XVIIIe siècle, que l'augment est dû à la femme au cas de mort civile du mari, la femme du condamné étant préférée au fisc ; on tend à juger de même au cas de séparation de biens.

La femme peut encourir diverses déchéances : si elle témoigne d'une « ardeur précipitée » à se remarier (MAINARD, III, 90), si elle « malverse » dans l'an de deuil (CAMBOLAS, III, 45). La jurisprudence du XVIIIe siècle tend à considérer l'augment comme un droit successoral et à transposer ici les règles de la *Bonorum possessio unde vir et uxor* : l'abandon du mari ou le remariage avec un indigne fait perdre tout droit. On considère, cependant, l'augment comme une donation pour le soumettre au retranchement de la loi *Hac edictali* et de l'édit des secondes noces (p. 466) au cas où la veuve qui se remarie aurait des enfants (LA ROCHE-FLAVIN, II, 4, 3 ; *contra*, MAINARD, III, 27). Un arrêt de Toulouse de 1627 (CAMBOLAS, V, 38) décide, enfin, que la veuve, s'il existe des enfants du mariage, ne peut jouir que d'un usufruit.

La veuve, outre son augment, peut réclamer ses « bagues et joyaux » : il peut s'agir véritablement de bijoux (à Bordeaux, des bagues que le mari donne à sa femme dans les huit jours des noces) ou d'un gain en argent. Celui-ci peut, partout, être stipulé, mais il existe de plein droit en Lyonnais et en Forez. On le fixe même au dixième de la dot pour les nobles et au vingtième pour les roturiers.

Tous les Parlements de droit écrit attribuent, enfin, à la veuve pauvre, mais parfois aussi au veuf conformément à l'authentique *Praeterea*, un usufruit du quart de la succession du prédécédé s'il y a trois enfants au moins, d'une portion virile s'il y en a davantage : c'est la *virile* ou *quarte pauvre*. L'institution connue des glossateurs et de Du Moulin (qui notait, cependant, sa désuétude dans le royaume) fut reçue en Languedoc par deux arrêts de 1548 (PAPON, XIII, 4, 7) et de 1579 (MAINARD, III, 97), à Bordeaux en 1531 et plus tôt encore en Dauphiné. Au contraire, en Provence, la jurisprudence ne fut fixée que par un arrêt de 1732. La quarte était donnée à la veuve en propriété quand elle n'avait pas d'enfants, en usufruit s'il y en avait ; elle supposait la pauvreté, qui existait si la femme n'avait pas de dot ou si cette dot était modique au regard de la fortune de son mari. Certains arrêts du XVIIIe siècle tendent, d'ailleurs, à convertir le droit de la femme en une rente viagère (VEDEL, IV, 40).

Les divers droits ainsi reconnus à la veuve marquent bien la tendance de cette jurisprudence : donner en usufruit « la rémunération et le prix d'une heureuse union» (MAINARD, III, 97), corriger par là la rigueur de la séparation d'intérêt établie par le régime dotal et permettre à la veuve d'un homme riche de vivre décemment.

LE DROIT INTERMÉDIAIRE. — L'ancien droit ne fut en rien modifié à l'époque révolutionnaire : l'on valida, par exemple, les stipulations de dotalité faites sous l'empire de la loi du 17 nivôse an II (Cass. 6 avril 1818) et l'on maintint l'inaliénabilité dotale.

Dans la discussion du Code civil, le Conseil d'Etat, tout en autorisant le régime dotal, prétendit tout d'abord imposer l'aliénabilité du fonds dotal sous le prétexte que la dotalité « était une espèce de substitution dont la femme se grevait elle-même ». Portalis et Cambacérès, porte-parole habituels du Midi, firent voter l'actuel article 1554 C. C. Les quarante-deux articles constituant le chapitre « du régime dotal », empruntés pour l'essentiel à notre « respectable Domat », furent admis presque sans discussion.

Le rapporteur devait indiquer (FENET, t. XIII, p. 750) : « Si quelquefois notre projet s'écarte de l'usage c'est pour s'attacher plus fortement à la législation romaine dont l'usage s'était écarté. » C'est assez dire que, loin de suivre la ligne souvent équitable de l'ancienne jurisprudence, le Code civil accentua la rigueur du régime pour en faire « la conséquence et l'appui de cette puissance maritale qui, n'étant qu'une dépendance, une affinité immédiate de la puissance paternelle, place sur les bases inébranlables de la subordination l'harmonie, l'éclat, la prospérité des familles ». Le mari disposait de la dot mobilière ; au contraire, la femme, devenue incapable, n'avait aucun droit sur ses paraphernaux : elle perd cette « indépendance que son intérêt réprouve, que la nature dément, que la loi française refuse ». Elle perd aussi tout droit à l'augment et à la quarte pauvre.

L'effort de la jurisprudence pour adapter le régime dotal à la société moderne ne devait pas empêcher son rapide déclin : la loi du 15 juillet 1965, tout en évitant « une abolition brutale du régime historique des régions du Midi », prohibe pour l'avenir toute stipulation de dotalité.

ÉTAT DES QUESTIONS

Plusieurs thèses essentielles ont été consacrées au régime dotal du Midi : Aug. DUMAS, *La condition des gens mariés dans la famille périgourdine*, 1908 ; G. de BONNECORSE DE LUBIÈRES, *La condition des gens mariés en Provence*, 1929 ; J. BURGUES, *Les garanties de restitution de la dot en Languedoc*, 1937 (c. r. TISSET, *RHD*, 1938, p. 125) ; et surtout Jean HILAIRE, *Le régime des biens entre époux dans la région de Montpellier (XIII*e*-XVI*e *s.)* (c. r. OURLIAC, *TR*, 1959, p. 362 ; A. GOURON, *BECh*, 1959, p. 194). Indications importantes de H. PECOUT, *Le droit privé des hautes vallées alpines*, 1907 ; Pierre LUC, *Vie rurale et pratique juridique en Béarn au XV*e *s.*, 1943 ; J.-A. BRUTAILS, *La condition des populations rurales du Roussillon*, 1891. Cf. aussi Paul OURLIAC, *Droit romain et pratique méridionale*, 1937 (c. r. TISSET, *RHD*, 1942, p. 239) ; pour le Limousin, J. ROGER (1930) ; pour l'Auvergne, Ch. AUGÉE (1908) ; C. VILLA (1947) ; pour Bordeaux, E. AUDUBERT (1918) ; pour la Corse, C. SPINOSI (1956). Sur les paraphernaux : PECHENARD, th. Paris (dact.), 1953. Sur le droit italien : Egon LORENZ, *Das Dotalstatut in der italien. Zivilrecht des 13. bis 16. Jht.*, Cologne, 1965.

Sur les pratiques communautaires : R. AUBENAS, La communauté entre époux en Languedoc, *Ann. Fac. Montpellier*, 1944 ; *Aspects du mariage et du droit des gens mariés*, ronéot., 1954 ; J. HILAIRE, Les aspects communautaires du droit matrimonial des régions situées autour du Massif Central (XVe-XVIe s.), *SHDE*, 1958-60, p. 99-109 ; L. BOUYSSOU, La condition juridique du foyer rural en Haute-Auvergne au XVe s., *RHD*, 1942, p. 52-66.

Sur le droit savant : F. ERCOLE, *Vicende storiche della dote romana*, Rome, 1908, et *Riv. it. sc. giur.*, 1908, p. 191-302 ; 1910, p. 167-257 ; F. BRANDILEONE, *Svolgimento st. dei rapporti fra conjugi*, *Scritti*, Bologne, 1931 ; Manlio BELLOMO, *Ricerche sui rapporti patrimoniali tra conjugi*, Milan, 1961, et *Ann. stor. del dir.*, 1959-1960, p. 155-313 ; André BOYÉ, *Rech. hist. sur la portée de l'inaliénabilité dotale... chez les canonistes et les romanistes*, 1924, p. 473-514. Sur l'*assignatio dotis*, M. L. CARLIN, *RHD*, 1966, p. 702.

Pour le fonctionnement du régime dotal, outre les arrêtistes du Midi, il faut toujours se reporter à : ROUSSILHE, *Traité de la dot*, 2 vol., 1785 ; 2e éd. 1851 ; Ch. GINOUILHAC (1842), BELLOT DES MINIÈRES (1843), EYQUEM (1905).

Sur la quarte du conjoint pauvre : J. TURLAN, *RHD*, 1966, p. 210-239. Sur l'augment de dot en Gascogne : J.-J. ROUÈDE, th. Toulouse (dact.), 1961.

Ici encore, la connaissance des auteurs littéraires peut réserver des surprises. Ainsi BONAVENTURE DES PÉRIERS (*Nouvelle* 43) indique que le mot « dot » n'est pas encore compris du peuple au XVIe siècle : « Elle était jeune et n'avait pas encore ouï-dire ce mot de dot, lequel ils disent en certains endroits du royaume et principalement en Lyonnais pour douaire. »

TROISIÈME PARTIE

LES SUCCESSIONS

PATRIMOINE ET DROITS EXTRAPATRIMONIAUX. — C'est de nos jours la transmission du patrimoine d'une personne décédée à une ou plusieurs personnes vivantes (RIPERT et BOULANGER, IV, nº 1462). A la différence des systèmes contractuels qui sont essentiellement techniques et abstraits, les systèmes successoraux sont particulièrement hétérogènes. Ils sont très variables selon les époques et selon les pays, car ils reflètent les conceptions familiales admises dans une civilisation.

La définition juridique qui n'envisage que la succession au patrimoine est trop étroite. Même à notre époque, où le facteur économique domine, on conçoit que la succession porte sur des droits extrapatrimoniaux (nom patronymique, droit moral de l'auteur...).

En droit romain, l'hérédité primitive a pu avoir une finalité religieuse ainsi qu'un but politique. La distinction entre le droit privé et le droit public n'a pas, en effet, la valeur qu'elle a dans nos droits modernes.

Pour certains (FUSTEL DE COULANGES), assurer la continuation du culte ancestral serait l'essentiel de la mission confiée à l'héritier du défunt. L'*heres* succède au prêtre de ce culte, c'est-à-dire au *paterfamilias*. D'autres (BONFANTE, H. LÉVY-BRUHL) mettent l'accent sur le caractère politique des institutions successorales. L'héritier désigné dans le testament aurait été une sorte de souverain. Il est certain qu'à l'époque archaïque le caractère patrimonial de la succession est plus ou moins concurrencé par l'aspect religieux et politique mais faute

d'indications précises dans nos sources il est impossible de connaître l'importance respective de ces différents éléments.

« HEREDITAS SINE SACRIS ». — Une succession sans la charge du culte privé. C'est un cri du cœur synonyme de bonheur sans mélange. La formule atteste la réalité du caractère religieux de la transmission successorale. Les *sacra* sont le culte rendu au fondateur de la *gens* et aux dieux de la famille. Il s'agit là d'une charge qui incombe normalement aux membres de la famille. Dans la conception ancienne, les *sacra* sont partie intégrante de l'*hereditas*, mais sous la République une dissociation s'opère. La concentration de la famille et la décadence des pratiques religieuses font apparaître le culte domestique comme aussi onéreux qu'inutile. Alors qu'autrefois la succession au patrimoine était l'accessoire de la dévolution des *sacra*, c'est le principe inverse qui l'emporte. Le culte domestique n'est plus qu'une charge supportée en contrepartie du bénéfice retiré des biens successoraux (CICÉRON, *De legibus*, 2, 50). C'est l'aspect économique qui prédomine. Les créanciers du défunt, qui recueillent ses biens sans avoir la qualité d'héritiers, peuvent être grevés d'une telle charge.

HÉRÉDITÉ ET SOUVERAINETÉ. — Le caractère politique de l'hérédité reste difficile à prouver. Selon Bonfante, à la mort du chef de famille, cette dernière ne se désagrège pas. La qualité de chef passe à l'héritier. Le principal argument est sans nul doute l'impression de puissance qui se dégage des principaux textes juridiques relatifs à l'institution d'héritier. Cette dernière est le *caput et fundamentum* de tout le testament (GAÏUS, 2, 229). L'héritier a une vocation éventuelle à la totalité de la succession et cette vocation est perpétuelle. On ne peut limiter son droit à une chose déterminée ni le soumettre à un droit ou à une condition résolutoire. Il est dès lors tentant d'assimiler cette vocation universelle à une vocation à la toute-puissance.

On fait enfin observer que la coexistence est impossible entre héritier testamentaire et *ab intestat* (règle *nemo pro parte testatus*..., v. p. 299). Si la collégialité se conçoit au sein du gouvernement, la vocation du souverain ne peut, en effet, avoir deux origines différentes.

Aucune preuve décisive n'existe cependant en faveur de la souveraineté de l'héritier. En sens inverse, force est de constater qu'aucun élément religieux ou de puissance n'est transmis à l'héritier (de VISSCHER, *SDH*, 1947) et que la famille se désagrège au décès du *paterfamilias*. Les fils deviennent *sui iuris*.

LA VACANCE DU PATRIMOINE. — La succession est au premier chef la solution au problème de savoir qui va recueillir le patrimoine laissé vacant par la mort d'un individu jouissant de la capacité patrimoniale *(sui iuris)*.

La question intéresse l'ordre public. Les biens vacants, *res nullius*, peuvent faire l'objet d'une appropriation par occupation, l'un des modes originaires d'acquisition de la propriété (t. II, p. 251). Le procédé peut évoquer un certain charme de la vie primitive, il est inconcevable dans une société organisée, tout particulièrement pour les biens immobiliers. Dissensions entre les individus, mauvaise exploitation en sont les moindres inconvénients.

Le problème des successions en déshérence a fait l'objet de nombreuses controverses entre juristes romains (v. p. 352), l'accord ne se faisant que sur la nécessité d'éviter l'existence de biens sans maître. La société est donc intéressée à ce que la transmission du patrimoine s'opère au profit d'un héritier déterminé. Pour que ce transfert s'opère, encore faut-il que la propriété privée existe. On a vu (t. II, p. 61 ss.) que tel est le cas à Rome dès la plus haute Antiquité. Mais à côté de la propriété individuelle, il a existé une propriété collective, une propriété familiale.

LA PROPRIÉTÉ FAMILIALE. — Si le patrimoine est placé sous l'autorité exclusive du *pater*, il est exploité en commun par tous les membres de la famille qui peuvent en jouir. Les biens composant le patrimoine sont affectés aux besoins de tous, les droits de la communauté familiale sont seulement voilés par l'omnipotence du chef de famille. A sa mort, le droit préexistant des survivants reprend plein effet. Pour les personnes vivant effectivement avec le *paterfamilias*, il n'y a pas à proprement parler succession mais concrétisation d'un droit latent de copropriété. La famille au sens strict — qui englobe les personnes se trouvant sous la puissance du même *pater* —

n'est pas le seul groupe à jouer un rôle dans le droit héréditaire romain. Des groupes plus larges — *agnats*, *gentiles* — interviennent également pour éviter la dilapidation du patrimoine familial ou leur dévolution à des étrangers.

Ces préoccupations ne se traduisent pas par des règles du droit positif, mais elles inspirent des usages qui, sanctionnés par les censeurs et appuyés par l'opinion publique, influencent considérablement la vie pratique. On comprend dès lors que les limitations apportées à l'absolutisme du *pater* se soient effacées progressivement avec la décadence des coutumes familiales en corrélation avec les progrès de l'individualisme.

Le frein religieux disparaît dès l'époque républicaine. La société ne se sent plus concernée par le maintien du culte domestique. Le chef de famille, seul intéressé par la célébration de son propre culte funèbre, est libre de régler sa succession en conséquence. A la fin de la République, l'affaiblissement des croyances religieuses est tel que les pontifes sont les premiers à signaler les moyens de se débarrasser de toute entrave rituelle.

La volonté du « de cuius ». — Rien ne limite la volonté du chef de famille qui règle, comme il l'entend, la dévolution de son patrimoine après sa mort. Le respect des dernières volontés du *de cuius* apparaît comme une des préoccupations fondamentales des juristes romains. C'est dans ce domaine qu'ils firent leurs premiers travaux sur l'interprétation de la volonté dans les actes juridiques. Quintus Mucius Scaevola, l'auteur du premier traité dogmatique de droit civil, consacre près de la moitié de son ouvrage au droit successoral qui occupe par ailleurs le quart de la compilation du Digeste.

La pleine liberté testamentaire laissée au chef de famille aboutit à un excès d'individualisme. L'inconvénient est d'autant plus flagrant que la famille évolue. Son support n'est plus l'autorité de son chef ni la vie en commun mais les liens du sang et l'affection naturelle qui existe entre les parents les plus proches. Alors qu'autrefois la mort du *pater* révélait en quelque sorte la personnalité des personnes soumises à sa puissance, dorénavant cette personnalité latente produit de plus en plus d'effets du vivant même du chef de famille. Il était donc paradoxal de laisser la volonté exclusive du *pater*

l'emporter après sa mort. Le magistrat, le législateur seront donc amenés à intervenir pour protéger certains parents contre les abus d'autorité du testateur. Ils orienteront par la suite la volonté du *de cuius* en fonction d'impératifs d'ordre social, politique ou économique. Le législateur intervient tantôt pour empêcher la dispersion des biens familiaux, tantôt pour des motifs populationnistes ou encore pour préserver le patrimoine des personnes affectées à des services publics (corporations professionnelles, *curiales*).

La gamme fort variée des facteurs d'interventionnisme ne doit cependant pas faire sous-estimer l'importance du facteur technique. La logique juridique apparaît d'autant plus triomphante dans ce domaine qu'elle s'exerce aux dépens d'un mort (dont le nom est à lui seul tout un programme : *is de cuius successione agitur :* celui de la succession duquel il s'agit), sur une notion spécifiquement juridique : le *patrimoine*, la situation étant en quelque sorte gelée à un moment précis : celui du *décès*.

A la différence de notre ancien droit, qui considère la succession comme un phénomène collectif, comme la substitution d'une génération à une autre, le droit romain retient l'aspect strictement individuel de l'opération. Les juristes considèrent que les successions à cause de mort peuvent être dévolues, soit selon la volonté du défunt en vertu d'un *testament* (chapitre I), soit selon la coutume ou la loi, *ab intestat* (chapitre II). Dans les deux cas, des *problèmes techniques* analogues se posent (chapitre III).

Chapitre Premier

LE TESTAMENT A ROME

Son caractère spécifique. — Contrairement à ce que l'on croyait (Bonfante), la succession testamentaire n'est pas nécessairement la plus ancienne, mais c'est, du moins à l'époque classique, la plus pratiquée.

Selon Caton, il était trois maux dont on devait se garder : le voyage par mer ou le secret confié à une femme étant à ses yeux aussi redoutable que le fait de mourir sans avoir rédigé son testament.

La succession testamentaire a un caractère spécifique. On ne peut, en effet, combiner les deux modes de dévolution : testamentaire et *ab intestat*. C'est ce que l'on exprime par l'adage : *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* (cf. I, 2, 14, 5 et D., 50, 17, 7 : remanié selon Kaser, II, p. 567). Dans quelques cas cependant il est fait échec au principe. C'est ce qui se passe notamment pour le testament des militaires. Ces derniers, en raison de leur situation, bénéficient d'un régime de faveur, leurs dernières volontés doivent être tout spécialement sauvegardées. D'une façon générale, le souci de respecter le testament caractérise le système juridique romain.

« Favor testamenti ». — C'est un des grands principes qui ont inspiré les jurisconsultes comme les législateurs romains. Il traduit le désir de préserver le testament par égard pour la volonté du défunt qui est quelque chose de sacré (Biondi). Le *favor testamenti* est donc en étroite relation avec la *voluntas testantis*.

Dès la loi des XII Tables, les Romains reconnaissaient la force obligatoire de la volonté individuelle tant dans les actes

inter vivos que dans les actes *mortis causa* (c'est le sens donné à la règle *uti legassit*, D., 50, 16, 53, pr.). « Le testament repose entièrement sur la volonté du testateur et c'est pourquoi nous le considérons comme un acte *unilatéral* » (IGLÉSIAS, II, p. 310).

Mais le droit des obligations et des biens nous a familiarisés avec la façon dont les juristes procèdent à l'égard de la volonté individuelle (t. II, p. 268 ss.). On peut dire que le respect qu'ils lui portent est en raison inverse des honneurs qu'ils lui rendent. La volonté une fois magnifiée, les juristes ont tôt fait de dégager une volonté type qui sera l'idéal justifiant leur culte. Ils disposent pour ce faire de procédés techniques éprouvés à base de fiction, de symbole, de *tacitas* et autres abstractions.

Le droit successoral testamentaire est une bonne illustration de cette méthode. La volonté du défunt a été d'abord *recherchée* pour la mieux connaître. Puis on l'a *interprétée*, pour mieux respecter l'esprit des dernières dispositions. Corrélativement, on en arrivait à *présumer* l'esprit à partir de la lettre. Dans un dernier stade, les juristes ont fait triompher la volonté présumée sur la volonté exprimée, marquant ainsi les limites du consensualisme et de l'individualisme. Nous retrouvons les premiers aspects de l'évolution surtout dans les *Formes* (section I), les *Conditions du testament* (section II) et les *Libéralités à cause de mort faites à titre particulier (legs, fidéicommis, donations « mortis causa »* (section III). Tandis que l'ultime étape se concrétise dans les *Successions déférées à l'encontre du testament* (section IV).

SECTION I. — Les formes du testament

ACTE PROVISOIRE ET UNILATÉRAL. — Respect de la volonté, cela ne veut pas dire que le consensualisme soit triomphant pour autant. Bien au contraire. Au début comme à la fin du droit romain, à Rome comme dans la plupart des systèmes juridiques, le testament est un acte solennel. Le formalisme mérite ici son titre de « palladium de la liberté » décerné par IHERING (t. I, p. 11). Les formes protègent la volonté du disposant car

celle-ci est aussi importante à préserver que difficile à déceler. Le testament est un acte grave. Il règle le sort du patrimoine d'une famille. Or la situation est d'autant plus délicate à préciser par le juriste qu'elle est révocable et unilatérale. La révocabilité est un caractère essentiel du testament repris par les droits modernes (cf. C. C., art. 895). Cela tient à la nature même de l'acte *mortis causa* qui se présente comme un acte de *dernière volonté*, c'est-à-dire qu'il ne prend effet qu'au décès du testateur. « La volonté peut voyager jusqu'au dernier souffle » (*Ambulatoria enim est voluntas...*, D., 34, 4, 4).

Acte provisoire du vivant du *de cuius*, le testament est, en outre, un acte unilatéral de volonté. La seule *voluntas testantis* suffit à produire des effets juridiques. Il n'est pas besoin d'un accord entre testateur et bénéficiaire pour que le testament soit valable. Ce caractère est d'autant mieux marqué en droit romain que certains héritiers (*heredes sui et necessarii*, v. p. 338) n'ont pas à l'origine la possibilité de refuser la succession.

Les caractères du testament romain sont encore mal dégagés dans l'ancien droit. Le formalisme, comme dans le droit contractuel, a évolué dans le sens de la simplification. A ce stade, plus élaboré, il sera conservé pour des raisons de *preuve* et pour assurer une meilleure protection de la liberté du *de cuius*, ce qui est d'autant plus souhaitable que ce dernier peut être affaibli par l'âge ou la maladie.

Les formes archaïques. — Si on laisse de côté une forme très spéciale réservée aux militaires, le testament *in procinctu* (litt. en tenue de combat), la forme la plus ancienne de tester est le testament *calatis comitiis* (en présence des comices calates, Gaius, 2, 101).

Le testament calatis comitiis. — Les comices, assemblées populaires, se réunissaient deux fois par an et les testateurs exprimaient oralement leurs dernières volontés. Comme tous les procédés archaïques, celui-ci soulève un certain nombre de problèmes. On a supposé (Karlowa, Kübler, par ex.) que l'assemblée populaire jouait un rôle : le testament aurait été une sorte de loi votée par le peuple. Faute de textes, on ne peut admettre une telle exception à la traditionnelle répugnance des juristes romains à s'immiscer dans les questions d'ordre

familial. En revanche, compte tenu de l'organisation sociale de l'époque, le contrôle de l'opinion publique ne doit pas être sous-estimé (BIONDI, IGLÉSIAS).

Les inconvénients du testament comitial étaient multiples. Les plébéiens et les femmes ne pouvaient, selon toute vraisemblance, l'utiliser, car ils n'avaient pas accès aux comices. A cela s'ajoutaient des imperfections techniques. L'assemblée ne se réunissait que deux fois par an et, en principe, le testament ne pouvait être révoqué que par un autre testament fait selon les mêmes formes (parallélisme des formes). Pour pallier certaines de ces défectuosités, la pratique utilisa un expédient dérivé de la *mancipatio* (t. II, p. 262 ss.).

LA « MANCIPATIO FAMILIAE » : MANCIPATION DU PATRIMOINE. — Pratiquant l'économie des formes (t. II, p. 274 ss.) les juristes, transposent une technique largement employée dans l'ancien droit romain pour réaliser un transfert *mortis causa* de patrimoine. Toutes les formes de la mancipation entre vifs sont respectées, mais il s'agit, en raison de son but différent, d'un acte fictif. Par cet acte, le testateur transmet à une personne appelée *familiae emptor* (acheteur du patrimoine) l'ensemble de ses biens.

La pratique est déjà connue à l'époque de la loi des XII Tables. Son principal inconvénient tient à la nature même de la mancipation : acte de transfert entre vifs à caractère bilatéral et aux effets immédiats et irrévocables, ce qui est en totale contradiction avec l'acte de dernière volonté. On notera que, comme dans l'ancien droit français (v. p. 459), les praticiens ont utilisé des actes entre vifs pour réaliser un transfert *mortis causa*. Dans certaines civilisations antiques, en Grande Grèce, par ex., le respect des dernières volontés est assuré sinon facilité par l'intervention d'un tiers ami du défunt. Mais, à Rome, l'emploi des actes entre vifs n'est qu'un simple expédient technique car le transfert *mortis causa* ne pose pas de problème de principe.

Amélioration technique, en raison de sa simplicité relative, l'emploi de la *mancipatio* n'était cependant pas sans danger. L'*emptor familiae* joue un rôle. Il est *loco heredis*, nous dit Gaius (2, 103). On a pu comparer sa situation à celle d'un

exécuteur testamentaire. Il est chargé de transmettre les biens, dont il a la garde, selon les instructions du testateur. La mancipation ne peut être faite, en effet, directement à l'héritier ; c'est une personne qui se trouve habituellement sous la puissance du *de cuius* et comme telle incapable de passer avec lui un acte juridique. Le risque était sans doute moins grand qu'il peut paraître à un esprit moderne compte tenu de l'importance des notions de bonne foi à cette époque (v. *Fiducie*, t. I, p. 20 ss.) et du rôle de l'opinion publique représentée par les témoins de la mancipation. Mais comme tous les procédés indirects, la mancipation présentait d'importants inconvénients. L'acte, même s'il n'impliquait pas un dessaisissement immédiat, était irrévocable ; limité à la transmission des biens, il ne faisait pas un héritier, tenu des obligations du défunt. Enfin la publicité restait aussi gênante que par le passé et le caractère oral de l'acte interdisait des dispositions détaillées. La preuve testimoniale, la seule possible par hypothèse, restait aléatoire. C'est pour pallier ces imperfections que l'on a transformé la *mancipatio familiae* en un procédé direct d'institution d'héritier : le testament *per aes et libram.*

Mais les raisons techniques ne constituent pas les seuls facteurs de l'évolution, il faut également tenir compte des préoccupations financières et politiques des grandes familles patriciennes. La concentration des fortunes au profit d'un fils apparaît nécessaire compte tenu des sommes considérables qu'il fallait engager pour accéder aux honneurs. Le testament classique n'est donc pas seulement la manifestation d'un individualisme triomphant. Il est aussi le procédé juridique qui assure l'unité du patrimoine familial au profit de celui qui dans la vie sociale et les carrières politiques en sera le représentant (GAUDEMET).

LE TESTAMENT « PER AES ET LIBRAM ». — Par traditionalisme, les Romains ont conservé le rituel de la mancipation. Mais il s'agit cette fois d'un véritable testament et non plus d'un acte entre vifs. Le testateur présente aux témoins un document et dans une déclaration stéréotypée *(nuncupatio)* précise que telles sont ses dernières volontés. L'opération s'effectue « en un seul trait de temps », afin d'empêcher toute substitution de l'écrit.

Les Romains utilisent, à l'époque ancienne, des tablettes de bois recouvertes de cire sur laquelle on écrit. Elles sont articulées de sorte qu'une fois repliées et attachées par un fil de lin, il est impossible de lire le texte contenu sur les faces internes. L'authenticité du document est assurée par le sceau du testateur apposé sur le fil et accompagné de sa *subscriptio* : brève phrase indiquant le contenu du document et le nom de son auteur. Les témoins apposent, de même, sceau et souscription. L'usage des souscriptions et de l'apposition des cachets sera rendu obligatoire par les constitutions impériales (BIONDI).

Les caractères essentiels du testament moderne vont pouvoir être dégagés : *secret* et par là même *révocabilité*, puisqu'il suffit pour cela de détruire le document, les témoins en ignorant le contenu. Mais à ce stade de l'évolution, le formalisme de la mancipation ne correspond plus à la nouvelle nature de l'acte. Les solennités traditionnelles sont à la fois insuffisantes et excessives. Comme pour la *stipulatio* (t. I, p. 38), l'écrit n'est qu'un *usage*.

Le testateur peut fort bien continuer à exprimer oralement ses dernières volontés tout comme il peut, s'il les rédige, les montrer aux témoins. De toute façon, l'écrit n'a qu'une valeur probatoire, l'acte pour être valable requiert l'accomplissement des formalités de la mancipation. C'est le préteur qui, selon son habitude, allait simplifier le formalisme et l'adapter aux nécessités nouvelles.

LE TESTAMENT PRÉTORIEN (« TESTAMENTUM IURE PRAETORIO FACTUM »). — Le testament *per aes et libram* puise sa valeur juridique dans l'observance des solennités de la mancipation, mais le préteur les considère comme inutiles. Tirant les conséquences de l'évolution de la pratique, le magistrat estime que seul compte l'écrit. Au cas où certaines formalités de la mancipation n'auraient pas été observées, le préteur accordera l'envoi en possession à l'héritier désigné *(bonorum possessio secundum tabulas)*.

Le magistrat infléchit les règles du droit civil de façon indirecte, en utilisant les moyens de procédure dont il dispose. L'envoi en possession de l'héritier sera d'abord accordé *sine re*,

c'est-à-dire qu'il sera inopposable à un héritier qui aura pour lui le droit civil. Ce n'est qu'au IIe siècle après J.-C. que l'héritier prétorien sera préféré à l'héritier civil. Ce dernier sera repoussé par une exception de dol (rescrit d'Antonin le Pieux : GAIUS, 2, 120).

Comme dans le droit des obligations (t. I, p. 35 ss.), on constate, avec le testament prétorien, les rapports étroits qui existent entre la forme et la preuve. Celle-ci assure le relais de celle-là et marque les limites d'un consensualisme qui pour être l'idéal n'en est pas moins très gênant dans la pratique. C'est ce qui ressort nettement des dispositions prises par le législateur du Haut-Empire en faveur des militaires.

LE TESTAMENT MILITAIRE. — Pour s'assurer la fidélité de cette catégorie sociale, les empereurs lui accordent d'importants privilèges. Les militaires peuvent tester sans formes. Blessés mortellement, ils pourront écrire leurs dernières volontés sur le sable avec la pointe de leur épée ou avec leur sang sur le fourreau de leurs glaives ou sur leur bouclier (C., 2, 1, 6, 15). Ces dispositions exhorbitantes du droit commun ne sont valables que si le *de cuius* meurt en service ou dans l'année qui suit son congé (cf. la précarité de nos testaments privilégiés : C. C., art. 981 à 998, qui restent cependant soumis à un minimum de formes).

Plus encore qu'un libéralisme commandé par les circonstances, il faut en retenir les raisons. Les empereurs cherchent à assurer le respect de la volonté véritable du testateur. L'absence de formes ne doit pas tourner au désavantage de ceux que l'on veut favoriser et c'est pourquoi on ne retiendra pas des paroles prononcées à la légère par le soldat (D., 29, 1, 24). L'authenticité exige donc un minimum de formes, surtout avec la complexité croissante des actes juridiques. Dans les testaments du Bas-Empire, le législateur tiendra compte de ces préoccupations.

LE TESTAMENT DU BAS-EMPIRE. — La décadence du formalisme n'exclut pas un traditionalisme de bon ton dans les milieux juridiques. C'est ainsi qu'on trouve encore un testament oral. Transposition du testament prétorien, il consiste en une déclaration de volonté (*nuncupatio*, d'où le nom de testament

nuncupatif) faite devant cinq puis sept témoins (cf. le nombre de personnes exigé pour la mancipation). L'écrit n'étant pas exigé, le secret du testament dépend de la discrétion des témoins.

La forme la plus utilisée est le testament appelé *tripartite* (cf. I, 2, 10, 3) et créé en 439 (C., 6, 23, 21). Conformément à son nom, il a une triple origine. Il dérive : 1) du testament *per aes et libram*, par l'exigence des témoins et la rédaction d'un seul trait, 2) du droit prétorien, par l'exigence des sceaux et le nombre (sept) des témoins, 3) du droit des constitutions impériales, avec la souscription des témoins et du testateur.

Les tablettes de cire sont abandonnées au profit des feuilles de papyrus ou de parchemin qui sont ensuite roulées *(volumen)*, liées et scellées. Les souscriptions apposées à l'extérieur permettent d'opérer une vérification d'écriture. C'est également le souci d'éviter une falsification qui fait exiger la participation d'un huitième témoin, si le testateur ne sait ou ne peut écrire les mentions requises, c'est-à-dire, outre la souscription, le nom de l'héritier institué. Dans la pratique, en effet, le testament est rédigé par un tabellion. A la différence de notre notaire, ce n'est pas un officier public. Juridiquement, son intervention n'ajoute rien à la force probante de l'acte. C'est de ce testament que dérive notre testament mystique (C. C., art. 914 ss.) et de façon plus indirecte notre testament authentique (C. C., art. 910) qui emprunte également au testament nuncupatif.

Le testament tripartite n'est pas seulement la résultante d'une triple évolution historique, il essaie de concilier des soucis de sécurité, qui exigent un certain formalisme, et une aspiration naturelle à la simplicité et à la liberté qui pousse à la réduction des formes. Ce sont ces dernières considérations qui l'emportent au ve siècle avec une nouvelle façon de tester : le testament *olographe* (écrit en entier).

Se fondant sur un cas d'espèce, l'empereur d'Occident Valentinien III (*Novelle* 21) permet à celui qui n'a pu réunir un nombre suffisant de témoins de tester valablement en rédigeant en entier son testament. Dans l'Empire d'Orient, ce procédé ne sera admis que pour servir de testament partage entre les

enfants du testateur. Cette technique est à l'origine de notre testament du même nom (C. C., art. 970 ss.). Les préoccupations de sécurité, le souci d'assurer l'authenticité des actes de dernière volonté ont poussé l'Etat romain à intervenir dans la conservation des testaments. Ces procédés ont pour origine l'usage des peuples helléniques et orientaux de placer dans un dépôt public les actes juridiques dont on désirait assurer à la fois la conservation et l'authenticité. Dans le cas le plus courant, le testament est dicté par le *de cuius* au secrétaire de l'autorité municipale ou parfois à un représentant de l'autorité judiciaire. Durant les époques troublées, les archives publiques sont un abri plus sûr que celles des particuliers. Les hauts personnages pouvaient également déposer leurs testaments à la chancellerie impériale. Dans ce cas, le document pouvait être fermé, ce qui évitait la publicité résultant d'une déclaration devant les représentants de l'autorité.

La révocation des testaments. — C'est ici que se marque tout spécialement le respect de la volonté du *de cuius*.

A l'origine, en raison des formes employées, la révocation est difficile sinon impossible. On peut supposer tout au plus qu'un nouveau testament proclamé devant les comices remplaçait le précédent mais cela ne pouvait arriver que pour des raisons graves.

Avec l'écrit, le problème se simplifie. La destruction du document empêche de faire la preuve de son contenu, même si, en droit, le testament reste valable, la *nuncupatio* ayant eu lieu. Dans ce cas, force était donc de recourir à la succession *ab intestat*.

Si le testateur avait informé les témoins de ses dernières volontés ou si le contenu de l'écrit était encore lisible, le testament subsistait en dépit de la volonté contraire manifestée ultérieurement par le *de cuius*.

C'est au préteur qu'il appartiendra, comme à l'accoutumée, de donner une valeur juridique aux expédients de la pratique. Il *interprète* d'abord la volonté du testateur en décidant que la destruction même incomplète de l'écrit vaut révocation de l'acte : sceau brisé, nom de l'héritier biffé, par exemple. L'interprétation de la volonté du défunt comporte inévitablement

un risque d'arbitraire : si les altérations du testament avaient été l'œuvre d'un tiers, le préteur adoptera la même attitude (D., 28, 1, 22, 3). Il fallait donc aller plus loin dans l'analyse de la volonté et c'est pourquoi le magistrat ne se bornera pas à la traduire, il la *recherchera*. Si on peut prouver que le défunt, en détruisant son testament, a eu l'intention de revenir aux dispositions d'un testament précédent, c'est l'héritier institué dans cet acte qui sera envoyé en possession par le préteur *(bonorum possessio secundum tabulas)*. « On tend à admettre que la révocation du testament peut résulter d'une manifestation de volonté du testateur et n'être que partielle... si le nom seul de l'héritier est rayé, on maintiendra les legs et les affranchissements » (MONIER, I, p. 476).

A l'époque classique, le testament apparaît à Rome comme un acte essentiellement révocable. Le législateur impérial confirmera cette tendance et par excès de logique aboutira parfois à des conclusions abusives. Au ve siècle, les données du problème sont inversées. Au bout d'un certain laps de temps (dix ans), le testament est supposé tacitement révoqué sauf manifestation de volonté contraire du *de cuius* (C. T., 4, 4, 6, de 418). Les juristes ont constaté qu'un testament de beaucoup antérieur à la mort du disposant ne correspondait plus à ses désirs, au jour de son décès, mais il y a là une systématisation abusive (t. II, p. 291). Cette disposition est significative de l'évolution que subit le système juridique à la basse époque. D'interprétations en recherches de la volonté, de recherches en suppositions, les juristes en arriveront à dégager des présomptions qui sont parfois irréfragables : la volonté exprimée s'effaçant devant la volonté supposée (v. la *querela in officiosi testamenti*, p. 327).

Sous Justinien, on assiste à un retour à une plus saine appréciation des choses. Un testament rédigé depuis dix ans n'est plus périmé mais il peut être révoqué par une déclaration devant l'autorité publique ou devant trois témoins (C., 6, 23, 27). Par ailleurs, on recherche si la destruction matérielle de l'acte traduit la volonté du testateur (C., 6, 23, 30) ; la manifestation la plus claire de son changement d'intention était dans ce cas la confection d'un autre testament.

SECTION II. — Les conditions de fond

A la différence de notre droit moderne axé sur la dévolution des biens, les conditions de fond sont dominées à Rome par *l'institution d'héritier*. C'est l'élément essentiel et fondamental du testament (GAIUS). Manifestation de l'individualisme, le testament assure la continuité de la personne du *de cuius* par la désignation d'un ou plusieurs héritiers.

Pour pouvoir être désigné il faut avoir la capacité requise, c'est-à-dire la *factio testamenti*. Mais ce terme recouvre trois acceptions. Nous négligerons la capacité d'être *témoin* à un testament pour ne retenir que 1) les règles relatives à la *capacité de tester* (la *factio testamenti* active des interprètes du droit romain) et 2) les règles relatives à la capacité d'être institué héritier (*f. t.* dite passive) auxquelles nous rattacherons 3) les *conditions* dans lesquelles doit être faite l'institution d'héritier.

§ 1. LA « FACTIO TESTAMENTI » ACTIVE

Le but du testament étant de régler la dévolution du patrimoine, ne peuvent tester tous ceux qui ne peuvent avoir de patrimoine : *alieni iuris*, esclaves, et ceux qui n'ont pas le *commercium*. Pour pouvoir tester il faut aussi avoir une volonté, ce qui n'est le cas ni des impubères, ni des prodigues, ni des fous en dehors de leurs intervalles de lucidité.

Certaines personnes n'ont pas la *f. t.* active en raison d'une condamnation pénale. Ce sera le cas, par exemple, des hérétiques et apostats dans le Bas-Empire chrétien.

Plus complexe est l'incapacité qui résulte de l'impossibilité pour une personne d'observer les formes des testaments. On conçoit, en effet, que les sourds et les muets n'aient pu tester avant l'introduction du testament écrit. En revanche, si l'impossibilité pour la femme de tester s'explique anciennement par son exclusion de la vie publique et donc des comices où sont exprimées les dernières volontés, il n'en va pas de même avec les nouvelles formes de testament. La femme ne peut cependant les utiliser. La raison de cette interdiction doit

être vraisemblablement recherchée dans le désir d'un maintien des biens dans la famille (cf. *supra*, p. 223). En effet, dans le mariage *sine manu* qui se généralise, la femme reste dans sa famille d'origine. Aucun lien de parenté n'existe entre elle et son mari ou ses enfants ; or on peut penser qu'elle essaiera de modifier cet état de choses dans ses dernières dispositions.

Dès l'époque républicaine, la pratique tourne la règle d'incapacité à l'aide de subterfuges. Seules les affranchies pouvaient tester avec l'autorisation de leur tuteur, vraisemblablement pour permettre à ce dernier d'en bénéficier. Certaines femmes de naissance libre, qui désiraient faire un testament, utilisèrent la technique de la *coemptio* (*fiduciae causa :* fiduciaire) pour passer sous la puissance d'un tiers complice qui les affranchissait ensuite ! Le législateur impérial entérinera une situation corrélative à la décadence de la tutelle des femmes et fera disparaître l'incapacité de tester de la femme.

L'importance de la *voluntas testantis* est encore attestée par les règles relatives au *moment* auquel il faut se placer pour apprécier la *factio testamenti*. A l'origine, les juristes romains adoptaient une solution rigoureuse : la capacité devait être ininterrompue du jour de la rédaction du testament au jour du décès. Des atténuations interviendront par la suite. Outre l'exception légale en faveur du prisonnier de guerre de retour *(postliminium)*, le droit prétorien, avec le procédé de la *bonorum possessio*, se conformera à une plus saine appréciation du rôle de la volonté. La capacité est exigée aux deux moments de la rédaction et du décès. L'incapacité intermédiaire est sans conséquence *(media tempora non nocent)*, à condition qu'elle ait été indépendante de la volonté du *de cuius* ou, dans le cas contraire, que le testateur redevenu capable ait manifesté sa volonté de maintenir son acte.

La tendance moderne est plus laxiste, ce qui peut soulever des difficultés. « L'article 921 de l'avant-projet de C. C. précise que la capacité de disposer n'est requise qu'au moment de la rédaction du testament ; la commission de réforme eût été plus prudente en réservant les incapacités de disposer fondées sur l'ordre public » (MAZEAUD, IV, 2, n° 1373).

§ 2. La « factio testamenti » passive

Conditions de capacité. — *Media tempora non nocent* (les temps intermédiaires ne portent pas préjudice). Entre le moment de la rédaction du testament et celui de son entrée en vigueur, c'est-à-dire le jour du décès, l'héritier peut perdre sa capacité.

Les règles de capacité répondent aux préoccupations les plus diverses. Outre les incapacités déjà signalées pour la *factio testamenti* active et qui tiennent à l'organisation politique de la cité (exclusion des Latins qui n'ont pas le *commercium*, par exemple) ou qui ont un caractère pénal (v. *supra*, p. 309), la situation des femmes soulève également un problème dominé par les facteurs économiques.

Au début du IIe siècle avant J.-C., Caton l'Ancien, misogyne notoire, est à l'origine d'une disposition qui interdit pratiquement aux femmes de la classe aisée de succéder à leurs proches (Loi Voconia). La mesure fait partie d'un ensemble de dispositions tendant à réfréner le goût de luxe qui sévissait alors. Mais on y retrouve également l'idée de maintien des biens dans les familles (v. *supra*, p. 223). Les riches familles patriciennes avaient l'habitude de doter les filles en argent et de les exhéréder. La législation, qui ne fait que renforcer ces pratiques, tombera en désuétude comme ces dernières avec la transformation de la condition de la femme romaine.

Il existe enfin des incapacités qui s'expliquent par des raisons d'ordre technique. On ne peut instituer héritière une personne *incerta*, c'est-à-dire quelqu'un dont on ne pouvait se faire une idée précise lors de la rédaction du testament. Cette exigence vise essentiellement le cas des posthumes : enfants nés après la rédaction du testament et *a fortiori*, comme de nos jours, après le décès du testateur. Devant les inconvénients pratiques de l'interdiction, l'ancien droit civil (pour les *heredes sui*), puis le droit prétorien (pour les *extranei*) établiront des accommodements. Justinien admettra l'institution des posthumes.

Sont également considérées comme *incertae*, les personnes morales, cités ou corporations. Cependant, dès l'époque

ancienne, l'Etat romain peut être institué héritier et des atténuations furent introduites par l'usage, notamment en faveur des cités.

Au Bas-Empire, Constantin autorisera l'institution des églises chrétiennes (C. T., 16, 2, 4) et en droit byzantin la pratique se généralise d'autant plus que l'Eglise concourt avec les héritiers *ab intestat* (cf. *infra*, la part du mort, p. 347). Si les raisons d'ordre technique expliquent les solutions restrictives adoptées à propos des personnes *incertae*, les mêmes raisons conduisent à des solutions diamétralement opposées à l'égard des esclaves et des *alieni iuris*. Ceux-ci peuvent être valablement institués héritiers. Ils acquièrent pour celui en puissance de qui ils se trouvent. Souvent l'esclave est affranchi par son maître en même temps qu'il l'institue héritier. *Heres necessarius* (v. p. 350), il ne peut refuser la succession même si elle est obérée. Le *de cuius* dispose ainsi d'un moyen assuré pour perpétuer son culte sans qu'il soit porté atteinte à sa mémoire, la vente de ses biens pour payer ses créanciers se faisant au nom de l'héritier.

§ 3. L'INSTITUTION D'HÉRITIER

C'est la pièce maîtresse du testament, celle qui assure sa typicité et concrétise la *voluntas testantis*. Elle explique, sans doute, l'impossibilité d'un concours entre héritiers testamentaires et *ab intestat* (*nemo pro parte testatus*..., v. p. 299).

Pour être valable, l'institution d'héritier implique l'observation de *règles de forme* et de *règles de fond*.

LES RÈGLES DE FORME sont exigées à peine de nullité et elles sont strictes. L'institution doit être placée en tête du testament *(caput et fundamentum totius testamenti)*, rédigée en termes solennels (forme impérative : *Titius heres esto*) et en latin. Dès l'époque classique, ces exigences s'estompent, on ne réclame qu'une expression claire de la volonté du *de cuius* et, en 439, l'emploi du grec sera autorisé (C., 6, 23, 21, 6). Sous Justinien, ces exigences ont à peu près disparu.

LES RÈGLES DE FOND. — A la différence des précédentes, ces conditions qui constituent les modalités de l'institution

d'héritier témoignent de l'importance de la volonté du testateur. Elle ne doit cependant pas porter atteinte au caractère spécifique de l'institution. Non seulement l'héritier testamentaire ne peut entrer en concours avec un héritier *intestat* mais il a vocation universelle et perpétuelle à la succession. Il ne peut donc y avoir ni terme extinctif, ni condition résolutoire, la clause contraire est réputée non écrite. Il en ira de même pour les conditions impossibles, immorales ou illicites. Le testament restera valable en application du *favor testamenti*.

On a coutume, à ce propos, d'opposer la conception romaine à celle de notre droit moderne (C. C., art. 900), issue d'un décret des 5-12 décembre 1791. Les Romains « supposaient, par interprétation de la volonté du testateur et par faveur pour lui, qu'il désirait avant tout avoir un héritier, la condition n'étant qu'accessoire ». D'après le décret de 1791, au contraire, « la condition illicite fut réputée non écrite dans les libéralités non plus par interprétation de la volonté du disposant et par faveur pour lui mais pour des *motifs d'ordre public* afin de préserver les principes révolutionnaires » (MAZEAUD, IV, 2, n° 1397). En réalité, l'évolution subie par le droit romain ne laissera plus subsister qu'une interprétation toute formelle de la volonté du testateur.

Dans le cas de condition impossible (que Titius soit mon héritier s'il touche le ciel du doigt), on supposera que le testateur a ignoré l'impossibilité et que, s'il l'avait connue, il aurait supprimé la condition. Très souvent, l'institution d'héritier était subordonnée au serment d'exécuter un acte indiqué par le *de cuius*. Ce procédé permettait d'assurer le respect de la volonté du testateur tout en évitant une vacance de la succession pendant la durée de l'exécution. Mais les actes exigés par le défunt étaient parfois déshonorants ou vexatoires pour l'héritier. L'héritier pouvait alors demander au magistrat de le dispenser du serment. Le préteur décidait, selon le cas d'espèce, en accordant, s'il y avait lieu, une dispense *(remissio)*. Le système sera utilisé, au début de l'époque classique, pour remédier aux conditions ou charges illicites ou immorales.

Mais la *remissio* présentait l'inconvénient d'obliger l'héritier à demander une faveur et à violer publiquement le tradi-

tionnel respect que les Romains avaient pour la volonté du testateur. C'est pourquoi les juristes finirent par assimiler les conditions immorales ou illicites aux conditions impossibles ; l'héritier recueillera la succession purement et simplement.

On ne saurait parler dans ces conditions d'une interprétation quelconque de la volonté du testateur. Si celle-ci a été le point de départ de l'évolution et si elle reste un trait typique du système successoral romain, c'est surtout dans le domaine des principes. Il s'en faut qu'elle explique toutes les solutions admises au Bas-Empire. Ici, c'est bien une règle impérative qui permet, contrairement à la volonté du *de cuius*, de sauvegarder les droits de l'héritier. A la différence des modalités précédentes, la condition suspensive n'a pas posé de problèmes de principe. Admise depuis une époque très ancienne, elle retarde l'ouverture de la succession jusqu'au moment où la condition sera réalisée.

PLURALITÉ D'HÉRITIERS. — Les modalités peuvent également consister dans l'institution de plusieurs héritiers. Les institutions multiples peuvent se présenter sous la forme de *cohéritiers* venant simultanément à la succession, chacun pour sa part ou sous la forme d'héritiers appelés successivement. Celui qui est désigné en second ou *substitué* vient à la succession à la place du premier.

COHÉRITIERS. — Cette modalité permet une expression très variée de la volonté du testateur. En cas d'obscurité dans la lettre du texte, les juristes interprètent largement les dernières volontés. Si l'arbitraire de certaines interprétations est patent, on constate cependant que la jurisprudence n'obéit pas à des préoccupations d'ordre public, elle cherche uniquement à maintenir la validité du testament.

Cependant les principes qui étaient à la base du droit testamentaire romain ont infléchi les règles d'interprétation. Chaque héritier a vocation à l'ensemble de la succession. Si un cohéritier est donc défaillant, soit qu'il ne puisse, soit qu'il ne veuille recevoir sa part, celle-ci accroît celle des autres cohéritiers proportionnellement à leur émolument. C'est le *droit d'accroissement*.

Le *de cuius* peut cependant corriger le principe grâce au procédé de l'institution *conjonctive*. Une discrimination est

alors opérée entre les cohéritiers ordinaires et les cohéritiers conjonctifs qui peuvent seuls invoquer le droit d'accroissement.

SUBSTITUTION. — Plus encore que la précédente, cette modalité montre les possibilités de la volonté du testateur. Elle aboutira à des abus qui nécessiteront l'intervention du législateur.

En droit romain, la substitution est d'abord une technique, un succédané de l'institution sous condition suspensive. Sous sa forme ordinaire *(substitution vulgaire)*, elle est très simple : que X... soit mon héritier, si X... n'est pas mon héritier, que Y... soit mon héritier. La condition à laquelle est suspendue l'institution de l'héritier en second est la défaillance du premier. On peut prévoir des substitutions successives, la série se terminant par un esclave qui sera obligé d'accepter (v. *supra*, p. 312). Il y a toute une gamme de combinaisons possibles entre les institutions et les substitutions.

La substitution pupillaire nous fait sortir du cadre étroit des dernières volontés immédiates du *de cuius*. La technique prolonge dans le futur la volonté du testateur. Ce dernier prévoit le cas où son fils institué héritier mourrait pupille, c'est-à-dire avant d'avoir atteint l'âge de tester lui-même. Dans cette hypothèse, il désigne un substitué pour recueillir la succession. On se trouve en présence d'un prolongement de l'autorité du *paterfamilias*. Elle continue à produire effet même après sa mort.

La substitution quasi pupillaire se rapproche de la précédente. Elle permet à un ascendant de désigner un substitué à son descendant institué qui est frappé de folie. L'extension, réalisée au Bas-Empire, est, comme il était normal à cette époque, inspirée par une idée de protection et non d'autorité. Conformément à la conception du lien familial qui prévaut dans l'Empire chrétien, on ne peut choisir un substitué quelconque, s'il existe des proches parents du fou. En revanche, la substitution peut être faite par tout ascendant, même par la mère ou un ascendant maternel. L'affection qui est à la base de l'institution n'est pas seulement présumée, le testateur doit la démontrer en laissant au descendant le montant de sa légitime (v. *infra*, p. 328). En dépit des possibilités infinies offertes par

la technique, la volonté du testateur n'a pas dépassé le stade des préoccupations individuelles. Deux raisons à cela. Le contrôle de l'État est facilité par l'individualisme triomphant ; corrélativement, les problèmes de rapports entre les générations ont peu d'importance dans une société où prédomine la famille étroite. Une nouvelle preuve de cet état de choses nous est fournie par l'utilisation modérée du *fidéicommis* pour réaliser des substitutions de générations.

L'héritier institué peut recueillir les biens héréditaires à charge de les restituer à sa mort à une autre personne désignée par le testateur. Ce dernier s'efforce ainsi de protéger le patrimoine familial contre les risques provenant de la prodigalité d'un membre de la famille. Le *de cuius* peut chercher également à conserver quelques biens ayant valeur de souvenir. La substitution peut être graduelle (succession d'aîné à aîné, par ex.). Pour éviter que les biens échappent trop longtemps aux règles normales de la libre disposition, Justinien limitera les substitutions à quatre degrés (*Novelle* 159).

Dans notre ancien droit, pour des raisons tenant à l'organisation de la société féodale et aristocratique, ces substitutions connaîtront une très grande ampleur (v. p. 527). Il en ira tout autrement dans l'Empire byzantin à la même époque, ce qui est une raison supplémentaire de douter de l'existence d'une véritable féodalité byzantine.

Les procédés de substitution rentrent dans le cadre de l'assouplissement des règles du droit successoral pour une manifestation plus facile et plus exacte de la volonté du testateur. C'est à des préoccupations analogues que répondent les legs et fidéicommis.

SECTION III. — Libéralités à cause de mort faites à titre particulier (legs, fidéicommis, donations « mortis causa »)

Les legs sont des libéralités à titre particulier contenus dans le testament. Les bénéficiaires ne continuent pas la personne du *de cuius* et ne sont donc pas tenus du passif successoral.

Les fidéicommis sont des dispositions analogues quoique non contenues nécessairement dans un testament.

La défaveur manifestée par les juristes à l'encontre des donations entre vifs (v. p. 455) ainsi que les usages de la société romaine expliquent la très large utilisation de ces procédés. Sur le plan humain, elles présentent, en outre, l'avantage de ne pas gêner le bienfaiteur de son vivant.

Legs et fidéicommis ont été fusionnés par Justinien tant pour leurs 1) *conditions* d'existence que pour leurs 2) *effets*. Certains legs et fidéicommis se rapprochent des institutions d'héritiers, ce sont 3) les *legs partiaires* et les *fidéicommis d'hérédité*. Tandis que 4) les *donations* « *mortis causa* » se présentent sous la forme d'actes conclus entre vifs.

§ 1. Conditions d'existence

Formes des legs. — Dans l'ancien droit romain, le formalisme est de règle. Le legs devait donc être inséré dans un testament régulier après l'institution d'héritier et devait être fait en termes solennels. Quatre formes sont utilisées. Le legs doit en principe être délivré par l'héritier au légataire. Cependant, dans le legs *per vindicationem* (par revendication), le légataire dispose d'une action réelle pour obtenir son legs. Il peut donc éventuellement exercer son droit de suite contre un tiers détenteur. Tandis que le legs *per damnationem* (par *damnatio* : obligation d'accomplir, au profit du légataire, une prestation quelconque) ne donne au légataire qu'un droit de créance contre l'héritier.

Deux autres procédés dérivent respectivement des deux formes principales. Le legs *per praeceptionem* (par préciput : *praecapere*, prendre avant les autres) est fait hors part. A l'origine du moins, il n'est possible qu'en faveur d'un cohéritier. Ce legs fait échec au principe selon lequel nul ne peut être à la fois héritier et légataire, mais il présente une très grande utilité pratique en permettant au *de cuius* d'effectuer un véritable partage testamentaire. Le legs *sinendi modo* (consistant simplement à permettre) est au contraire une variété du legs *per damnationem*. L'héritier n'est pas tenu à une prestation positive

envers le légataire mais à une abstention. Il doit lui laisser prendre une valeur déterminée dans la succession ou dans son propre patrimoine.

« Pour éviter les nullités de forme, les testateurs avaient pris l'habitude d'utiliser simultanément deux types de legs ou d'adjoindre au legs un fidéicommis » (MONIER, I, p. 520). Au IVe siècle après J.-C., conformément à l'évolution signalée pour les testaments, les legs peuvent être faits en termes quelconques (C., 6, 23, 15).

LE CODICILLE. — Déjà au début du Haut-Empire, l'usage avait fait disparaître l'exigence de l'insertion du legs dans un testament. Un codicille (diminutif de *codex* : tablettes) suffisait. C'est un écrit dispensé de toutes formes, grâce auquel le *de cuius* complète son testament avec une ou plusieurs dispositions à titre particulier. On s'achemine ainsi vers la conception moderne selon laquelle le testament peut se composer exclusivement de legs.

Néanmoins, le testament romain, lié à l'institution d'héritier, reste le pivot des dispositions successorales. Le codicille n'est valable que s'il est confirmé par un testament soit par avance soit après coup. C'est là une atteinte au principe de l'*unitas actus*, selon lequel les dispositions de dernière volonté doivent être faites en un trait de temps. Ces dispositions sont réunies fictivement par la confirmation contenue dans le testament. C'est également en se plaçant au moment de la rédaction du testament, dont le codicille est censé faire partie, que l'on apprécie la validité des modalités.

Les règles furent adoucies dès l'époque classique et au Bas-Empire. On en arriva à reconnaître la validité d'un codicille indépendamment de tout testament. La primauté de celui-ci n'est sauvegardée que par une fiction. On considère que le codicille complète un testament fictif instituant l'héritier *ab intestat* du *de cuius* (clause codicillaire).

En contrepartie de la plus grande efficacité reconnue aux codicilles, la présence de témoins deviendra obligatoire.

MODALITÉS DES LEGS. — Le legs peut être fait sous condition suspensive ou à terme. Les conditions impossibles ou illicites sont réputées non écrites. Le legs est cependant nul s'il n'est

pas la conséquence d'une intention libérale du testateur. A l'époque classique, on fera application de ce principe à l'encontre des legs faits à titre de peine infligée à l'héritier. Justinien considérera la clause pénale comme une simple condition, elle est valable si elle n'a pas pour but d'imposer à l'héritier une charge impossible, illicite ou immorale (C., 6, 41, 1). Plus encore que pour le testament, joue le *favor testamenti* ; le caractère subsidiaire, anodin en quelque sorte, des dispositions à titre particulier incite les juristes à préférer l'esprit à la lettre. Les intérêts en jeu étant moins importants, l'interprétation de la volonté du *de cuius* peut être plus sereine, plus dégagée des grands principes qui structurent le droit successoral.

Tandis que dans l'ancien droit romain un legs fait dans un testament ne pouvait être révoqué que par une clause expresse insérée dans un autre testament, la révocation pourra par la suite résulter d'une manifestation de volonté même implicite : rature du passage de l'acte contenant le legs, aliénation par le testateur de l'objet légué, nouveau legs ayant le même objet et fait au profit d'un autre légataire, même si ce second legs est nul ou ne peut être exécuté.

Tant par son origine que par son objet, le legs n'a pas la même importance que le testament, il a un caractère spécifiquement particulier. Mais la multiplication de ce procédé peut modifier la typicité de l'acte de dernière volonté. Il peut en faire une simple technique de répartition, l'héritier n'ayant plus qu'un rôle de *distributeur testamentaire*. Le danger était d'autant plus grand que les usages poussaient à la prolifération des legs. C'est pourquoi le législateur, en dépit de sa répugnance à intervenir dans ce domaine, restreindra la liberté de léguer.

La réduction des legs. — Le législateur romain n'est pas intervenu pour défendre les droits de la famille au patrimoine du défunt. Inspiré par des motifs d'ordre public général, il lutte contre l'industrie des captateurs d'héritage qui a de tout temps excité la verve des auteurs littéraires : « Voulez-vous qu'ils pleurent sincèrement à votre mort ? », écrivait Martial (6, 33), « ne leur donnez rien du tout ! » On s'efforce également de réprimer le luxe des vivants dont les prodigalités posthumes sont un prolongement naturel. En outre, simple distributeur

des largesses du testateur, l'héritier n'avait guère d'intérêt à accepter la succession. Ceci est d'autant plus vrai que le caractère économique de l'institution tend à l'emporter sur les autres aspects, moraux ou religieux.

A l'époque classique, une série de dispositions seront prises pour répondre à ces préoccupations et sauvegarder le testament, en donnant à l'héritier un certain intérêt à l'accepter. Au début du IIe siècle avant J.-C., une loi *Furia testamentaria* fixe le maximum de ce que peut recevoir chaque légataire (mille as) sauf s'il est parent du défunt au septième degré. Le légataire qui accepte un versement excessif s'expose à une peine du quadruple de l'indû. Une loi *Voconia*, de 169 avant J.-C., interdit de laisser au légataire plus qu'à l'héritier. Le légataire ne peut recevoir, à lui seul, plus que l'héritier grevé du legs ou que tous les héritiers ensemble (D., 32, 29,1). L'excédent devra être versé au trésor public. Il était cependant facile de tourner la loi en faisant une multitude de petits legs.

En 40 avant J.-C., ces deux lois sont remplacées par les dispositions de la loi *Falcidia*. Pour éviter que les successions restent vacantes en raison du peu d'attrait qu'elles offrent lorsqu'elles sont grevées de nombreux legs, le législateur garantit à l'héritier le quart de la valeur de l'actif net de la succession. Il est possible que cette mesure ait été également inspirée par des raisons fiscales, pour faciliter la perception de l'impôt sur les successions testamentaires qui précéda la taxe d'un vingtième instituée par Auguste.

L'héritier peut ne pas se prévaloir de la protection accordée par la loi. Tirant les leçons de la diminution d'importance de la succession testamentaire et de la disparition du préjugé défavorable à la succession *ab intestat*, Justinien permettra au testateur d'écarter les dispositions de la loi *Falcidia* par une clause expresse.

La *caducité* des legs est liée à celle du testament ou à la mort ou à l'incapacité du légataire survenant avant la *diei cessio* (v. *infra*, p. 321). Elle résulte encore de la perte du legs ou de son acquisition à titre gratuit par le bénéficiaire. Enfin l'héritier n'étant tenu des legs qu'à concurrence de l'actif successoral, l'insuffisance de celui-ci est une cause de caducité.

Les fidéicommis. — Illustration de l'importance des usages, le fidéicommis n'a d'abord été qu'une prière adressée par le *de cuius* à l'héritier ou à un tiers (*fiduciaire* ou grevé) pour qu'il exécute une charge en faveur d'un *fidéicommissaire*. Dénué de valeur juridique, le procédé ne comporte aucune sanction, mais il n'est soumis à aucune condition. On l'emploie pour gratifier des personnes qui ne pouvaient être héritières ou légataires (pérégrins, femmes exclues par la loi Voconia, par ex.). Avec la décadence des mœurs, au cours de l'époque classique, les fiduciaires respectèrent de moins en moins les dernières volontés du *de cuius*, ce qui nécessita une intervention de l'autorité publique, dès la fin de la République. Pour lutter contre l'immoralité de son époque, Auguste organisera la sanction du fidéicommis. L'usage devient un acte juridique obligatoire et se trouve soumis à des conditions de validité analogues à celles des legs, quoique moins strictes. Ainsi s'explique la décision de Justinien (C., 6, 43, 2) d'admettre, pour les legs, l'absence de formes qui caractérisait les fidéicommis.

§ 2. Effets des legs et fidéicommis

Deux moments sont à distinguer. Celui où le droit s'ouvre ou plus précisément s'approche pour le légataire ou le fidéicommissaire, 1) c'est le *dies cedens* (le jour qui approche), et le jour où la libéralité est définitivement acquise, 2) c'est le *dies veniens* (le jour qui arrive).

1) L'efficacité de la libéralité dépend de l'acceptation de celui qui en est grevé : héritier ou fiduciaire. Tant que le grevé ne s'est pas décidé, le bénéficiaire n'a aucun droit. C'est pour le protéger, et rendre son droit transmissible, que les juristes ont élaboré la théorie de la *diei cessio*. En principe, ce moment est fixé au jour du décès (C., 6, 51, 1 : au jour de l'ouverture du testament depuis les lois caducaires jusqu'à leur abrogation par Justinien). C'est à ce moment-là qu'il convient de se placer pour apprécier les conditions de validité et la consistance des biens légués.

2) Le *dies veniens* est le moment où la libéralité est définitivement acquise, c'est-à-dire le moment de l'acceptation de la

succession par l'héritier grevé. Si le fidéicommissaire ne dispose que d'une action personnelle pour faire valoir son droit contre l'héritier, le légataire dispose de moyens différents selon les formes du legs (*actio ex testamento* pour le legs *per damnationem ou sinendi modo*, action réelle pour le legs *per vindicationem*, par ex.).

Justinien unifiera le système très complexe, renforçant ainsi la situation juridique du fidéicommissaire. Entérinant une clause de style créée par la pratique, le législateur accorde une action hypothécaire en garantie du paiement des libéralités.

§ 3. Legs partiaire et fidéicommis d'hérédité

Illustration de la plasticité des techniques romaines, ces deux procédés constituent un trait d'union entre les actes de disposition à titre particulier et ceux à titre universel.

Le legs partiaire a sans doute été imaginé pour tourner les dispositions de la loi Voconia (v. p. 311) interdisant aux citoyens les plus riches d'instituer des femmes héritières. Tout en donnant droit à une quote-part de la succession, ce procédé reste une disposition à titre particulier. Il en découle différentes conséquences.

La situation du légataire reste très fragile, car elle est subordonnée à l'acceptation de l'héritier. Le légataire n'a qu'une simple action en exécution de sa créance et non une action en partage de la succession. Il ne profite pas du droit d'accroissement. Enfin la délivrance du legs donne lieu à un règlement complexe.

Le fidéicommis d'hérédité a été créé pour des raisons plus générales. Il s'agissait de faire échec au principe de la perpétuité du droit de l'héritier *(semel heres semper heres)*. On a vu l'avantage offert par la possibilité de substituer un héritier à un autre. Ce procédé porte sur une quote-part de la succession ou même sur son intégralité. A l'origine, comme pour le legs partiaire, le fidéicommis d'hérédité dépendait de l'acceptation de l'héritier qui jouait ici le rôle de fiduciaire ou grevé. Le caractère hybride de la technique découle de son évolution. Comme le dit Gaius (2, 252), le fidéicommissaire a été tour

à tour dans la situation d'un acheteur puis assimilé à un héritier et enfin à un légataire.

La vente fictive de l'hérédité présentait un inconvénient majeur : le risque d'insolvabilité du fidéicommissaire. C'est pour pallier cela que le législateur dans le sénatus-consulte Trébellien, au Ier siècle après J.-C., considère le fidéicommissaire comme un héritier. Il en a tous les droits et toutes les obligations (dettes de la succession). Le fiduciaire n'est qu'un héritier intermédiaire. S'il ne court plus de risques, il n'a pas non plus d'avantage à accepter la succession en cas de fidéicommis portant sur tout l'héritage. Comme pour les legs, il faut que le fiduciaire ait un minimum d'intérêt à l'opération pour éviter la caducité du testament.

A la fin du Ier siècle après J.-C., on applique au fidéicommis d'hérédité les principes de la quarte fixés par la loi Falcidie (v. p. 320). L'extension de la réglementation a été réalisée par le sénatus-consulte Pégasien, d'où le nom de quarte Pégasienne donné à cette quotité minimale laissée au fiduciaire. Ce dernier peut dès lors être mis en demeure par le fidéicommissaire d'accepter la succession.

Selon la doctrine de l'époque classique, si le fiduciaire fait valoir son droit à la quarte, le fidéicommissaire ne bénéficie plus des dispositions du Trébellien, il n'est plus considéré comme un héritier mais comme une sorte de légataire partiaire. Justinien uniformisera là encore les solutions, en décidant notamment que dans tous les cas le fidéicommissaire était *loco heredis*.

§ 4. Les donations « mortis causa »

A la différence des actes précédents, il s'agit d'un acte conclu entre vifs. Il suppose donc le concours et l'acceptation du gratifié. Le procédé est caractérisé par une double condition : la survie du donataire au donateur et la mort prochaine de ce dernier. Si le donateur meurt, la donation produit ses effets à compter du jour où la promesse a été faite.

Ce type de dispositions permet de tourner certaines dispositions restrictives de la liberté de disposer entre vifs (loi

Cincia, prohibition des donations entre époux, v. *infra*, p. 456), ainsi que certaines règles relatives aux dispositions *mortis causa* (capacité de tester). Les lois caducaires et la loi Falcidia ne seront étendues à cet acte qu'au cours de l'époque classique.

Dans le droit de Justinien, on s'efforcera de simplifier et d'unifier la matière. La donation *mortis causa* sera rapprochée des autres modes de disposer à cause de mort. Elle sera *révocable* sauf clause expresse de l'acte de donation.

SECTION IV. — Les successions déférées à l'encontre du testament

Qu'elle soit interprétée ou supposée plus ou moins abusivement, la volonté du testateur reste à la base du système successoral romain. La *voluntas testantis* est l'élément fondamental de la typicité des dispositions testamentaires (BIONDI).

Mais à Rome, comme dans nos droits modernes, « les deux concepts de famille et de patrimoine forment les assises de la successibilité » (VIALLETON, *Mélanges Maury*, II, p. 580). Ce sont, en effet, ces deux sortes de préoccupations à caractère économique et social qui ont incité les juristes romains à limiter la liberté testamentaire. La considération la plus ancienne se rattache au respect du droit des *heredes sui* (héritiers siens, v. p. 338), elle répond au désir de maintenir le patrimoine dans le cercle étroit de ceux qui ont contribué à sa formation ou à sa conservation, du vivant du *paterfamilias*. La seconde considération se présente sous un aspect affectif voire sentimental. C'est le souci de laisser une part de la succession à ceux qui ont vécu avec le défunt et pour lesquels ce dernier a ou devrait avoir de l'affection.

Les juristes romains ont apporté des correctifs à la liberté de tester en s'inspirant de cette double considération. Ils ont d'abord essayé de concilier l'omnipotence du *paterfamilias* sur le patrimoine et le droit de copropriété des *heredes sui* avec 1) *l'exhérédation*. Cette technique n'apporte cependant qu'une limitation générale mais indirecte au droit absolu du testateur. 2) La *querela inofficiosi testamenti* repose sur des

principes tout différents. Au lieu de chercher à concilier les *droits* du testateur et ceux des proches héritiers, on limite directement la liberté de tester en invoquant un *devoir* d'affection qui existe à la charge du *de cuius*.

§ 1. L'exhérédation

Elle repose sur le principe que les *heredes sui*, c'est-à-dire ceux qui se trouvent sous la puissance du défunt et deviennent *sui iuris* à son décès, ont un droit de copropriété latent sur le patrimoine familial. A la mort du *paterfamilias*, ils n'acquièrent pas à proprement parler un droit nouveau sur la succession, ils recouvrent l'exercice d'un droit rendu inefficace par l'omnipotence du chef de famille. Ce dernier a toutefois le droit, de son vivant, de composer comme il l'entend sa *familia*, d'en exclure qui il veut et *a fortiori* de fixer la répartition du patrimoine à son décès. Le droit de copropriété des héritiers siens n'est, en effet, que la conséquence de leur appartenance à la *familia*.

L'exhérédation pose cependant un problème. Si elle se justifie par l'omnipotence du *pater*, elle ne prend effet qu'après sa mort, c'est-à-dire à un moment où le droit virtuel des héritiers a déjà retrouvé son efficacité. D'où les précautions dont cette technique fera l'objet. Dès une époque ancienne, on exige une manifestation claire et précise de la volonté du testateur. C'est dans le même esprit que les juristes entourèrent l'exhérédation d'un formalisme rigoureux. Les règles seront d'autant plus strictes que le parent à exhéréder est plus proche du *de cuius*. Pour le fils, l'exhérédation doit être nominative tandis que pour les autres descendants elle peut être faite par une clause générale. La nullité absolue du testament est la sanction du formalisme exigé pour exhéréder le fils (à la suite d'une controverse entre Proculiens et Sabiniens, le testament est valable si le fils omis décède avant le *paterfamilias*). Au contraire, pour les autres descendants omis, on admet la fiction de leur institution. Ils concourent donc avec les héritiers institués. Ils prennent la moitié de la succession s'il n'y a pas d'autres héritiers siens institués, sinon ils ont droit à une part virile.

Les garanties accordées à l'héritier ne sont cependant que de pure forme, elles ne les protègent pas contre un dépouillement total. L'exhérédation traduit la liberté absolue de tester du chef de famille dans ce qu'elle peut avoir de plus exorbitant. Il faut cependant se garder d'apprécier les techniques de l'ancien droit romain avec une mentalité moderne. Le principe de l'*économie des formes* a permis aux juristes de tenir compte des mutations de leur société en donnant à la même technique des applications très différentes.

C'est ainsi que l'exhérédation, qui pour un esprit moderne ne peut se concevoir que comme une punition, a pu avoir une signification analogue à notre émancipation. On a pu exhéréder un héritier sien, *bona mente*, c'est-à-dire dans un esprit de faveur. Il suffit de penser à la charge fort lourde des *sacra* (v. p. 294) pour comprendre qu'il était parfois préférable d'être exhérédé et de recevoir sa part d'héritage sous forme de legs. Cela d'autant plus qu'à Rome l'exhérédé, à la différence de l'émancipé, continue à faire partie de sa famille.

Les formes exigées en matière d'exhérédation et l'impossibilité d'instituer héritière une personne *incerta* entraînaient la nullité du testament dans le cas de descendants *posthumes*. Cette expression très large englobait les descendants nés après la rédaction du testament aussi bien que les personnes qui n'avaient acquis la qualité d'héritier qu'après cette rédaction (adopté, femme mariée *cum manu* et donc *loco filiae*, par ex.).

Au cours de l'époque classique, on finit par admettre aussi bien l'exhérédation que l'institution des posthumes. La tolérance ne s'applique cependant pas à l'exhérédation anticipée de personnes entrées dans la famille par adoption ou adrogation, ce qui était moralement injustifiable.

Le devoir d'affection. — On arrive ainsi à faire disparaître les inconvénients du formalisme en matière d'exhérédation, mais dans la mesure seulement où celle-ci ne correspondait pas à une négligence grave ou à un manquement au devoir de l'affection familiale. Les juristes romains ne pouvaient cependant mettre directement en cause le principe de la liberté testamentaire tout en réprouvant l'usage scandaleux qui en était fait dans certains cas. Pour résoudre le problème, les

exigences du droit civil en matière d'exhérédation vont être aggravées par le préteur. Par un étrange paradoxe, le promoteur attitré de la décadence du formalisme va utiliser et même développer ce formalisme en faveur des héritiers qu'il veut protéger contre l'arbitraire du testateur. La nécessité d'une exhérédation expresse ne se fonde plus sur l'idée de copropriété familiale mais sur celle d'affection présumée entre proches parents qui est à la base des successions *ab intestat* prétoriennes (v. p. 340).

L'exhérédation expresse est donc exigée à l'égard des membres *sui iuris* de la famille cognatique, c'est-à-dire de ceux qui sont unis par les liens du sang. L'exhérédation doit être nominative pour tous les descendants mâles quel que soit leur degré de parenté avec le *de cuius*, globale pour les autres héritiers.

L'inobservation de ces règles est sanctionnée par l'octroi d'une *bonorum possessio contra tabulas* (possession des biens contrairement aux tablettes, c'est-à-dire au testament) délivrée par le magistrat. Mais l'envoi en possession de l'héritier qui n'a pas été exhérédé régulièrement ne frappe pas le testament de nullité absolue. Seules sont caduques les dispositions préjudiciables à l'héritier. C'est là l'une des multiples manifestations du *favor testamenti*.

L'utilisation du formalisme pour limiter la liberté de tester s'est avérée assez vite inopérante. Le palliatif est inefficace à l'égard d'un testateur avisé, soit qu'il reprenne un formulaire de praticien, soit qu'il utilise les conseils d'un jurisconsulte. Les clauses d'exhérédation devinrent de style et furent insérées à tout hasard dans les testaments notamment pour parer à la survenance des posthumes.

§ 2. La « querela inofficiosi testamenti »

Elle a pour origine une pratique judiciaire (tribunal des centumvirs) de la fin de la République, inspirée sans doute d'une institution grecque. Son fondement, élaboré après coup, est l'existence d'un sentiment réciproque d'affection entre proches parents qui engendre un devoir de piété *(officium pietatis)*.

Si, contrairement à ce devoir naturel, un testateur déshérite sans motif un proche parent, on considère que l'acte a été rédigé sous l'empire de la folie et qu'il est inopérant.

C'est le triomphe de la volonté présumée, c'est-à-dire conforme aux normes établies par les juristes, sur la volonté exprimée. La folie est le prétexte *(color insaniae)* qui permet de sauvegarder le principe de la liberté testamentaire tout en protégeant les héritiers naturels contre l'arbitraire du *de cuius*. Par voie de réciprocité, le tribunal des centumvirs admettait la validité d'un testament fait par un fou lorsque les dispositions de cet acte paraissaient raisonnables, c'est-à-dire conformes à l'*officium pietatis*. On présumait que le fou avait agi dans un intervalle de lucidité (v. p. 100).

L'opinion publique semble avoir joué un grand rôle dans cette évolution. Devant le scandale soulevé par certaines exhérédations, opérées en respectant les formes légales, les hauts magistrats (préteur, consul puis empereur) furent amenés à intervenir. Les centumvirs, tribunal de droit commun pour juger les litiges relatifs aux successions, normaliseront la procédure. Des rescrits impériaux généraliseront l'institution qui est déjà fixée dans ses grandes lignes au IIe siècle après J.-C., époque à laquelle on peut étudier ses *conditions d'exercice* et ses *effets*.

CONDITIONS D'EXERCICE. — En dépit du subterfuge originel qui sauvegarde la volonté réelle du défunt, la réclamation de l'héritier exhérédé porte atteinte à sa mémoire. La fiction de folie sera abandonnée au profit d'un fondement plus réaliste : le manquement du testateur aux devoirs essentiels imposés par la morale familiale. Ce devoir de piété *(officium pietatis)* imposé au testateur a donné son nom à la procédure, la *querela inofficiosi testamenti*.

L'*officium pietatis* ne limite la liberté testamentaire qu'au profit des proches parents : descendants (même en ligne féminine ou émancipés) et ascendants du testateur. Les frères et sœurs consanguins peuvent agir en justice si le *de cuius* leur a préféré une *turpis persona* (C., 3, 28, 27). Le testateur est considéré comme n'observant pas son devoir s'il n'accorde pas à l'héritier protégé le quart (cf. la quarte Falcidie, p. 320, qui

a sans doute inspiré les centumvirs) de la part qu'il aurait recueillie *ab intestat*. Cette quotité porte le nom de quarte légitime et les héritiers qui en bénéficient sont les légitimaires. Ces derniers peuvent être remplis de leur quarte par une disposition *mortis causa* quelconque : legs, donations à cause de mort. Si les considérations économiques l'emportent, l'acte *mortis causa* conserve sa spécificité. On n'exige pas que le légitimaire soit institué héritier mais les donations entre vifs ne sont pas prises en considération pour le calcul de la quarte.

L'attitude de l'héritier conditionne l'octroi de la *querela*. Le devoir d'affection n'est pas à sens unique. Le droit du légitimaire peut être paralysé s'il n'a pas de son côté observé les devoirs compris dans l'*officium pietatis*. Les justes motifs d'exhérédation, laissés d'abord à l'appréciation des juges, sont limitativement fixés sous Justinien (quatorze pour les descendants, huit pour les ascendants ; aux motifs d'ordre privé : attentat à la vie, à l'honneur..., s'ajoutent des motifs d'ordre public : hérétique, malfaiteur). Le motif doit figurer dans le testament pour permettre au légitimaire de prouver l'inanité du grief formulé à son encontre.

La *querela* étant une atteinte à la liberté testamentaire, les conditions d'exercice en sont restrictives. Subsidiaire, elle ne peut être utilisée qu'en l'absence de tout autre voie de recours.

Le droit d'agir en justice est strictement personnel, car il est dominé par les questions de convenance. La *querela* ne peut donc être intentée par les créanciers du légitimaire, ses héritiers n'ont que le droit de poursuivre l'action s'il l'a déjà intentée avant sa mort. Pour la même raison, le droit d'agir s'éteint par la renonciation de l'intéressé et ceci très facilement : renonciation tacite, implicite, présumée enfin par abstention prolongée durant deux ans ou cinq ans, sous Justinien.

La *querela* ayant un caractère injurieux pour la mémoire du défunt, celui qui l'intente ne peut invoquer ultérieurement à son profit une disposition du testament.

Effets. — A l'époque classique, le testament étant considéré comme l'œuvre d'un fou était rescindé entièrement et la succession *ab intestat* s'ouvrait. Il y avait là un excès de logique contraire à l'équité, compte tenu de la fiction qui servait de

fondement à la technique. Dès le IIe siècle après J.-C., le légitimaire qui obtient gain de cause prend la place de l'héritier institué et les autres clauses du testament restent valables lorsque le *de cuius* s'est simplement trompé dans son calcul de la quarte légitime. Si plusieurs légitimaires intentent la *querela*, ceux qui sont déboutés ne viennent pas à la succession. Il en va de même si certains agissent en justice, les autres s'abstenant pour raison de convenance. Le droit romain fait ici échec à la règle *nemo pro parte testatus*..., en application du principe moderne de l'autorité relative de la chose jugée.

Procédé empirique par excellence, la *querela* dissimule mal les contradictions sur lesquelles elle repose. La *liberté testamentaire* n'est plus le principal fondement du système successoral. La succession *ab intestat* ne fait plus figure de pis-aller. Les interventions de l'autorité publique ne sont plus faites en fonction des seuls droits ou devoirs du *de cuius*.

L'ACTION EN COMPLÉMENT DE PART. — Justinien fera triompher les préoccupations nouvelles en systématisant certaines mesures déjà prises par ses prédécesseurs. La part légitime est modifiée en fonction du nombre d'enfants laissés par le testateur. La légitime est fixée à la moitié de la part intestat s'il y a plus de quatre enfants, au tiers dans le cas contraire. Si, sur le plan de l'arithmétique, la disposition est fort discutable (la légitime est plus forte s'il y a cinq enfants que s'il y en a quatre !), elle dénote le souci d'équité du législateur. A la notion de *devoir* moral et global du testateur se superpose celle des *droits* personnels des individus composant la famille étroite. Corrélativement, on facilite pour le défunt l'appréciation matérielle de son obligation. Il était, en effet, difficile pour lui de connaître à l'avance le chiffre exact de ce qu'il devait laisser à l'héritier pour le remplir de sa légitime, ne serait-ce que parce que l'actif de la succession était susceptible de varier entre la rédaction du testament et le jour du décès. Dans la pratique, il était prévu dans le testament que la légitime serait éventuellement complétée grâce à « l'arbitrage d'un homme de bien » (C. T., 2, 19, 4).

La clause de complément de la légitime sera sous-entendue par Justinien (C., 3, 28, 30) dans tout testament à condition qu'il contienne une disposition, si modique fût-elle, en faveur

du légitimaire exhérédé, ce qui était le minimum exigible pour la vraisemblance de la présomption légale. Dans ce cas, à la *querela* se substitue une action en complément de part intentée contre l'héritier institué. Le *de cuius* n'étant plus accusé d'ingratitude mais d'une simple erreur de calcul, les fins de non-recevoir propres à la *querela* ne s'appliquent plus.

Enfin, dans le calcul de la quarte, on ne compte plus seulement ce que le légitimaire a reçu à cause de mort, on y ajoute, dès le IVe siècle, ce qu'il a reçu à titre de dot ou de donation *ante nuptias*, et même, si telle est la volonté du testateur, le montant des donations entre vifs (TIMBAL, *RHD*, 1940-41).

« PARS HEREDITATIS » ET « PARS BONORUM ». — Justinien maintient le système antérieur de la *querela* au cas d'omission ou d'exhérédation totale d'un légitimaire (C., 3, 28, 31 ss.). Mais ce dernier est tenu des obligations qui incombaient à l'héritier, legs, fidéicommis, par exemple. En revanche, le descendant légitimaire peut se plaindre de n'avoir pas été institué héritier, quand bien même il aurait été gratifié d'une disposition à titre particulier. Il remplacera dans ce cas l'héritier indûment institué dans le testament (*Novelle* 115). La conception d'une légitime, *pars hereditatis* se superpose à celle de la *pars bonorum*.

« QUERELA INOFFICIOSAE DONATIONIS » OU « DOTIS ». — La *querela* protégeait les héritiers légitimes contre les seules dispositions à cause de mort. C'était là spéculer sur l'égoïsme naturel des possédants. Mais le *de cuius* restait libre d'amenuiser à l'extrême la part des légitimaires par des donations entre vifs ou des constitutions de dot.

Ce n'est qu'au IIIe siècle après J.-C., qu'interviennent les premières limitations (D., 31, 87, 3). Au siècle suivant (C., 3, 30, 1, de 358), la masse successorale est augmentée fictivement de toutes les libéralités entre vifs, pour le calcul de la légitime. Si les conditions d'exercice de l'action sont analogues à celles de la *querela*, les effets en sont différents. La rescision d'un acte entre vifs, même à titre gratuit, soulève davantage de problèmes que celle d'un acte *mortis causa*. On s'efforcera de respecter au maximum le fait accompli. On sauvegarde dans la mesure du possible la libéralité en la réduisant seulement pour

compléter la part du légitimaire. On procède à la rescision des donations en commençant par les plus récentes. Enfin les donations entre vifs ne pourront être remises en cause que dans le cas où la réduction des dispositions testamentaires s'avérerait insuffisante à remplir les légitimaires de leur part.

ÉTAT DES QUESTIONS

La succession dans notre droit moderne n'est ouverte que par la mort naturelle depuis l'abolition, en 1854, de la mort civile qui frappait les condamnés à des peines criminelles perpétuelles.

En droit romain, au contraire, parler de succession à cause de mort ne constitue pas un pléonasme. Le droit classique romain connaît des successions entre vifs : par ex. en cas d'adrogation, de *conventio in manum* (GAIUS, 3, 153) ou encore de réduction d'un citoyen en servitude. Ce sont des pratiques anciennes (le préteur introduira cependant un cas nouveau, celui du *bonorum emptor* : acheteur des biens de son débiteur, GAIUS, 3, 77). Elles sont en décadence au Bas-Empire et demeurent inconnues de nos droits modernes.

La bibliographie est particulièrement abondante. Les études générales les plus récentes sont celles de Ubaldo ROBBE de 1963 et 1965.

Les formes du testament. — L'évolution des formes du testament est « l'un des problèmes romanistiques les plus discutés » (LEMOSSE, *Iura*, 1952). Pour une étude sociologique et comparative du droit successoral, v. STOJCEVIC, Adgnatus proximus, dans *Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, p. 273 ss.

Les formes du testament archaïque correspondent aux nécessités du moment. Testament comitial en temps de paix (*in pace et in otio*, dit GAIUS), testament *in procinctu*, en temps de guerre (déclaration orale du disposant en présence de l'armée rangée en bataille). La *mancipatio familiae* intervenant *si subita morte urguebatur*. A l'époque classique, le testament *in procinctu* sera remplacé par le testament militaire.

Sur le testament dans l'ancien droit romain, v. GANDOLFI, « Prius testamentum ruptum est », dans *Studi Betti*, 1962, p. 211 ss. ; PAOLI, Le testament « calatis comitiis » et l'adrogation d'Auguste, dans *Studi Betti*, 1962, p. 529 ss. ; STOJCEVIC, La fonction du testament « calatis comitiis », *Synteleia Arangio-Ruiz*, 1964, p. 240 ss. ; AMELOTTI, *Il Testamento romano attraverso la prassi documentale. Le forme classiche di testamento*, Florence, 1966 ; MEYER, Testamentum militare und Erbrecht, *Jahrb. der Basler Juristenfakultät*, 38-39, 1959-60 (publ. 1962), p. 52 ss.

Les testaments des empereurs ont donné lieu à des études de la pratique fort utiles : v. notamment LEMOSSE, dans *Studi Albertario*, DUMONT et HENNE, dans *Mélanges Henri Lévy-Bruhl*.

Le rayonnement du droit successoral romain est incontestable. V. par ex. VISKY, Tracce di diritto ereditario romano nelle iscrizioni della Pannonia, dans *Iura*, 1962, p. 110 ss.

La législation de Constantin marque un tournant dans l'évolution du droit successoral romain mais elle donne une impulsion nouvelle plus qu'elle n'ébranle les structures fondamentales. V. en dernier lieu l'importante étude de la spécialiste de cette époque : DUPONT, Les successions dans les constitutions de Constantin, dans *Iura*, 1964, p. 57 ss. ; du même auteur : Les donations dans les constitutions de Constantin, dans *RIDA*, 1962, p. 291 ss. Cf. L'HEUREUX, *Le droit successoral dans le Code Théodosien*, thèse droit, dactyl., Paris, 1962, qui insiste sur l'assouplissement des formes du testament.

La permanence des concepts est attestée par l'étude de DIAZ BIALET, « Testamentum ». Interpretación por los conceptos, dans *Romanitas*, III, 1961, p. 189 ss.

Les conditions du testament. — Avec la *factio testamenti* active, les juristes romains prennent en considération « les situations subjectives des personnes » (BIONDI, *Successione testamentaria*, p. 84 ss.). On refuse le droit de tester à ceux qui sont capables objectivement mais qui ne se croient pas capables (D., 28, 1, 14 : esclave qui ignore son affranchissement, par ex.). Cette solution, à première vue curieuse, s'explique peut-être par une sorte de présomption irréfragable d'*error communis* fondée sur la situation incertaine de l'intéressé (cf. D., 28, 1, 15). « Sous l'Empire, il ne suffit plus de pouvoir être valablement institué héritier : en vertu de dispositions législatives, on peut se voir privé du droit de recueillir *(ius capiendi)* une succession comme n'ayant pas la *capacitas* requise ou comme indigne » (MONIER, p. 468). La *capacitas*, qui est le droit de recueillir une hérédité légitimement dévolue, a été enlevée à une certaine époque à certains citoyens : célibataires, veufs ou ménages sans enfants (lois caducaires, v. *infra*, p. 350).

Les cas d'indignité. — La notion d'indignité se fonde sur un concept différent dominé par l'importance accordée à la volonté du testateur. Alors que dans notre droit moderne, l'indignité « est une déchéance légale, une peine » (MAZEAUD, IV, n° 718), elle paraît se présenter dans le droit du Bas-Empire comme une exhérédation tacite. A l'origine, il n'en était pas ainsi. L'exhérédation reposait sur le pouvoir arbitraire qu'avait le *de cuius* d'exclure ses descendants de sa succession.

Lorsque l'héritier a attenté à la vie du défunt, négligé de venger sa mort ou agi contre sa volonté (D., 29, 5, 15, 2), le législateur estime que sa conduite est répréhensible et qu'il doit restituer les biens de la succession au trésor public. L'indignité sera étendue à des situations pour lesquelles ne peut jouer une quelconque interprétation de la volonté du *de cuius* : exécution par l'héritier d'un fidéicommis fait en fraude de la loi ou héritier gratifié à la suite d'une union illicite.

Mais à la suite d'une longue évolution, on assiste à Rome à la réduction croissante du pouvoir arbitraire d'exhérédation. Dans le droit de Justinien, celle-ci ne peut être exercée en dehors des motifs fixés par la loi. Il se produit alors une certaine confusion entre les cas d'indignité et d'exhérédation qui tous reposent désormais sur la loi.

A la basse époque, en effet, le rôle traditionnel de la volonté du testateur s'efface de plus en plus devant l'idée qu'un devoir moral et social existe à la charge du *de cuius*.

Règles de fond. — La patience et la sagacité des captateurs d'héritage n'avaient pas plus de limites que l'imagination des testateurs pour élaborer des clauses leur permettant de leur échapper à titre posthume. Si on en croit HORACE, une vieille femme du nom de Thébis imposa à son héritier « l'obligation de huiler abondamment son cadavre et de le porter sur ses épaules nues jusqu'au lieu où il devait être brûlé, espérant ainsi échapper après sa mort à celui dont elle n'avait pu éviter pendant sa vie la captation » (cité par HENRIOT, *Mœurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome*, Paris, 1865, t. I, p. 418).

Condition suspensive. — Ici encore il existe un procédé pour remédier à un retard qui peut être plein de risques pour l'héritier. Le *favor testamenti* a incité le magistrat à permettre à l'héritier institué d'accepter la succession. Il se mettra en possession en fournissant des garanties suffisantes de restituer les biens du *de cuius* si la condition de l'institution venait à défaillir *(cautio Muciana)*. V. MASI, In tema di « cautio Muciana », *Iura*, 1962, p. 175 ss.

Pluralité d'héritiers. — Sauf disposition expresse, les cohéritiers concourent à la succession à égalité. Le plus souvent le *de cuius* fixe la part de chacun et à cette occasion des erreurs ou des imprécisions peuvent apparaître. Pour résoudre les problèmes posés par l'interprétation des dernières volontés, les Romains avaient l'habitude de considérer la succession comme une unité de poids : la livre *(as)*, et de fixer la part des cohéritiers en attribuant à chacun d'eux autant d'onces (douzième de la livre) qu'il devait prendre de douzièmes de la succession. Par ex., l'héritier institué pour trois onces devait recueillir trois douzièmes, soit un quart de la succession.

Pour éviter que des erreurs du *de cuius* annulent le testament, on avait adopté différentes règles d'interprétation. Par ex., si le testateur a fixé les parts de tous les héritiers sans épuiser les douze onces, les onces restées vacantes sont partagées entre les héritiers proportionnellement aux parts qui leur ont été attribuées expressément.

Les substitutions sont choses courantes et elles sont bien connues des captateurs d'héritage. C'est ce que signale HORACE (*Satire*, 2, 5) qui recommande pour capter la succession des vieillards de s'adresser à un homme riche, bien entendu, mais ayant un fils de mauvaise santé. « Car en vous adressant à un célibataire ou à un veuf sans enfants vous montreriez par trop vos intentions. » Il suffit d'obtenir qu'il vous substitue à son fils. « Si cette heureuse éventualité se réalise, la succession sera pour vous seul, il est bien rare qu'on ne gagne pas à ce jeu-là. »

Pour les juristes, la substitution est surtout prétexte à de savantes discussions techniques. Si on substitue un héritier à un autre qui est déjà substitué, on estime que ce substitué viendra à la succession de l'institué. C'est ce qu'exprime la formule : *Substitutus substituto, substitutus instituto.*

Legs, fidéicommis, donations mortis causa. — En dépit de la très grande technicité de la matière, les Romains ont « appliqué au régime des legs des principes progressistes et novateurs, partout où un formalisme périmé ne les gênait pas » ... « ils ont fait triompher la volonté individuelle à un moment où, dans d'autres domaines, la volonté stéréotypée ou même le verbalisme

prévalait dans l'interprétation ». E. GENZMER, La genèse du fidéicommis, dans *RHD*, 1962, p. 323. BIONDI, Legato, dans *NDI*, 1963, p. 597 ss. Pour une étude d'ensemble, v. la réédition de G. GROSSO, *I legati nel diritto romano ; Parte generale*, Turin, 1962.

L'importance pratique de la clause pénale est bien mise en valeur par l'étude de ORMANNI, Penus legata. Contributi alla storia dei legati disposti con clausola penale in età republicana e classica, dans *Studi Betti*, 1962, p. 581 ss.

On peut rapprocher du legs avec clause pénale, la *translatio legati* avec changement d'objet. Sur les nombreuses modalités de la *translatio*, v. TALAMANCA, Revoca testamentaria e « translatio legati », dans *Studi Betti*, 1962, p. 181 ss.

Que le legs soit une libéralité très répandue dans la société romaine, c'est ce dont on ne peut douter en lisant le premier des trois volumes consacrés à cette question par ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, Padoue, 1964, et l'importante étude de BOYER, La fonction sociale des legs d'après la jurisprudence classique, *RHD*, 1965, p. 333 ss. ; GARCIA-GARRIDO, La concezione classica del legato « sinendi modo » e la sua probabile struttura originaria, dans *Studi Betti*, 1962, p. 231 ss. ; METRO, Il « legatum partitionis », dans *Labeo*, 1963, p. 291 ss.

Parmi les legs, le legs *per praeceptionem*, par son caractère original, a plus particulièrement retenu l'attention des romanistes. V. en dernier lieu LEUBA, *Origine et nature du legs « per praeceptionem »*, Lausanne, 1962 ; GARCIA-GARRIDO, Gayo, 2, 216-223, sobre el « legatum per praeceptionem », dans *AHDE*, 1961, p. 487 ss. ; LEMOSSE, A propos des royaumes légués au peuple romain, *Synteleia Arangio-Ruiz*, 1964, p. 280 ss. ; MELILLO, Legatum mundi — Universitas rerum, *Synteleia Arangio-Ruiz*, p. 589 ss. ; METRO, Il Legatum Partitionis, *Labeo*, 1963, p. 291 ; SANTALUCIA, I legati ad effetto liberatorio nel diritto romano, dans *Univ. di Firenze. Pubbl. della Fac. di Giur.*, II, Naples, 1964 ; PALAZZOLO, Osservazioni in tema di legato con effetto liberatorio in favore del conduttore, *Iura*, 1965, p. 124 ss. ; WESEL, Ueber den Zusammenhang der lex Furia, Voconia und Falcidia, *RA*, 1964, p. 308 ss. ; NEWMAN, El Fideicomiso, los conceptos de los sistemas de Tradición romana y realismo juridico, *Revista juridica interamericana*, 1961.

La querela inofficiosi testamenti. — La doctrine moderne distingue deux conceptions de la réserve : « celle du droit romain et des pays de droit écrit où la réserve est *pars bonorum*... et celle des pays de coutume où la réserve est *pars hereditatis*... » (MAZEAUD, IV, 2, n° 868). En réalité, les Romains n'ayant procédé à aucune construction logique (pas plus que les rédacteurs de notre C. C.), tout ce que l'on peut dire c'est que la légitime est davantage *pars bonorum* que *pars hereditatis*, surtout avant l'évolution subie au Bas-Empire.

V. MARRONE, *Querela inofficiosi testamenti. Lezioni di diritto romano*, Palerme, 1962, et WESENER, « Querela », *PWRE*, 1963, col. 857 ss.

Donations. — Pour la bibliographie générale et récente, v. GARCIA-GARRIDO, Observaciones sobre el origen y estructura de la donación romana (A proposito de los libros recientes), dans *AHDE*, 1960, p. 737 ss. ; BIONDI,

Le donazioni, dans *Trattato di diritto civile italiano diretto* da F. VASSALLI, XII, IV, Turin, 1961 ; ARCHI, Donazione, *Enciclopedia del Diritto*, 1966, p. 930 ss.

Sur une structure originelle possessoire de la donation, v. TALAMANCA, Donazione possessoria e donazione traslativa, dans *BIDR*, 1961, p. 249 ss.

Dénuée de formes, la donation a consisté longtemps dans un simple fait, une simple remise de possession : v. CASAVOLA, *Lex Cincia*, *Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Naples, 1960.

Et sur le problème toujours posé de la disparition de la loi *Cincia*, v. en dernier lieu MELILLO, Arnobio e l'ultima vicenda della « lex Cincia », *Labeo*, 1962, p. 62 ss.

Volonté continue et volonté dernière se conjuguent en matière de donation dans un concept de basse époque : la *perseverantia voluntatis*. V. J. GAUDEMET, Perseverantia voluntatis, *Mélanges Meylan*, I, 1963, p. 139 ss.

Sur la donation *mortis causa*, v. les études de DI PAOLA, en dernier lieu : Ancora la « donatio mortis causa », *Labeo*, 1961, p. 94 ss. ; AMELOTTI, Donazione mortis causa, *Enciclopedia del Diritto*, 1964, p. 1000 ss. ; ARCHI, Problemi testuali : « fideiussio animo donandi », *Synteleia Arangio-Ruiz*, 1964, p. 909 ss. ; BROISE, Appunti sull' « Animus donandi », *BIDR*, 1964, p. 227 ss. ; ROCA SASTRE, La Acción revocatoria de donaciones en la Compilación, *Annuario de Der. Civil*, 1962, p. 3 ss. ; MASI, Rettroattività della condizione e donatio mortis causa fra conjugi, *Annuali di Storia del Diritto*, 1963, p. 19 ss.

Chapitre II

LA SUCCESSION « AB INTESTAT »

« Délimiter l'étendue de la vocation héréditaire *ab intestat*, ce n'est pas au fond autre chose que projeter les principes de la transmission du patrimoine sur la structure de la famille » (H. Vialleton, *Mélanges Maury*, II, p. 577).

Les règles de cette succession sont donc en étroite corrélation avec les transformations qui se sont opérées dans la famille romaine. On peut distinguer trois étapes qui correspondent sensiblement aux trois périodes entre lesquelles on divise habituellement l'histoire des institutions juridiques et sociales romaines. Dans l'ancien droit, c'est l'ère des usages codifiés (XII Tables), c'est l'époque où dominent les coutumes familiales. La période est marquée par l'importance de la *communauté familiale* (section I). A la fin de la République, le préteur tire les conséquences des mutations subies par la famille du fait de la prédominance de la parenté par le sang (cognatique) sur celle fondée sur la puissance (agnatique) et des progrès de l'individualisme. C'est un stade expérimental, l'empirisme étant le propre du *droit prétorien* (section II). Réglementation et classification caractérisent, au contraire, la dernière période qui part du IIe siècle après J.-C. C'est l'ère de *la synthèse* (section III).

Section I. — La communauté familiale

Dans l'ancien droit romain, la dévolution successorale est fondée sur l'organisation familiale caractérisée par un groupement des membres de la famille en trois cercles concentriques.

Au centre, se trouve un cercle très étroit : la *domus* (maison, qui au sens juridique se compose de personnes, cf. la maisonnée). Elle est constituée par le *paterfamilias* et par ceux qui sont soumis à sa puissance. La *patria potestas* est, en effet, l'une des deux bases de la famille romaine, la seconde étant la parenté par les mâles, c'est-à-dire la parenté agnatique. Le second cercle est constitué par les agnats, c'est-à-dire, par certains collatéraux et en particulier par les frères et sœurs. Ils sont issus d'un auteur commun par rapport au *paterfamilias* et ils peuvent prouver leur descendance commune par rapport au *paterfamilias*. Le troisième cercle est celui de la *gens*. Les *gentiles*, comme les agnats, sont des collatéraux du défunt. Mais, à la différence des agnats, les *gentiles* se réclament d'un ancêtre mythique, dont ils ne peuvent prouver ni la descendance ni l'existence (v. p. 40).

L' « HERES SUUS ». — Comme dans de nombreuses civilisations primitives, les fils sont considérés comme ayant un droit sur le patrimoine familial du vivant même du chef de famille (WESTRUP). Ce droit n'est que paralysé par la toute-puissance du *pater*. C'est ainsi que les juristes de l'époque classique expliqueront l'expression d'*heredes sui* appliquée aux personnes qui, étant sous la puissance du *de cuius*, deviennent *sui iuris* à sa mort.

Heredes sui, cela signifie littéralement héritiers d'eux-mêmes. Comme l'écrira le jurisconsulte Paul (D., 28, 2, 11, *itp.* ?), on voit clairement qu'il y a en ce qui les concerne « continuation de propriété » *(evidentius apparet continuationem dominii)*. Après la mort du *pater*, on ne considère pas que les enfants recueillent une succession mais plutôt la libre administration des biens.

Continuatio dominii, on peut y voir l'origine du principe de continuation de la personne du *de cuius* par son héritier. L'idée découle tout naturellement de la permanence du groupe familial. Cela évite la vacance de la succession et cela implique que l'*heres suus* n'ait pas à accepter la succession. Il hérite sans manifestation de volonté et en quelque sorte malgré lui, car il n'y a pas à proprement parler succession. Techniquement, l'*heres suus* est qualifié d'héritier nécessaire, il ne peut refuser

la succession. En cas de pluralité d'héritiers siens, la copropriété est égale pour tous. Il n'existe aucune prérogative : ni droit d'aînesse, ni privilège de masculinité, ceci à la différence de la plupart des civilisations antiques. Le partage se fait par parts égales. Il s'opère non par têtes mais par souches, en application de l'idée de représentation.

La représentation est un procédé qui, lorsqu'il y a plusieurs successibles à des degrés différents, permet aux successibles à un degré inférieur de succéder aux lieu et place du successible intermédiaire disparu. Au cas de concours entre un fils et deux petits-fils, ces derniers représenteront leur père prédécédé et prendront sa part : soit la moitié de la succession. Cette solution équitable est conforme à la volonté supposée du *de cuius* de laisser une part égale à chacun de ses enfants et donc à chacune des familles qui en sont issues. Le hasard de la mort ne doit pas modifier l'égalité entre héritiers. La représentation ne lèse pas les héritiers restants, car ils touchent exactement ce qu'ils auraient touché si leur cohéritier n'était pas prédécédé. La logique de ce raisonnement ne saurait toutefois convaincre ceux que scandalise le sort fait aux ouvriers de la onzième heure.

Technique complexe, la représentation est connue à Rome dès l'époque la plus ancienne. La chose est d'autant plus remarquable que le système devait fonctionner rarement. La succession testamentaire étant la norme, en général, quand la succession s'ouvrait *ab intestat* c'était en raison de l'âge ou du sexe du *de cuius*. Or cette même raison l'empêchait d'avoir des personnes sous sa puissance et par là même d'avoir des *heredes sui*.

L' « AGNATUS PROXIMUS ». — La loi des XII tables, consacrant d'anciens usages, prévoit qu'en l'absence d'*heres suus* la succession est dévolue à l'agnat le plus proche. Dans ce cas, un certain nombre de règles particulières s'appliquent.

C'est le plus proche collatéral qui succède sans qu'il y ait de limitation de degré. Il suffit de prouver le lien de parenté. A la différence de l'*heres suus*, le collatéral n'étant pas copropriétaire de l'hérédité, il ne peut succéder malgré lui. Il doit faire acte de volonté. S'il refuse, il n'y a pas de dévolution de degré à

degré, un collatéral d'un degré plus éloigné ne peut se substituer à celui plus proche qui a refusé. La dévolution a lieu non par souche mais par tête et sans représentation. La technique est donc ici élémentaire.

Enfin, dans cet ordre de successibles, il existe un privilège de masculinité. Seules les sœurs du défunt hériteront à l'exclusion des femmes parentes à un degré plus éloigné.

Les gentiles. — Les membres de la *gens* ont le même nom gentilice que le défunt et célèbrent les mêmes *sacra gentilicia*. Nous sommes très mal renseignés sur la vocation successorale des *gentiles*. Ces derniers ne succédaient qu'en l'absence d'*agnatus proximus* car il n'y avait pas plus de dévolution de degré à degré que d'ordre à ordre.

Section II. — Le droit prétorien

Au cours de l'époque classique, on assiste à un affaiblissement des concepts de *potestas* (v. *supra*, p. 44). Il apparaît de plus en plus que c'est la parenté par le sang, et non la puissance, qui est le fondement de la famille. Si l'adaptation des techniques juridiques fut l'œuvre du préteur, la modification des principes n'a été consacrée que sous Justinien.

Le magistrat n'avait pas qualité pour donner à quelqu'un le titre d'héritier, car il n'avait pas le pouvoir législatif (Gaius, 3, 32). Mais en vertu de son *imperium* (v. Ellul, II, p. 297), il disposait d'un moyen qui permettait d'aboutir à un résultat analogue : l'envoi en possession. Ce procédé illustre l'importance des situations de fait dans l'adaptation du droit, le rôle de la possession dans la transformation des structures juridiques. Pour corriger certaines injustices (exclusion de certains parents par le sang), pour combler certaines lacunes (absence de dévolution de degré à degré en ligne collatérale), le préteur accordera la *bonorum possessio* à ceux qu'il appelle à la succession *ab intestat*. Il agira pour chaque cas, après enquête *(cognita causa)*. Peu à peu, les principaux cas dans lesquels l'envoi en possession peut être accordé vont être précisés. Ils sont groupés dans l'édit du préteur selon un ordre de préférence fondé sur

l'intérêt porté au bénéficiaire. Quatre ordres de *bonorum possessores ab intestat* sont ainsi distingués : 1) l'ordre des *liberi* ; 2) l'ordre des *legitimi* ; 3) l'ordre des *cognati* ; 4) l'ordre des conjoints survivants.

1) Les liberi (enfants). — Pour le préteur, les *liberi* ne sont pas seulement les descendants au sens du droit civil, mais aussi ceux qui ont été exclus de la famille agnatique : émancipés ou enfants donnés en adoption, par exemple. Non seulement ils sont préférés à l'agnat le plus proche mais ils peuvent concourir avec les *heredes sui* qui se trouvaient sous l'autorité du *de cuius* au moment de sa mort. La conciliation entre le système du droit civil et celui du préteur soulève un certain nombre de difficultés. Elles ont été tranchées en fonction des impératifs économiques.

S'il était équitable d'appeler l'émancipé à la succession de son père, il était injuste de ne pas tenir compte des avantages économiques qui pouvaient résulter du fait de ne plus être soumis à la puissance du *pater*. Les *heredes sui*, par hypothèse *alieni iuris*, n'avaient pu se constituer de patrimoine sauf application des techniques du pécule (v. *supra*, p. 47). Il était inique de permettre à l'émancipé de venir à la succession de son père et de bénéficier ainsi d'une part d'enfant venant s'ajouter à son patrimoine propre, tandis que ses frères et sœurs, restés en puissance, n'auraient droit qu'à une partie du patrimoine du *de cuius*. Pour remédier à cet inconvénient, le préteur oblige l'émancipé, qui vient à la succession de son père, à rapporter à la masse successorale les biens qu'il a pu acquérir personnellement. C'est la *collatio bonorum emancipati* (le rapport des biens de l'émancipé).

L'émancipé appelé à la succession de son père peut avoir des enfants restés sous la puissance de ce dernier. Comme tels, ils sont *heredes sui* de leur grand-père. Logiquement, ils auraient dû s'effacer devant leur père, *bonorum possessor*. On a jugé plus équitable, en dépit de toute considération de principe, de laisser la moitié de la part successorale aux enfants du fils émancipé, ce dernier recevant l'autre moitié.

Dans le cas de l'adopté, des précautions sont prises pour éviter une double vocation successorale. Ce n'est que s'il n'est

pas appelé à la succession de ses parents adoptifs qu'il recevra une part d'enfant dans sa famille naturelle.

2) Les legitimi. — Ce sont les héritiers du droit civil (loi des XII Tables). Le magistrat accorde son procédé de protection aux membres de la famille agnatique.

3) Les cognati. — Dès l'époque de Cicéron, le préteur les appelle à la succession à défaut de l'*agnatus proximus*. La parenté par le sang produisait déjà certains effets juridiques, empêchement au mariage notamment, mais elle ne donnait aucun droit de succession.

D'une différence de conception sur le fondement de la parenté, il ne faudrait pas conclure à l'opposition spécifique entre parenté cognatique et agnatique. La famille agnatique, au sens large, groupe tous ceux qui seraient soumis à une même puissance si l'ancêtre commun n'était pas mort. Cela suppose deux conditions : l'absence d'une rupture du lien agnatique (rupture due à une *capitis deminutio*, v. *supra*, p. 56), et l'existence d'une ascendance commune par les mâles. Cette dernière condition, étrangère à l'idée de puissance, explique que l'on puisse être à la fois agnat et cognat au sens large.

Dans le système de la parenté cognatique, dite parenté « par le sang », l'enfant est également parent de son père et de sa mère. La parenté par les mâles produit ses effets indépendamment des liens de puissance. Les cognats au sens strict (c'est-à-dire par opposition aux agnats) groupent donc les parents par les mâles, qui ont fait l'objet d'une *capitis deminutio*, et sont de ce fait sortis de la famille agnatique, ainsi que les parents par les femmes.

Le préteur appelle à la succession les parents jusqu'au sixième degré inclus, et même jusqu'au septième, s'il s'agit de fils ou de filles de cousins issus de germains. Selon le droit civil, au contraire, l'*agnatus proximus* pouvait succéder quel que fût son degré de parenté. La vocation successorale était fonction du principe agnatique. Le préteur se fonde davantage sur les sentiments présumés du défunt. Il estime qu'au-delà d'un certain degré de parenté on ne peut plus faire état de l'affection que peuvent avoir les uns pour les autres des parents proches. Enfin les techniques de la représentation et de la dévolution de degré à degré sont généralisées.

4) Le conjoint survivant. — Dans l'ancien droit romain, la femme mariée *cum manu* succède *loco filiae* (v. *supra*), car elle est placée sous la puissance de son mari ou du *paterfamilias* de ce dernier. Par suite de la généralisation du mariage *sine manu*, le préteur organisera un droit de succession réciproque des époux entre eux. En fait cette vocation successorale accordée en dernier ressort joue peu. Les avantages patrimoniaux entre conjoints sont prévus dans les conventions matrimoniales et dans les testaments.

Section III. — La synthèse

Le législateur impérial va s'efforcer de concilier les deux systèmes précédents en donnant la préférence aux solutions du préteur. Les réformes ont d'abord porté sur les rapports successoraux entre la mère et l'enfant. Deux sénatus-consultes, du IIe siècle après J.-C., donnent à la mère vis-à-vis de ses enfants (s. c. Tertullien) et réciproquement (s. c. Orfitien) la qualité d'héritiers civils *ab intestat*. La mère est primée par les frères de son enfant défunt mais elle concourt avec les sœurs consanguines de ce dernier. Faveur accordée dans le cadre de la politique populationniste de l'époque, la vocation successorale de la mère est liée à la possession du *ius liberorum* (v. *supra*, p. 98). On prend en considération la maternité naturelle. De leur côté, les enfants, qu'ils soient légitimes ou non, succèdent en premier rang à leur mère. Au IVe siècle, sont considérés comme héritiers civils les ascendants et descendants en ligne maternelle sans limitation de degré. Les petits-enfants succèdent à leurs grands-parents maternels par représentation de leur mère prédécédée (C. T., 5, 1, 4). C'est la reconnaissance officielle de la parenté par le sang, mais sous forme d'exception au principe agnatique, qui reste encore le fondement traditionnel du droit successoral *ab intestat*.

Si les pouvoirs publics ne font que consacrer, en les améliorant, les réformes du droit prétorien, l'innovation la plus notable fut aussi la moins désintéressée. C'est ainsi que les successions en déshérence, dont tout le monde pouvait s'em-

parer (*usucapio pro herede* par délai d'un an, sans juste titre ni bonne foi), sont désormais attribuées à l'Etat. Au IVe siècle, les corporations, et quelquefois l'Eglise, priment le fisc pour recueillir les biens de leurs membres décédés sans héritiers.

Le triomphe du principe cognatique comme fondement du droit successoral est consacré dans la législation de Justinien (*Novelles* 118, de 543, et 127, de 548).

LA SUCCESSION COGNATIQUE. — Justinien répartit les héritiers en quatre ordres : 1) les descendants ; 2) les ascendants et collatéraux privilégiés ; 3) les collatéraux ordinaires ; 4) le conjoint survivant.

1) *Les descendants.* — On applique le principe de l'égalité stricte. Tous les descendants sont appelés, qu'ils aient été ou non sous la puissance du défunt. En cas de concours d'héritiers, on fait jouer la règle de la proximité de degré tempérée par celle de la représentation. Le partage s'effectue par tête entre descendants d'un même degré et par souche entre descendants de degrés différents (cf. C. C., art. 740 ss.).

2) *Ascendants et collatéraux privilégiés.* — L'égalité est ici plus élémentaire. A un degré de parenté relativement éloigné, on se préoccupe moins de mesurer l'affection présumée du défunt. On préfère la simplicité des solutions.

S'il n'existe que des ascendants, le plus proche exclut le plus éloigné. Toutefois s'il y a des ascendants au même degré dans les lignes paternelles et maternelles, la succession est divisée entre les deux lignes. Le grand-père maternel, par exemple, recevra une moitié, l'autre moitié étant partagée entre les deux grands-parents paternels. C'est la technique de la *fente* qui sera largement utilisée dans l'ancien droit français mais pour des raisons de conservation des biens dans les familles. Notre Code civil reviendra à la conception romaine de l'égalité entre les lignes, tout en appliquant la *fente* beaucoup plus largement qu'à Rome (la tendance est cependant à la régression, cf. la loi du 26 mars 1957).

S'il n'existe que des frères et sœurs germains, le partage s'opère comme pour les descendants : il se fait par tête, sauf à faire jouer la représentation. S'il y a concours entre ascendants et collatéraux privilégiés, le partage se fait entre eux tous par

tête, mais la représentation joue en faveur des descendants des collatéraux.

La préférence donnée aux frères et sœurs germains (même père et même mère), par opposition aux frères et sœurs consanguins (même père) et utérins (même mère), a été qualifiée par les commentateurs de privilège du double lien. Notre droit moderne ne l'a pas retenu.

3) *Frères et sœurs consanguins et utérins.* — Le partage se fait par tête entre frères et sœurs, et par souche entre leurs descendants.

4) *Collatéraux ordinaires.* — Les autres cognats sont appelés par ordre de proximité de degré. Justinien n'ayant pas précisé les limites de la vocation successorale, il semble que la limitation fixée par ses prédécesseurs subsiste.

5) *Le conjoint survivant.* — Là encore Justinien garde le silence, et on admet qu'il y a eu *statu quo*. Justinien a cependant créé la quarte du conjoint pauvre (*Novelles* 53 et 117). La femme d'abord, puis le mari survivant, lorsqu'ils sont sans ressources, peuvent prendre une part successorale dont l'importance varie avec la fortune et le degré de parenté des autres héritiers, le maximum étant fixé au quart de l'actif.

Il peut sembler surprenant qu'un législateur surnommé l'*uxorius* ait été aussi discret sur ce thème. Loin d'apparaître, ainsi que de nos jours, comme « un intrus qualifié dans la hiérarchie du sang » (VIALLETON, *Mélanges Maury*, II, p. 487), le conjoint survivant, qui est le plus souvent la femme, n'est préféré qu'au fisc. Il faut y voir une preuve de l'importance que conserve, encore au Bas-Empire, la dévolution testamentaire. Ce qui préoccupe le législateur c'est plutôt l'excès des libéralités entre époux.

Un problème analogue, mais aux incidences sociales plus redoutables, est posé par les enfants naturels. Si la paternité naturelle n'était pas prise en considération, il en allait différemment, et cela dès l'époque classique, pour la maternité naturelle. C'est la conséquence des rapports de parenté par le sang *(cognatio)* qui existent indépendamment du mariage entre l'enfant et sa mère ainsi qu'avec la famille de celle-ci. Dans l'Empire chrétien, la solution du problème est d'autant plus difficile que

le législateur obéit à deux préoccupations contradictoires. Il faut d'abord protéger la famille légitime et le mariage chrétien contre les unions illégitimes. La naissance d'enfants naturels ne doit pas porter préjudice aux intérêts du conjoint et des descendants légitimes. En sens inverse, la morale chrétienne impose des devoirs d'entraide entre parents et enfants, même en dehors du mariage.

Au IVe siècle, la première tendance l'emporte et les enfants illégitimes sont primés par le fisc. Bien plus, ils sont incapables de recevoir une libéralité *mortis causa* ou entre vifs.

Accentuant un changement d'orientation amorcé par l'empereur Valens, Justinien se montrera plus humain à l'égard de l'enfant naturel. Ce dernier, en concours avec le conjoint survivant ou avec ses descendants légitimes, a droit *ab intestat* à des aliments et à un maximum du douzième de la succession par testament. En l'absence de conjoint ou de descendant, on peut laisser aux enfants naturels toute sa succession, sous réserve des droits à la légitime que peuvent faire valoir les ascendants. *Ab intestat*, les enfants naturels ont droit au sixième de la succession. Les droits de l'enfant naturel se transmettent à ses descendants. La vocation successorale est réciproque, la paternité naturelle n'est prise en considération que si l'enfant est né au cours d'un concubinage.

Les enfants naturels adultérins et incestueux restent frappés d'une incapacité totale de recevoir une part quelconque de la succession de leurs parents.

De la succession *ab intestat* agnatique à la succession *ab intestat* cognatique, il s'est écoulé plus de douze siècles. Non seulement les fondements du droit successoral n'ont évolué qu'avec une extrême lenteur mais les résultats obtenus n'ont rien de révolutionnaire. On a toujours procédé par améliorations ou consécrations. Plus encore que le droit contractuel, car moins directement soumis aux impératifs d'ordre économique, « l'organisation successorale est un ensemble harmonieux dont les éléments sont strictement rattachés à des principes homogènes, il est difficile d'y toucher, même localement, sans risquer de tout déséquilibrer, et cela peut faire réfléchir et atermover le législateur même s'il est soumis à certaines tentations » (VIALLETON, *Mélanges Maury*, II, p. 579).

C'est ce que démontrerait encore, s'il était besoin, la pérennité des structures successorales romaines pendant la dizaine de siècles que durera l'Empire byzantin. On n'en constate pas moins l'existence de ferments internes d'évolution. La succession apparaît moins centrée sur le *de cuius*.

On remarque, notamment, l'importance des phénomènes de présuccession, avec l'exclusion des filles dotées, cela en dépit des tentatives faites par le législateur pour maintenir l'orthodoxie romaine. On note aussi des phénomènes de survie qui assouplissent le caractère statique de la succession figée au jour du décès. Même dans ce cas, l'interprétation de la volonté du défunt reste à la base des transformations. C'est ainsi que l'on instituera « la part du mort », c'est-à-dire la réserve d'une part de la succession *ab intestat* pour le repos de l'âme du défunt (de MALAFOSSE, *Mélanges Le Bras*, p. 1311 ss.). La modification est conforme à la pratique testamentaire. On assiste, en effet, sous l'influence croissante de l'Eglise, à la multiplication des dispositions pieuses *mortis causa* et corrélativement à la nomination d'exécuteurs testamentaires choisis souvent parmi les membres du clergé.

ÉTAT DES QUESTIONS

La communauté familiale. — On a peut-être tendance à exagérer le phénomène de concentration et de rétrécissement de la famille, aussi bien à l'époque romaine que de nos jours. On néglige ce faisant l'importance des situations de fait. V. par ex. l'ultime remaniement de l'art. 832 du Code civil sur le droit d'attribution préférentielle de l'exploitation agricole qui peut être rattaché aussi bien à une résurgence de la copropriété familiale qu'à un respect des habitudes acquises de l'individu.

Dans le droit romain de la basse époque, le rôle des parents est considérable dans le jeu du droit de retrait (t. II, p. 418). Que cette technique réponde à ces préoccupations économiques ou fiscales n'empêche pas de constater que le législateur a tablé sur la réalité du lien familial.

La représentation. — Le terme n'apparaît que dans notre ancien droit français, les juristes romains employaient l'expression : *successio in locum* (GAIUS, 3, 7).

Si on est certain de l'exclusion, en ligne collatérale, des femmes autres que les sœurs germaines et consanguines du défunt, la raison de l'exclusive est discutée. Vestige d'une incapacité primitive de la femme (BRASSLOFF), restriction inspirée par la réaction antiféministe qui aboutit au IIe siècle

à la loi Voconia (GIRARD), limitation originelle du droit de succession aux seuls frères et sœurs avec maintien pour les femmes de la solution restrictive (GIFFARD).

STEFANOPOULOS, La successione ab intestato nel diritto ellenico e comparato, *Riv. di Dir. civ.*, X, 2e part., 1964, p. 382 ss. ; NOBREGA, A successao no antigo Direito Romano, *Romanitas*, VI-VII, 1965, p. 276 ss. ; FRANCIOSI, L'« Heres Extraneus » e le Dodici Tavole, *Labeo*, X, 1964, p. 352 ss. ; MEINHART, D. 50, 16, 231. Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenen Kindes, *ZSS.*, *RA*, LXXXII, 1965, p. 188 ss. ; SEIDL, La preeminente posizione successoria del figlio maggiore nel diritto dei papiri, *Rendic. Ist. Lomb.*, 1965, p. 185 ss. ; ASTOLFI, Le exceptae personae nella Lex Iulia et Papia, *BIDR*, 1964, p. 220 ss.

Chapitre III

LA TECHNIQUE

En droit moderne, « dans une vue des choses sommaire et générale on peut distinguer autour de nous trois conceptions distinctes de la transmission : celle des pays anglo-saxons où la succession subit une période d'attente pendant laquelle elle se purge de son passif afin d'être transmise aux héritiers à l'état d'actif net exclusivement. Celle des lois germaniques qui admet aisément certains contrôles de l'Etat et des tribunaux, surtout lorsque la succession est suspecte de pouvoir être insolvable. Enfin celle des Codes d'esprit latin, portés essentiellement à laisser toute latitude aux héritiers, à faire de la succession une affaire purement privée et familiale, en faisant passer d'une manière pour ainsi dire automatique les biens du défunt et ses dettes sur la tête des successeurs qualifiés pour les recueillir » (Vialleton, *Les successions*, p. 60).

C'est le principe romain de la continuation de la personne du défunt par les successeurs qui domine les problèmes relatifs aux mécanismes de la transmission.

Les questions techniques posées par la liquidation de la succession peuvent être groupées sous deux rubriques : les modes d'acquisition et de répudiation (section I), et les effets de l'acquisition et de la répudiation (section II). Il conviendra d'y ajouter les sanctions du droit de succession (section III).

Section I. — L'acceptation et la répudiation de la succession

L'ouverture de la succession n'apporte pas de plein droit l'attribution de la succession à l'héritier désigné par le testament, par la loi ou par l'édit du préteur. En principe, l'héritier n'acquiert son titre que par un acte volontaire d'acceptation. Cette exigence s'explique par les charges parfois fort lourdes qui ne peuvent lui être imposées sans son consentement : le paiement des dettes *ultra vires*, la célébration du culte des *sacra*, notamment. En outre, comme toute libéralité, qu'elle soit entre vifs ou à cause de mort, des raisons de convenance personnelle peuvent inciter le bénéficiaire à

refuser la succession qui lui est offerte. Le principe de l'acceptation de l'héritier subit à Rome une exception très importante par suite de l'existence d'héritiers *nécessaires*. Ils sont de deux sortes : ceux que l'on appelle *heredes sui et necessarii* et les esclaves institués héritiers après avoir été affranchis dans le testament. Les premiers sont copropriétaires du patrimoine familial du vivant du *de cuius* (v. *supra*, p. 338). Ils ne peuvent perdre cette qualité que par une exhérédation expresse. La situation des *heredes sui* est la même dans les successions *ab intestat* ou testamentaires. Dans ce dernier cas cependant, le testateur peut permettre à l'héritier d'écarter la succession en l'instituant héritier sous condition potestative. Il lui suffira de ne pas exécuter sa condition pour échapper à la dévolution de plein droit.

La notion d'héritier nécessaire n'a pas été étendue, le préteur ne l'utilisera pas en accordant la *bonorum possessio*. Tant par son fondement, copropriété familiale, que par son but, continuation du culte des *sacra* dans l'intérêt de la cité, l'institution ne correspond plus à l'état des mœurs de l'époque classique. On en a retenu cependant, et cela jusque dans nos droits modernes, l'idée de continuation de la personne du *de cuius* par son héritier, ce qui permet d'expliquer certains problèmes techniques posés par la succession.

La raison de l'utilisation de l'esclave comme héritier nécessaire est essentiellement prosaïque. Un *de cuius* insolvable évite ainsi qu'il soit porté atteinte à l'honneur de sa famille. L'esclave fera seul les frais de la *venditio bonorum* à laquelle procéderont les créanciers et il supportera l'infamie qui y est attachée.

Les autres héritiers sont appelés *extranei* ou *voluntarii*. Ils n'acquièrent la succession que par un acte de volonté. Entre 1) l'acceptation et 2) la répudiation, il peut se produire une situation intermédiaire, 3) la vacance de la succession ; on dit que l'hérédité est jacente.

1) L'ACCEPTATION. — C'est un acte grave, elle implique des *a)* conditions de fond et *b)* de forme, elle demande *c)* des délais.

a) *Conditions de fond.* — L'acceptant doit être capable de s'obliger. Les personnes frappées d'incapacité doivent se faire assister par leur tuteur ou curateur. Exception est faite pour le prodigue qui peut accepter seul. Les personnes frappées d'incapacité absolue (fou ou *infans*) ne peuvent recueillir une succession qu'en qualité d'héritiers nécessaires. L'acceptation, en effet, est à l'origine un acte strictement personnel, elle ne peut se faire à l'aide d'un représentant agissant par voie de *negotiorum gestio*. Si telle était la règle pour les successions du droit civil, où la succession au patrimoine était l'accessoire de la dévolution des *sacra*, il en ira différemment avec le droit prétorien. La demande d'envoi en possession étant un acte de procédure, on appliquera ici les règles très larges de la représentation judiciaire. Au cours du Bas-Empire cette solution sera généralisée.

Lois caducaires. — En dépit des charges qui incombent à l'héritier, la succession est un acte d'enrichissement. La famille et le patrimoine étant les deux assises de la successibilité, l'empereur Auguste utilisera l'élément patrimonial pour sanctionner les dispositions de sa politique familiale et populationniste. Il favorise les familles nombreuses et pénalise les céliba-

taires (loi *Julia de maritandis ordinibus*, 18 avant J.-C., et loi *Papia Poppaea*, 9 après J.-C. Cf. l'octroi du *ius liberorum*, p. 98). Les célibataires en âge d'être mariés et d'avoir des enfants (25 à 60 ans pour les hommes, 20 à 50 pour les femmes) ne peuvent être institués héritiers, ils ont la *testamenti factio* passive (v. *supra*, p. 311) mais ils n'ont pas le droit de recueillir *(ius capiendi)* la succession. Cette subtilité juridique a une conséquence importante. Alors que la *testamenti factio* est exigée lors de la rédaction du testament et lors du décès du *de cuius*, il suffit d'avoir le *ius capiendi* dans le délai de cent jours suivant l'ouverture de la succession. Délai de réflexion somme toute suffisant pour juger des avantages et inconvénients respectifs du célibat et de la succession.

Une incapacité partielle de recevoir existe entre les conjoints s'il n'y a pas d'enfant né du mariage. Le survivant ne peut recevoir qu'un dixième en capital, un tiers en usufruit et un dixième supplémentaire par enfant, vivant ou mort, né d'une précédente union.

Une incapacité de recueillir la moitié de leur part frappe les hommes mariés sans enfants et les femmes qui n'ont pas trois enfants (4 pour les affranchies). Sont assimilés aux célibataires, les veufs et divorcés. Les femmes divorcées ont un délai de 18 mois pour se remarier et les veuves un supplément de 6 mois. Les lois caducaires ne jouent pas à l'encontre des proches parents (cognats jusqu'au 6e degré, alliés). Elles n'en constituaient pas moins une gêne sérieuse à la liberté testamentaire car, ainsi qu'en témoigne la correspondance de Cicéron et de Pline, un usage très répandu à Rome voulait que le testateur prît des dispositions en faveur de toutes ses relations.

La réglementation n'est pas seulement restrictive, elle comporte des avantages en faveur des pères de famille nombreuse. Ils peuvent profiter des parts caduques, c'est-à-dire de celles qui n'ont pu être recueillies par leur destinataire en application de la loi. Sinon c'est le fisc qui en profite. C'est ce dernier point qui explique la survie de dispositions qui se heurtèrent à l'hostilité constante de l'opinion publique. Le prestige que les lois caducaires pouvaient tirer de la personne de leur auteur, l'empereur Auguste, était contrebalancé par l'attitude de ses successeurs qui accordaient le *ius liberorum* à des femmes de leur entourage en dehors des règles légales. L'hostilité de l'opinion publique s'explique enfin par le respect témoigné par les contemporains pour les dernières volontés, respect qui se traduisait souvent par le refus de profiter de l'attribution des parts caduques. Les empereurs Constantin et Théodose II (C., 8, 57, 1 et 2) abrogeront les dispositions caducaires. Le christianisme, qui considère la chasteté comme une vertu, empêche de considérer le célibat comme contraire à l'intérêt national.

b) *Conditions de forme.* — L'acceptation d'une succession peut être expresse ou tacite. La solennité la plus ancienne est orale *(cretio)*. En droit classique, un procès-verbal sert de preuve. Dès cette époque, une simple déclaration sans forme est valable, par lettre missive, par exemple. L'acceptation tacite résulte de l'accomplissement par l'héritier d'actes qui manifestent son intention de se comporter en maître de la succession *(gestio pro herede)*. Les actes conservatoires ou dictés par le respect pour la mémoire du défunt (organisation des obsèques) ne constituent pas nécessairement

acceptation. Par prudence, l'héritier précisait alors expressément qu'il se réservait le droit de délibérer sur la décision à prendre.

Pour les successions prétoriennes, l'acceptation se faisait par voie de requête adressée au magistrat.

c) *Les délais.* — L'ouverture du testament marque le point de départ d'un certain nombre de délais importants, notamment ceux concernant l'acceptation de la succession, le paiement de la taxe du vingtième et l'exécution des legs. Au Bas-Empire, on maintiendra l'usage d'une ouverture solennelle du testament, même après la disparition de la taxe du vingtième.

Si aucun délai ne semble avoir été imposé à l'héritier testamentaire ou *ab intestat*, pour accepter la succession qui lui était offerte, très souvent le testateur subordonnait l'institution d'héritier à l'exécution de la *cretio* dans un délai en général fixé à cent jours. Le but de cette clause était de réduire les inconvénients de la vacance de la succession. Le préteur généralisera la pratique en fixant à cent jours le temps de réflexion *(spatium deliberandi)* accordé à l'héritier. Si ce dernier n'a pas répondu, au terme de ce délai, il est considéré comme ayant renoncé. Les créanciers héréditaires pourront alors s'adresser aux héritiers de rang subséquent ou, s'il n'en existe pas, entamer la procédure de *venditio bonorum*. Justinien portera à neuf mois le *spatium deliberandi*, avec prolongation possible à un an par décision impériale (C., 6, 30, 22, 13 *a*). Mais le silence vaudra alors non plus renonciation mais acceptation implicite (v. t. II, p. 291). Il y a là une sorte de peine infligée à l'héritier négligent, car le plus souvent la succession qu'il hésitait à accepter était grevée d'un lourd passif. Ceci témoigne de l'importance des facteurs économiques, mais en même temps contredit un principe fondamental du droit romain selon lequel nul ne peut devenir héritier contre son gré.

2) La répudiation. — Elle exige la même capacité que l'acceptation. Celui-là seul peut renoncer qui peut aussi accepter (D., 29, 2, 1, 8). La renonciation a un caractère strictement personnel, comme l'acceptation. Parallèlement à cette dernière, elle est considérée comme un refus d'enrichissement. La renonciation n'est soumise à aucune exigence de forme et produit un effet définitif et irrévocable. Cependant si le renonçant est un héritier testamentaire institué sous condition d'exécuter une *cretio* dans un certain délai, la renonciation faite avant expiration du délai est nulle et lui laisse le droit de recueillir la succession en exécutant la condition.

3) L'hérédité jacente. — Durant la période d'incertitude sur les intentions de l'héritier, la succession est jacente. Habituellement le peu d'empressement de l'héritier pour se décider s'expliquait par la situation déficitaire de la succession. Il n'en était que plus souhaitable, dans ce cas-là, d'éviter un dépérissement de l'actif successoral. Les créanciers héréditaires n'étaient pas seuls en cause. Outre le discrédit qu'une telle situation pouvait faire peser sur la mémoire du défunt, les héritiers subséquents risquaient de se trouver lésés. Le danger était d'autant plus grand que l'hérédité jacente étant une chose sans maître, n'importe qui pouvait s'en emparer. Il ne faut cependant pas attribuer une portée exagérée à cette idée (Monier).

Le magistrat favorise les mesures de conservation. Il nomme à la requête

de tout intéressé, créancier ou légataire, par exemple, un curateur à la succession (D., 50, 4, 1, 4).

La période d'incertitude présentait cependant bon nombre d'inconvénients. Pour les pallier, les juristes ont élaboré un certain nombre de techniques où ils font un large appel à la fiction.

Le procédé le plus simple et le plus efficace consistait à donner un maître à la succession. Trois solutions ont été alternativement proposées et utilisées. On considère l'hérédité jacente comme une personne, l'*hereditas* est maîtresse d'elle-même. C'est 1) la fiction de la personnalité morale. On supposera encore que la succession a un maître en la personne de l'héritier futur : 2) fiction de rétroactivité. Enfin le maître de l'hérédité jacente peut être le *de cuius* : 3) fiction de survie.

1) Le procédé le plus commode était de conférer à la succession vacante une sorte de personnalité morale dont le représentant aurait été chargé d'administrer et de défendre aux actions qui auraient pu être intentées. Mais les Romains ont peu de goût pour la personnalité morale (v. t. II, p. 285) et l'idée ne connaîtra pas un grand succès.

2) L'utilisation de la personnalité de l'héritier éventuel, si elle paraissait plus naturelle, se heurtait à d'importantes objections d'ordre technique. L'incertitude que l'on voulait éviter ne faisait que se déplacer. La personne de l'héritier futur demeurait par hypothèse inconnue. En cas d'incapacité de sa part, il était donc difficile de justifier les actes accomplis pendant la vacance par une autorisation rétroactive. En outre, il n'était pas sûr que la succession fût jamais acceptée par un héritier quelconque.

3) Le système qui eut le plus de succès consiste à rattacher l'hérédité jacente à la *persona* du défunt. La fiction de la survie du *de cuius* avait l'avantage de justifier un certain nombre de solutions de détail déjà admises par la pratique. Elle permettait d'expliquer comment la succession vacante gardait son unité juridique, pouvait devenir sujet de droit, acquérir, aliéner, contracter des dettes ou des créances, tester en justice comme demandeur ou défendeur.

En dépit des mesures conservatoires et des fictions qui leur servaient d'explications, il était nécessaire d'amener l'héritier à se prononcer le plus rapidement possible. Outre les délais d'acceptation, que pouvait fixer le testateur et que généralisera le magistrat, il existait un moyen de pression avec l'*usucapio pro herede*.

L'USUCAPIO PRO HEREDE. — C'est une forme très spéciale d'usucapion (v. t. II, p. 280). Elle joue au profit de toute personne qui a possédé, à titre d'héritier, pendant un an, tout ou partie des biens dépendant d'une succession vacante. Elle ne peut donc être invoquée à l'encontre d'un héritier nécessaire. A l'expiration du délai, l'*usucapiens* devient maître des biens héréditaires, même des immeubles qui ne pouvaient être usucapés isolément que par une possession de deux ans, même des droits incorporels ou des créances qui ne pouvaient être usucapés normalement en raison de l'impossibilité d'une possession matérielle. Il est inutile que le titre invoqué soit juste ni que le possédant soit de bonne foi.

Cette technique, en fait, devait être surtout utilisée pour protéger les

absents ou pour pallier la carence de l'*agnatus proximus* : la dévolution de degré à degré ou d'ordre à ordre n'existant pas (COLLINET). L'institution pouvait cependant consacrer d'authentiques spoliations.

Avec l'évolution des mœurs et la décadence de la solidarité familiale, on ne verra plus dans la vieille institution que la prime accordée à la mauvaise foi. De plus, le législateur impérial avait multiplié les cas d'attribution au fisc des successions vacantes et ne tenait pas à voir réduire cette ressource. Dès le début de l'Empire, l'*usucapio pro herede* fut donc inopposable au Trésor public. Elle ne fait plus acquérir l'ensemble des biens héréditaires mais seulement les biens dont l'*usucapiens* a effectivement pris possession. L'*usucapiens* de mauvaise foi n'est plus protégé. Marc-Aurèle décidera que celui qui s'empare par la violence de biens héréditaires commet un délit public. L'*usucapiens* de bonne foi, lui-même, ne peut plus opposer son droit à l'héritier (D., 41, 3, 4, 24). Celui qui a usucapé n'a donc de droit qu'en cas de passivité de l'héritier ou du fisc.

LES DROITS DU FISC. — Le fisc ne peut réclamer la succession qu'à partir du moment où tous les héritiers ou successeurs présomptifs connus ont refusé la succession ou ont laissé périmer leur droit de l'accepter. (Il a un délai de 4 ans, à compter de ce moment : C., 7, 37, 1.) L'Etat ne recueille pas la succession à titre d'héritier, mais de simple successeur aux biens (cf. notre C. C., art. 768 et les discussions de la doctrine : l'Etat est-il un successeur irrégulier ou fait-il valoir son droit régalien ?). L'intérêt de cette distinction est que l'Etat romain, à la différence de l'héritier ordinaire, n'est tenu des dettes qu'*intra vires successionis*. En pratique, le fisc procédait à la vente aux enchères de la succession.

La dévolution des successions vacantes au Trésor public n'a pas lieu de plein droit mais en vertu d'une revendication expresse (cf. de nos jours la demande d'envoi en possession adressée au tribunal : C. C., art. 724). Si les représentants de l'Etat n'agissaient pas, soit par négligence, soit en raison de l'insolvabilité de la succession, les créanciers ne pouvaient plus que faire procéder à une *venditio bonorum* dans les mêmes conditions qu'à l'encontre d'un débiteur vivant.

Passé le délai de quatre ans signalé, le fisc est forclos à son tour. La fiction de survie du *de cuius* prend fin. La succession perd son existence juridique comme unité distincte. Dettes et créances héréditaires disparaissent et les biens héréditaires deviennent *res nullius*.

SECTION II. — Effets de l'acceptation et de la répudiation

La répudiation de la succession anéantit la vocation héréditaire du renonçant. S'il existe des cohéritiers du même rang, le droit d'accroissement joue en leur faveur. Dans les successions *ab intestat*, s'il existe des héritiers de rang subséquent la dévolution a lieu de degré à degré, tout au moins pour les successions prétoriennes et pour celles du droit civil impérial. En cas de succession testamentaire, à défaut d'héritiers substitués, la succession passera aux héritiers *ab intestat*.

L'acceptation soulève un certain nombre de problèmes : 1) problème de la transmission héréditaire, d'une part ; 2) problème posé par la pluralité d'héritiers, d'autre part.

1) La transmission héréditaire. — Le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier fait que ce dernier se trouve tenu des dettes héréditaires *ultra vires successionis*, c'est-à-dire sans limitation de l'actif qu'il a pu recueillir. L'obligation *ultra vires* s'explique pour les *heredes sui* par leur droit de copropriété du patrimoine familial, et pour les *heredes extranei* par leur acceptation de la succession qui constitue une unité juridique.

Pour les uns comme pour les autres, l'obligation concerne le passif existant au moment de la mort du *de cuius*. On ne prend pas en considération la date de l'acceptation. On considère qu'il y a, au jour du décès, confusion entre les patrimoines du défunt et celui de l'héritier. Les rapports juridiques qui existaient entre ces patrimoines sont éteints (créances, dettes, servitudes, par ex.). Il ne subsiste plus que le patrimoine de l'héritier (*Novelle* 48 : car nos lois considèrent qu'il y a en quelque sorte une seule personne).

C'est l'héritier seul qui a la charge de l'exécution des dernières volontés. Le droit romain classique ignore l'institution de l'exécuteur testamentaire qui connaîtra une grande vogue au Moyen Age. Même si l'*emptor familiae* (v. *supra*, p. 302) a pu jouer un rôle semblable, il n'a plus, dès avant l'époque classique, aucune place dans l'exécution du testament. En principe, les juristes romains n'admettent pas la validité du mandat après la mort du mandant. Tout au plus, et à titre exceptionnel, on voit intervenir une personne chargée par le défunt de l'organisation de ses funérailles. Mais il en va autrement dans les provinces orientales. Les droits nationaux de ces régions ignorent le testament *stricto sensu* et l'institution de l'héritier. Pour permettre l'exécution des dernières volontés, on admettait donc dans ces provinces la possibilité d'un mandat exécutoire après le décès du mandant, cela, même pour les citoyens romains. La coutume de l'exécution testamentaire se répandra surtout à l'avènement du christianisme avec la multiplication des legs pieux et des fondations charitables. Elle sera largement utilisée dans l'Empire byzantin (v. *supra*, p. 347).

En raison de la confusion des patrimoines, les créanciers du *de cuius* entreront en concours avec ceux de l'héritier et pourront subir de ce fait un préjudice. Par ailleurs, l'héritier reçoit tous les droits transmissibles du défunt (à la basse époque, seules sont intransmissibles les créances délictuelles pour les délits contre les personnes : action d'injure, par ex., qui « respire la vengeance »). Il est tenu de ses dettes à l'exception des dettes intransmissibles (dettes résultant de contrats *intuitu personae* : mandat, société, et dettes délictuelles, ainsi que le cautionnement primitif : *sponsio* et *fidepromissio*).

Les conséquences logiques de la confusion des patrimoines présentaient des inconvénients pratiques tant pour *a)* les créanciers héréditaires que pour *b)* l'héritier. Préteur et législateur impérial furent donc amenés à apporter des correctifs.

a) *Protection des créanciers héréditaires.* — Seuls ces créanciers sont protégés, à l'exclusion des créanciers de l'héritier qui peuvent pâtir cependant

de la confusion des patrimoines. La raison de cette discrimination réside dans la confiance accordée par les créanciers à l'héritier. S'ils avaient eu des doutes sur sa solvabilité, ils pouvaient exiger des garanties de leur débiteur. En acceptant, sans fraude (D., 42, 6, 1, 5 *itp.* ?, le magistrat interviendra contre une acceptation frauduleuse), une succession obérée, l'héritier se comporte normalement. Tout débiteur a le droit de rendre la situation de son créancier moins favorable en contractant de nouvelles dettes (D., 42, 6, 1, 2).

Les créanciers héréditaires, au contraire, ont traité avec le *de cuius* et l'aggravation de la situation ne résulte pas de son fait. Le préteur a d'abord aidé ces personnes grâce à quelques mesures de détail (édit *de suspecto herede*, par ex.), il a élaboré ensuite la technique de la *separatio bonorum.*

La separatio bonorum. — Les créanciers héréditaires peuvent, dans un délai de cinq ans, demander la séparation des patrimoines. Pour que le magistrat consente à l'accorder, il faut que la confusion des patrimoines ait été évitée et que les créanciers n'aient pas reconnu l'héritier. La *separatio* donne lieu à la vente des biens successoraux. Sur le produit de la liquidation, les créanciers héréditaires ont un droit de préférence. Ce droit est même opposable aux créanciers que l'héritier a nantis d'une sûreté réelle. Si l'héritier qui reste propriétaire de la succession a, en effet, le droit de l'aliéner, les créanciers héréditaires peuvent faire tomber ces aliénations par l'action paulienne (t. I, p. 181 ss.). Si l'actif successoral se révèle insuffisant, certains juristes refusaient aux créanciers la possibilité de poursuivre les biens propres de l'héritier. Papinien (D., 42, 6, 3, 2) admettra cette possibilité après que les créanciers de l'héritier aient été désintéressés.

b) *Protection de l'héritier.* — Bien que tenu « au-delà des forces de la succession », l'héritier pouvait, en pratique, échapper à ce risque sans être obligé de refuser l'hérédité. Les créanciers héréditaires avaient, en effet, intérêt à éviter la vacance et la procédure lourde et peu fructueuse de la *venditio bonorum* (v. *supra*, p. 350). Ils avaient intérêt à consentir un sacrifice, en concluant un concordat avec l'héritier, qui pouvait se libérer en versant un dividende. Le palliatif était inutilisable pour les héritiers nécessaires qui étaient exposés à l'exécution forcée sur la personne et à l'infâmie résultant de la *venditio bonorum* faite sous leur nom. Différentes techniques furent donc mises au point pour assurer une protection rationnelle de l'héritier. Le préteur, à son habitude, intervient *cognita causa*, par des mesures de détail.

La *separatio bonorum* fut instituée en faveur de l'héritier nécessaire, esclave. Analogue à la précédente, cette technique ne permet cependant pas aux créanciers impayés de poursuivre le patrimoine de l'héritier (D., 42, 6, 1, 18).

Le *ius abstinendi* a été créé en faveur de l'*heres suus et necessarius*, dès l'époque de Cicéron. Aucune formalité n'est nécessaire, il suffit de s'abstenir de tout acte d'administration, de jouissance et de disposition sur les biens héréditaires. Le mineur de vingt-cinq ans est spécialement protégé. S'il a fait un acte d'aliénation, il peut obtenir la *restitutio in integrum* contre son acte d'immixtion en prouvant qu'en recevant la succession il subit un

grave préjudice (D., 29, 2, 57). L'incertitude qui résultait de la possibilité d'une *restitutio* comme de la passivité de l'héritier amènera le magistrat à préciser la technique. Un délai est accordé à l'héritier (trois ans sous Justinien : C., 6, 31, 6). Ce *spatium deliberandi* rapproche l'héritier sien de l'héritier ordinaire. Le bénéfice d'abstention ne produit cependant pas les mêmes effets que la répudiation d'une succession. C'est ainsi que s'il s'agit d'une succession testamentaire le testament reste valable. Les affranchissements sont, par exemple, maintenus sauf s'ils ont été faits en fraude des droits des créanciers.

Le bénéfice d'inventaire. — Justinien a complété la protection des héritiers, quelle que fût leur qualité, en créant le bénéfice d'inventaire. Cette technique, qui est passée dans notre droit moderne (C. C., art. 803 ss.), tire son nom de l'inventaire, c'est-à-dire de la liste estimative des biens de la succession qui est dressée par l'héritier (C., 6, 30, 22). Celui-ci, lorsqu'il a demandé et obtenu le bénéfice, ne sera plus tenu de payer les dettes que jusqu'à concurrence de l'actif.

L'inventaire doit être commencé dans le mois qui suit l'ouverture du testament ou la délation de la succession *ab intestat*. Il doit être achevé dans les deux mois qui suivent (le délai peut être porté à un an si les biens héréditaires sont éloignés du domicile de l'héritier). Des précautions sont prises pour assurer l'exactitude de l'inventaire (concours d'un *tabularius*, sorte de notaire, convocation des intéressés). L'héritier est responsable, envers les créanciers héréditaires, d'une valeur double à celle des biens qu'il aura dissimulés dans l'inventaire. Enfin il ne faut pas avoir demandé le *spatium deliberandi* pour éviter de faire traîner en longueur la liquidation des successions.

L'héritier paie créanciers et légataires dans l'ordre où ils se présentent : « le paiement est le prix de la course ». Il n'a pas à organiser une procédure de contribution donnant un dividende égal à tous les créanciers chirographaires. Une telle exigence aurait par trop retardé la liquidation, car l'acceptation bénéficiaire porte en général sur des successions obérées dont le passif est mal connu. Les retardataires gardent le droit de demander un reversement aux légataires, en vertu du principe : *nemo liberalis nisi liberatus*, qui interdit de faire des libéralités au détriment de ses créanciers. Les créanciers qui jouissaient de sûretés spéciales garderont le droit d'invoquer ces garanties à l'encontre des créanciers ordinaires qui ont été payés avant eux.

2) Pluralité d'héritiers. — Deux solutions sont possibles. Les héritiers peuvent demeurer dans *a)* l'indivision ou demander *b)* le partage.

a) *L'indivision* se produit de plein droit au décès du *de cuius*. Les biens successoraux restent communs jusqu'au partage. En droit moderne, « les rédacteurs du Code civil ne se sont pas préoccupés de préciser ce régime, parce qu'ils estimaient qu'il ne devait pas durer. Or, en pratique, l'indivision se prolonge souvent pendant de nombreuses années. C'est pourquoi la jurisprudence et le législateur ont dû intervenir pour réglementer cette situation » (Mazeaud, IV, n° 1600). En droit romain, le régime de l'indivision, dominé par l'esprit individualiste, n'a jamais fait l'objet d'une organisation correcte.

La communauté familiale, l'*antiquum consortium*, a un caractère strictement égalitaire. Souvent, les frères vivaient d'une manière durable dans un état d'indivision après le décès du chef de famille (P. S. I. n° 1182 = GAIUS, 3, 154). Il s'agissait là d'une forme primitive de société (t. I, p. 23 ss.). Cette communauté est donc régie par des principes diamétralement opposés à ceux sous lesquels vit la *domus*, où l'autorité d'un seul est le principe fondamental. Le *consortium* forme une véritable unité juridique autonome (H. LÉVY-BRUHL). L'institution, qui se retrouve dans d'autres pays, est qualifiée de *joint-family*. On constate donc qu'à Rome, où les structures familiales sont fortement marquées par le principe unitaire, il est fait une place au principe égalitaire, comme nous avons déjà eu l'occasion de le voir avec les règles de la succession *ab intestat*. Cela est d'autant plus remarquable que, comme le précise Gaius, le *consortium* est une institution spécifiquement romaine.

Le *consortium* familial peut être imité par des personnes qui veulent former une communauté. Cette institution engendre des conséquences étrangères à l'indivision classique. Chaque coindivisaire, notamment, a le droit d'aliéner les biens et son acte est valable à l'égard des autres. Une telle solution suppose un solide esprit de solidarité. Elle est inconciliable avec les progrès de l'individualisme.

Dès la loi des XII Tables, l'indivision n'a plus qu'un objet limité et ne porte plus que sur les objets corporels. Créances et dettes successorales se partagent de plein droit. En outre : « nul n'est tenu de rester dans l'indivision ». L'action *familiae erciscundae* (en partage du patrimoine) est donnée à tout héritier pour demander le partage de la succession indivise.

L'indivision persistera cependant à l'époque classique mais avec un caractère très différent de l'*antiquum consortium*. Chaque héritier est propriétaire d'une part indivise, non matériellement déterminée, qui correspond à la fraction pour laquelle il est héritier (J. GAUDEMET, *Régime juridique de l'indivision*). Cette fraction existe sur chaque parcelle de la chose. Chaque cohéritier a donc un droit sur toutes les parties de chaque chose, mais il n'a sur chacune de ces parties qu'un droit partiel *(ibid.)*. Le concours de tous les cohéritiers est donc nécessaire pour un acte de disposition de la chose commune. Par ailleurs, chaque cohéritier peut interdire tout acte de disposition ou de modification de la chose *(ius prohibendi)*.

Potior est ius prohibendi : le principe traduit l'esprit du régime de l'indivision classique. Le droit de *veto* protège les intérêts individuels mais il peut aboutir à la paralysie de l'ensemble. On comprend donc que le partage soit de règle.

b) *Le partage* est dominé à Rome par le principe de l'égalité entre copartageants. La technique recouvre ici tous ses droits et l'institution, à la différence de la précédente, a pu être adaptée aux transformations du droit des successions. Le *consortium*, en effet, correspondait à une forte organisation familiale primitive et à une économie agricole : la conservation du patrimoine exigeant une main-d'œuvre abondante et peu onéreuse.

L'indivision, par réaction individualiste, péchait par excès d'inorganisation avec un régime de copropriété indivise. Le partage, au contraire, à

la haute comme à la basse époque, s'inspire d'un même principe d'égalité entre les héritiers et les transformations revêtiront un caractère essentiellement technique.

Que le partage soit judiciaire *(actio familiae erciscundae)* ou amiable, son effet sera translatif (par *adiudicatio* du juge ou par les modes de transfert ordinaires) et non déclaratif comme dans notre droit moderne (C. C., art. 883).

« L'égalité est l'âme des partages. » Pour ce faire, les juristes romains ne se fieront pas à la seule diligence des individus. D'une façon générale, la doctrine estime qu'il « est naturel que l'on permette aux contractants de chercher à se tromper » (t. I, p. 122). Mais le partage pouvant être imposé par la décision d'un seul héritier, il était normal de protéger les individus contre toute injustice qui pouvait en résulter. Le droit romain utilise à cet effet deux sortes de techniques, les unes préventives, les autres réparatrices.

La réparation du préjudice causé par un partage inégal est assurée par le juge qui apprécie souverainement (C., 3, 38, 3 : *quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur*). Dans notre droit moderne, au contraire, la lésion n'est corrigée que si elle dépasse le quart de la part successorale (C. C., art. 887). La plus importante des techniques destinées à assurer l'égalité dans les partages est un remède préventif : la *collatio bonorum* (rapport des biens).

La collatio bonorum. — Elle consiste à rapporter certains éléments du patrimoine à la masse successorale. Cette technique est la conséquence de l'octroi par le préteur de la *bonorum possessio* aux *liberi* (v. *supra*, p. 341). Pour ne pas pénaliser les enfants qui, restés sous la puissance du *pater*, n'ont pas de patrimoine propre, le magistrat oblige l'enfant émancipé à rapporter ce qu'il a gagné depuis son émancipation. L'équité régit l'institution.

Le rapport ne joue pas entre émancipés, aucun d'eux n'ayant continué à travailler pour le compte du *pater*. Les émancipés n'ont pas à effectuer de rapport à la succession de leur mère, car ils ne pouvaient être sous sa puissance et ne pouvaient donc augmenter son patrimoine par leur travail. Les héritiers siens doivent subir un dommage en raison du concours de l'émancipé, pour que le rapport soit exigé. C'est pourquoi, par exemple, la *collatio* est exclue si l'émancipé est institué héritier par testament. Le *pater* aurait pu, en effet, instituer un étranger qui aurait profité sans contrepartie de l'augmentation du patrimoine résultant du travail des enfants restés à la *domus*. Enfin, si l'héritier sien meurt sans avoir demandé le rapport des biens, ses propres héritiers ne peuvent le réclamer.

L'émancipé n'est tenu de rapporter que l'actif net de son patrimoine. S'il estime, en raison de la part successorale qui lui est dévolue, ne pas avoir d'intérêt à effectuer cette opération, il évitera ce préjudice en ne demandant pas la *bonorum possessio* au préteur (D., 37, 6, 2, 5).

Le rapport résulte d'une promesse faite par l'émancipé de joindre à la masse successorale les biens qu'il possède actuellement. La promesse, qui est assortie de garanties, doit être faite dans l'année de l'ouverture de la succession. Le délai peut être prolongé pour permettre de réunir les garanties nécessaires.

La *collatio dotis* est calquée sur la précédente. Dans le mariage *sine manu*, la femme restant dans sa famille d'origine vient à la succession de son *pater*. Restant sous la puissance de ce dernier, elle n'a pas de patrimoine propre, mais elle a une créance éventuelle en restitution de sa dot (v. *supra*, p. 227). Il s'agit donc là d'un avantage par rapport à ses frères et sœurs. Si elle avait été émancipée lors de son mariage, elle devait, en application de la *collatio bonorum*, rapporter la dot. Au IIe siècle après J.-C., un rescrit d'Antonin le Pieux obligera également les filles non émancipées à rapporter leur dot. Celle-ci apparaît dès lors comme un simple « avancement d'hoirie ».

La « collatio descendentium ». — Au Bas-Empire, la *collatio* est adaptée aux transformations que subissent le patrimoine et la famille. D'une part, les enfants non émancipés peuvent se trouver à la tête d'un patrimoine propre (pécules, biens maternels), d'autre part, familiarisés avec l'interprétation de la volonté du *de cuius*, les juristes présument qu'il a voulu traiter de la même façon tous ses descendants. Généralisant l'idée qui est à la base de la *collatio dotis*, on considère que les avantages de quelque importance (à l'exclusion des cadeaux d'usage) accordés par le *de cuius* de son vivant ont été faits « en avancement d'hoirie ». La *collatio* est due par les descendants, qu'ils soient héritiers *ab intestat* ou testamentaires (*Novelle* 16), qu'il s'agisse d'une succession maternelle ou paternelle. Le rapport s'effectue en nature ou en moins prenant.

Le *de cuius*, dont la volonté est ainsi supposée, peut renverser la présomption en dispensant expressément du rapport l'héritier qu'il a gratifié (clause de préciput et hors part ; pour les legs il y a présomption de préciput). La *collatio descendentium* est à l'origine du rapport à succession de notre droit moderne.

SECTION III. — La sanction du droit de l'héritier

Continuateur du *de cuius*, l'héritier peut exercer tous ses droits comme il est tenu de toutes ses charges, à l'exception des droits intransmissibles. Si tel est le principe, son application se heurte à certaines difficultés pratiques car l'héritier n'a ni les mêmes moyens d'information ni les mêmes moyens d'action que le défunt. Il était donc utile de donner à l'héritier une action générale en vertu de laquelle son titre serait reconnu : c'est 1) la *petitio hereditatis* (pétition d'hérédité), accordée à l'héritier de droit civil, tandis que des moyens de droit sont prévus pour protéger 2) l'héritier prétorien.

1) LA PÉTITION D'HÉRÉDITÉ. — L'action existe dès la procédure des actions de la loi. A l'époque ancienne, l'héritier utilise le *sacramentum in rem*, qui est une action réelle. Ceci montre une fois de plus que les Romains considéraient la succession comme une unité juridique (cf. la *mancipatio familiae*, l'*in iure cessio hereditatis* et l'*usucapio pro herede*). Au Bas-Empire, cette action qualifiée d'*actio de universitate* sera opposée à la simple action en revendication (*actio in rem specialis :* D., 6, 1, 1, pr., *itp.*). La pétition d'hérédité a subi les conséquences des transformations de la procédure. Au Bas-Empire, avec la généralisation de la procédure extraordinaire, l'action

reste toujours une action réelle mais il s'y mêle de plus en plus d'éléments personnels. Justinien classera la pétition d'hérédité parmi les actions de bonne foi qui sont normalement des actions personnelles. En dépit de son apparence d'action mixte, la pétition a toujours pour but la reconnaissance du titre d'héritier.

La pétition d'hérédité est accordée à l'héritier civil, testamentaire ou *ab intestat*, contre toute personne qui prétend à la succession à titre universel et qui, à ce titre, détient des biens ou des valeurs faisant partie de la masse successorale. Cette procédure offre pour les deux parties l'avantage de la simplicité, elle évite des poursuites longues et onéreuses. Le défendeur a donc le droit d'obliger le demandeur à intenter la pétition d'hérédité au lieu d'utiliser une action particulière (GAÏUS, 4, 133).

La pétition d'hérédité permet à l'héritier de réclamer une situation identique à celle qu'avait son auteur. La demande porte sur les biens héréditaires possédés par le défendeur lors de la *litis contestatio*. Cependant, pour lutter contre les fraudes, on assimile au possesseur celui qui a cessé de posséder par dol ou celui qui s'est laissé poursuivre pour égarer les recherches (v. l'action en revendication, t. II, p. 301). En vertu de l'idée de rétroactivité de l'acceptation de l'héritier, les biens acquis par la succession pendant sa vacance peuvent être l'objet de la pétition.

Les effets de la « petitio hereditatis ». — La condamnation à la pétition d'hérédité aboutit en droit strict à la nullité des actes passés sans droits par le défendeur. Si ce dernier cependant est resté longtemps en possession, cette solution radicale porte atteinte à la sécurité des transactions. Les tiers qui avaient traité avec l'*héritier apparent* peuvent être lésés et l'héritier véritable lui-même peut avoir intérêt au maintien des actes d'administration. En vertu du principe *error communis facit ius* (cf. t. I, p. 237), on considère que le possesseur évincé a été le gérant d'affaires du véritable héritier bien qu'il n'ait pas eu l'intention de gérer l'affaire d'autrui, mais ses propres intérêts.

A une époque discutée, les juristes romains ont opéré une distinction entre le possesseur de bonne foi et celui de mauvaise foi. Sous le règne d'Hadrien, en 129 après J.-C., le sénatus-consulte Juventien prévoit un traitement plus favorable pour le possesseur de bonne foi. L'innovation influencera le régime de toutes les actions réelles, mais à l'origine cette disposition, rendue en faveur du fisc qui agissait en application des lois caducaires, a une portée limitée. Le possesseur de bonne foi ne sera responsable qu'à concurrence des valeurs héréditaires actuellement en sa possession ou qui l'ont enrichi de façon durable. C'est ainsi qu'il ne sera pas redevable des fruits qu'il n'a pas perçus par négligence, cela à la différence du possesseur de mauvaise foi (D., 5, 3, 25, 4). Il fait les fruits siens, jusqu'au jour de la *litis contestatio* où le défendeur est présumé irréfragablement de mauvaise foi car il sait que son droit est au moins contesté. A la différence de notre droit moderne (MAZEAUD, IV, n° 1258), le droit romain fait une distinction fort discutable selon que les fruits sont consommés ou existants (v. t. II, p. 300, une influence probable sur l'usucapion). Le possesseur de bonne foi doit restituer les fruits qu'il a conservés en nature au jour du procès. S'il a

aliéné les biens héréditaires, le possesseur s'il est de bonne foi n'est tenu que du prix tandis que s'il est de mauvaise foi il est redevable du prix ou de la valeur réelle de la chose selon le choix du demandeur (IGLÉSIAS). Enfin, les impenses engagées par un possesseur de bonne foi sont déductibles de ses restitutions sans avoir à distinguer si les dépenses ont profité ou non à la succession ; le possesseur de mauvaise foi est au contraire assimilé à un gérant d'affaires (t. I, p. 302 ss.). Il ne peut se faire rembourser que ses impenses nécessaires et la plus-value provoquée par ses impenses utiles, sauf si la plus-value dépasse la somme dépensée.

2) LA PROTECTION DE L'HÉRITIER PRÉTORIEN. — Elle illustre la plasticité de la procédure romaine autant que son rôle déterminant dans l'évolution des structures juridiques. Le *bonorum possessor* est le continuateur de la personne du *de cuius*, comme l'héritier du droit civil, mais il a une situation inférieure à celle de ce dernier (la *bonorum possessio sine re* est inopposable à l'héritier civil, à la différence de la *bonorum possessio cum re* délivrée plus tard par le préteur). La *bonorum possessio* n'est pas toujours de droit, surtout, elle confère à son titulaire une situation précaire : la possession. L'héritier prétorien demande au magistrat la délivrance d'un interdit pour se mettre en possession des biens héréditaires (interdits *adipiscendae possessionis causa* : en vue d'acquérir la possession. Le plus fréquemment utilisé est l'interdit *quorum bonorum* : relatif aux biens héréditaires).

En principe, les interdits ne permettent pas d'acquérir l'actif successoral incorporel (créances et dettes), car il ne peut être l'objet d'une possession véritable faute de *corpus*. S'il subit les inconvénients de la situation de possesseur, l'héritier prétorien n'en a pas pour autant tous les avantages. Comme l'interdit a un caractère définitif à l'égard de la succession prétorienne, celui qui en demande la délivrance doit prouver non le fait de la possession mais son droit d'héritier prétorien (t. II, p. 213).

Pour remédier à ces défauts, le préteur utilisera un procédé appliqué en matière de propriété prétorienne (t. II, p. 302). Il donnera à celui qu'il envoie en possession des actions utiles contenant la fiction de la qualité d'héritier. Il agira de même en faveur des créanciers héréditaires, en leur accordant des actions contre l'héritier dans lesquelles se trouve insérée cette fiction.

Dans une dernière étape, on assimilera l'héritier prétorien à l'héritier civil en lui accordant une action générale analogue à la pétition d'hérédité (D., 5, 3, 13, 4, *itp.*).

ÉTAT DES QUESTIONS

Pour la technique, v. surtout VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, *parte speciale : Successione ab intestato ; successione testamentaria*, 2e éd., Milan, 1963.

BESNIER, Le règlement des successions des affranchis d'après les lois caducaires, *Stud. Clas.*, VII, 1965, p. 55 ss. ; PROVERA, La vindicatio caducorum. Contributo allo studio del processo fiscale romano, dans *Memorie dell'Ist. Giur. dell'Univ. di Torino*, série II, 112, Turin, 1964, p. 169 ss.

La répudiation. — On doit rapprocher de la répudiation une institution assez mal connue : l'*in iure cessio hereditatis* : abandon de l'hérédité fait par l'héritier devant le magistrat au profit d'une autre personne (MONIER). On utilise le procédé du procès fictif, employé dans maints autres cas : transferts de droits réels, affranchissements, émancipation et tutelle. Le cessionnaire intente une pétition d'hérédité (v. *supra*, p. 361) contre l'héritier *ab intestat* présomptif qui ne résiste pas à cette demande. Le magistrat adjuge alors la succession au demandeur. La date d'apparition de cette technique est discutée. Le premier exemple connu date du IIe siècle avant J.-C. : Scipion Emilien abandonne à son frère sa part héréditaire contre une somme de soixante talents (POLYBE, 22, 14). L'héritier testamentaire, à la différence de l'héritier *ab intestat*, ne peut faire de cession avant d'avoir accepté la succession. Dans ce cas-là, d'ailleurs, il n'y a pas véritablement cession du titre d'héritier mais aliénation des biens. L'héritier conserve son titre et reste tenu des dettes. L'héritier *ab intestat*, qui peut seul céder son titre avant d'accepter, peut *a fortiori* aliéner la succession après acceptation. Dès le Haut-Empire, la cession de l'hérédité est remplacée par la vente de l'hérédité. Sur ce point, v. TORRENT, *Venditio hereditatis. La venta de herencia en Derecho Romano*, Salamanque, 1966.

« *Usucapio pro herede* ». — L'expression est équivoque. Il existe, en effet, une usucapion du même nom qui porte sur un bien possédé avec la croyance que l'on est héritier, ce qui constitue l'un des justes titres de l'usucapion. Il s'agit ici de l'usucapion portant sur toute la succession. L'origine de l'*usucapio pro herede* reste mystérieuse. Les XII Tables ne la mentionnent pas, mais elle est ancienne car elle suppose que l'*hereditas* soit considérée comme une chose corporelle. Il est possible qu'il s'agisse d'une institution du droit coutumier élaborée sous l'influence des *veteres* et des pontifes. Elle a excité la verve de IHERING *(L'esprit du droit romain)* ; le grand romaniste allemand la considérait comme une souricière imaginée par les pontifes. « Toi, le premier venu, tu t'empares des biens vacants, tu ne vas pas en faire ton profit sans une contrepartie et nous t'imposons la charge des *sacra* qui est lourde et celle des dettes qui ne l'est pas moins. On est pris dans une souricière et le lard de la souricière c'est l'appât de l'actif de la succession. »

En fait, on se trouve très probablement en présence d'un des nombreux procédés utilisés par les juristes pour pallier les inconvénients résultant de l'absence. La possession, qu'elle soit *momentaria* (t. II, p. 109) ou pas, a dû être largement utilisée dans ce but. Parents, amis pouvaient ainsi éviter la jacence et l'abandon des *sacra*. V. FRANCIOSI, *Usucapio pro herede*, Naples, 1965.

Un cas particulier d'administration de succession vacante est constitué par l'hypothèse de l'héritier conçu et non encore né au moment de l'ouverture de la succession.

CENDERELLI, La garanzie personali delle obligazioni per debiti e crediti della eredità giacente. Contributi esegetici, *SHDI*, 1964, p. 114 ss. ; GIOFFREDI, Osservazioni della dottrina romana della eredità giacente, *Studi Zanobini*, V, Milan, 1965 (Publ. della Fac. di Giur. dell'Univ. di Roma, 25).

La liquidation de la succession donne lieu à des règlements qui soulèvent

de nombreux problèmes techniques. V. SANFILIPPO, Riflessioni sul la aditio mandato creditorum, dans *Mélanges Meylan*, I, 1963, p. 293 ss. ; G. SCHERILLO, Inventario, dans *NDI*, 1963, p. 8 ss. ; BURDESE, Divisione (Diritto romano), *Enciclopedia del Diritto*, XIII, 1964, p. 412 ss. ; IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, Padoue, 1963.

L'influence de la technique romaine sur les institutions modernes reste considérable : ROCA SASTRE, El « beneficium separationis » y los actuales sistemas de separación sucesoria, dans *An. de Der. civil*, 1960, p. 1117 ss. HAMED A. RABIE, *L'acte juridique « post mortem » en droit romain : validité et fonction*, Milan, 1955.

Chapitre IV

LES ORIGINES DU DROIT COUTUMIER

Le droit romain classique était resté fidèle, pour les successions, à quelques principes simples :

a) L'hérédité revient aux parents les plus proches ; *cognatio* et *agnatio* avaient même été progressivement assimilées.

b) Les femmes ont les mêmes droits que les hommes et les cadets que les aînés.

c) La succession est unique comme le patrimoine : l'héritier reçoit tous les biens du défunt quelle que soit leur origine ou leur nature.

d) Enfin, le testament tient la première place et il gardera toujours les mêmes caractères : il est révocable ; il est individuel et non collectif ; il est, en principe, universel et concerne la totalité de la succession.

Le droit coutumier admettra, au contraire, des principes exactement différents :

a) La famille tout entière possède un droit au moins virtuel sur la succession, droit qui persiste encore dans l'idée de saisine.

b) Une hostilité très nette est marquée aux femmes et aux puînés.

c) L'unité du patrimoine ne survit pas au *de cuius*. Pour chaque bien la nature et l'origine déterminent la dévolution : ce qui multiplie le nombre des héritiers et rend forcément difficile le règlement du passif.

d) Enfin, la force même des droits de la famille rend suspect tout acte individuel de disposition : le testament est rare sinon inconnu jusqu'au XIIe siècle et, même quand il sera devenu d'usage courant, l'héritier testamentaire ne sera considéré que comme un légataire ou un successeur aux biens.

Le problème des origines. — La portée exacte de ces principes fera l'objet des chapitres suivants. Leur origine — liée à la fois à la structure de la famille et à la conception de la propriété — demeure fort contestée, comme l'origine même des coutumes (cf. *supra*, p. 27).

L'influence du droit germanique est certaine mais elle est bien loin d'être exclusive. Les liens de causalité n'ont jamais, pour les sciences humaines, la netteté que leur reconnaissent les sciences physiques.

Les historiens du droit, Ficker par exemple, ont tenté de ramener tout le droit successoral coutumier au droit des Francs saliens ; la tendance, aujourd'hui, est presque inverse et elle vise à prouver l'originalité du droit coutumier et l'apparition relativement tardive — au XIIe siècle — d'institutions aussi caractéristiques que la réserve coutumière (*infra*, p. 480) ou le retrait lignager (t. II, p. 408).

Une communauté d'inspiration n'implique pas forcément une origine commune et les conceptions juridiques ne peuvent jamais être dissociées du contexte social ou politique. Plutôt que de rechercher pour chaque disposition coutumière une origine invérifiable mieux vaut :

1) Décrire dans ses lignes essentielles le droit successoral à l'époque franque ;
2) Indiquer les facteurs d'évolution ou les nouveautés qui ont pu l'infléchir.

Section I. — Le droit successoral à l'époque franque

Le choix de l'héritier. — Toutes les lois barbares désignent comme héritier le plus proche parent par le sang. On a longtemps admis que la parenté était calculée d'après le système des parentèles ; la première parentèle serait celle des descendants (et vraisemblablement du père et de la mère) ; la seconde parentèle serait constituée par les descendants du père et de la mère (frères et sœurs ou leurs enfants) ; la troisième parentèle est celle des grands-parents et de leurs descendants (cousins germains ou leurs enfants) et ainsi de suite. Chaque parentèle

serait appelée successivement et pour chacune l'héritier paraît être le plus proche de l'ascendant commun : c'est dire que la représentation était inconnue et que, par exemple, les frères excluaient les neveux fils d'un frère prédécédé et même, semble-t-il, que les fils survivants excluaient les petits-fils dont le père était déjà mort.

Le système a le mérite de la logique et il est confirmé par de nombreux textes : par la Loi Salique (tit. XLIV, 9 et 10, et LIX, 4) et par la Loi Ripuaire (LVI, 3) qui limitent, d'ailleurs, le droit de succession à la cinquième ou à la sixième parentèle, comme par un édit de Childebert de 596 qui prétend faire concourir les petits-enfants avec leurs oncles dans la succession de leur grand-père.

Pourtant bien des difficultés demeurent :

a) En premier lieu, pour le droit des ascendants, le droit de succession du père n'est pas mentionné par Tacite qui énumère seulement comme héritiers les enfants, les frères et les oncles *(liberi, fratres et avunculi)*, ce qui peut, sans doute, s'expliquer par le simple fait qu'il est rare qu'un père succède à son fils.

b) Autre singularité : la Loi Salique (tit. LIX) attribue la succession à la mère, au frère et à la sœur, à la sœur de la mère, c'est-à-dire très nettement aux parents par la mère. La Loi Ripuaire (tit. LVI) désigne le père et la mère et après eux le frère et la sœur, enfin la « sœur de la mère ou du père ». Au contraire, la tradition visigothique est favorable au droit des ascendants : elle est attestée par le Code d'Euric comme dans la Loi des Visigoths (IV, 2, 2).

c) Dans chaque parentèle le choix de l'héritier pose le problème fort obscur du mode de calcul de la parenté. On a dépensé beaucoup d'ingéniosité pour justifier le système de « parenté fraternelle du sang » ; la succession irait aux cousins de la même génération, également distants par conséquent de l'ascendant commun, car la parenté « n'existe que chez des contemporains » (cf. *supra*, p. 84). On a prétendu, au contraire, que le principe de la représentation — qui implique que les descendants prennent la place de leur auteur prédécédé et aboutit à un partage par souche et non par tête — était forcément lié au système parentélaire (ce qui équivaudrait, en fait, à ne plus tenir

compte du degré) ; mais le principe inverse est, au moins, vraisemblable ; rien, à vrai dire, n'indique que le droit franc ait admis la représentation (FICKER, t. II[1], p. 102).

LA SUCCESSION DES FILLES. — Le texte du titre 59, *De alodis*, de la Loi Salique, est célèbre : *De terra vero nulla in muliere hereditas est sed ad virilem sexum qui fratres fuerint tota terra pertineant.* La femme ne peut hériter de la terre qui revient à ses frères. Les rédactions postérieures précisent qu'il s'agit de la *terra salica*, ce qui paraît synonyme de *terra paterna* ou *aviatica*, bien familial, et désigne la maison, *sala*, et son enclos.

Cette hostilité aux femmes paraît conforme à la tradition germanique : Tacite (*Germanie*, 20) mentionne un droit de succession des filles. Mais après les invasions cette incapacité s'atténue et les diverses lois barbares consacrent, en ce qui concerne les filles et les sœurs, trois solutions bien différentes : l'exclusion absolue, le privilège de masculinité ou l'égalité avec les fils et les frères.

a) La Loi des Thuringiens (éd. von SCHWERIN, c. 26, 29), rédigée sans doute en 803, admet bien que la femme puisse hériter des meubles et des esclaves *(ad filiam pecunia et mancipia)* ; mais elle est exclue de toute succession à la terre par un parent mâle *(proximus paternae generationis consanguineus)* au moins jusqu'à la cinquième génération. Ce n'est qu'à défaut de tout cousin proche que l'hérédité tombe en quenouille, passe « de la lance au fuseau » *(ad fusum a lancea transeat).*

b) La Loi Salique dans la rédaction citée qui date des dernières années de Clovis (K. A. ECKHARDT, *Pactus legis salicae*, 1954, p. 207) témoigne de la même rigueur : la femme n'hérite pas, a-t-on dit, soit parce qu'elle n'a pas de part à l'indivision familiale, soit parce qu'elle est impuissante à défendre ses biens par l'épée. Mais très vite le droit franc change et, semble-t-il, tout d'abord en Austrasie où l'incapacité de la femme est limitée aux biens héréditaires. En Neustrie, un édit de Chilpéric Ier (561-584) accorde à la fille (ou à la sœur) un droit préférable à celui des *vicini* (cap. IV *ad legem salicam*, c. 108). La Loi des Ripuaires (t. LVII, c. 4), dans la première moitié du VIIe siècle, dira de même : « Tant qu'il existe un mâle la femme ne succède pas aux biens familiaux. » La Loi Burgonde (tit. XIV)

reconnaît pareillement la vocation des filles à défaut des fils et des sœurs, à défaut des frères, et ses dispositions peuvent avoir inspiré la Loi des Alamans (LV), la Loi des Bavarois (XV, 9-10) et même la Loi Ripuaire (toutes rédigées à l'époque de Dagobert Ier, 623-639 ; F. BEYERLE, *ZSS*, *Germ.*, 1956, p. 124-129).

Les rédactions carolingiennes des Lois Salique et Ripuaire conservent la règle ancienne, mais celle-ci heurte désormais les sentiments chrétiens : un père doit aimer également les enfants que Dieu lui a donnés et la « piété » lui fait un devoir de les traiter également. Dès la fin du VIIe siècle, les formules recommandent de déroger « à une coutume ancienne mais impie » et de donner aux filles un droit égal *(equo lance)* à celui de leurs frères (MARCULF, II, 12 ; *Form. Sens*, 45).

En ce qui concerne les acquêts, le droit des femmes est impliqué déjà par l'édit de Chilpéric et il est consacré par les actes de la pratique : ces actes opposent toujours l'alleu, advenu par succession, et l'acquêt *(comparatum, contractum)* ou les meubles *(mancipia)* pour partager ceux-ci également entre les enfants du *de cuius*.

c) La Loi des Visigoths dans sa partie la plus ancienne (IV, 2 et 10) accorde, sous l'influence du droit romain, la même vocation aux fils et aux filles. Le Code d'Euric (c. 320) — dont le texte est fort contesté — paraît bien indiquer cependant que les filles n'ont sur leur part de terres qu'un droit viager tandis qu'elles peuvent disposer librement des autres biens. Autre singularité : tandis que les petits-fils *ex filio* représentent leur père, les petits-fils *ex filia* sont privés d'un tiers de la part de leur mère (c. 327), ce qui peut provenir d'une constitution de Valentinien et de Théodose de 389 (C. T., V, 1, 4 ; cf. p. 343).

LE DROIT DES FEMMES. — On a voulu reconnaître dans ces solutions les étapes d'une évolution du droit germanique consacrant l'amélioration continue de la condition des femmes. Mais les deux mythes conjugués de l'unité germanique et de l'évolution quasi fatale des institutions sont démenties par les indications fort disparates des textes :

1) Si la Loi Salique exclut les filles, elle ne mentionne (tit. LIX) pour les successions collatérales que les parents maternels. La Loi Ripuaire, on l'a vu, appelle ensemble la

sœur du père et la sœur de la mère. Au contraire, le texte de la Loi Salique amendé par Charlemagne (LXII ; vers 768) donne une priorité de rang à la sœur du père sur la sœur de la mère. Nulle part les oncles, paternels ou maternels, ne sont nommés (tandis qu'ils l'étaient expressément par TACITE).

Suivant une première interprétation quasi désespérée, le droit des oncles était si certain que la Loi Salique n'avait pas à le rappeler (BRUNNER). Pour d'autres, le droit des femmes ne peut s'expliquer que par la persistance d'un matriarcat primitif (FICKER) ; et on peut alléguer dans le même sens les dispositions de la Loi Salique qui concernent le *reipus* (XLIV) : l'homme qui veut épouser une veuve devrait payer un prix symbolique aux parents maternels de celle-ci : l'aîné des fils de sa sœur, l'aîné des fils de sa nièce, le frère de sa mère (p. 127).

2) Les diversités régionales ou ethniques ne peuvent guère être perçues à raison même des lacunes de notre documentation : les Alamans et, semble-t-il, toutes les populations de l'Allemagne du Sud, admettaient l'égalité des hommes et des femmes. Il en était de même des Visigoths. D'autre part, comme on l'a indiqué (p. 129), le droit de l'Austrasie, consigné dans la Loi Ripuaire, paraît moins hostile aux femmes que le droit salien.

On peut enfin faire état de la curieuse coutume qui aurait régi, au VIIIe siècle, les colonies militaires franques établies aux Pays-Bas : tous les biens paternels d'un *homo francus* allaient à ses fils, tandis que les biens maternels appartenaient aux filles (R. SOHM, *Lex ribuaria*, 1883, p. 122 ; cf. J. F. NIERMEYER, *Tijdschrift voor Geschiedenis*, 1953).

3) Enfin, l'évolution est loin d'être rectiligne. Si la rigueur de la Loi Salique est atténuée à partir du VIe siècle, il paraît bien, en revanche, qu'à partir, tout au moins du VIIIe siècle, deux tendances ont joué contre la vocation successorale des femmes : d'une part les transformations de la propriété — qu'il s'agisse de l'institution de bénéfices militaires ou des pratiques communautaires ; d'autre part les transformations du régime matrimonial : il est normal que la femme se marie et que la dot qu'elle apporte à son mari lui tienne lieu de succession. Le droit successoral est forcément lié au régime matrimonial. En Lom-

bardie, par exemple, si l'on reconnaît à la femme le droit de recevoir une dot, le *faderfium*, on lui dénie en revanche tout droit de succéder à ses parents comme, d'ailleurs, toute indépendance vis-à-vis de son mari.

Peut-on parler d'un retour aux traditions germaniques qu'attesterait, par exemple, la nouvelle rédaction de la Loi Salique ? Ne faut-il pas plutôt admettre que la vocation héréditaire des femmes avait toujours heurté le sentiment populaire et que, même en pays gallo-romain, elle n'avait pas d'assise bien solide ? A Rome, il était fréquent qu'un père exhérède sa fille en lui léguant sa dot et Charlemagne pour gratifier ses filles pensa faire un testament (EGINHARD, c. 33).

A l'époque carolingienne la rupture des cadres sociaux donne à cette tendance une force nouvelle. La dislocation de la *Francia occidentalis* put aboutir, à l'Ouest notamment, à la constitution d'une nouvelle aristocratie. Les préceptes chrétiens ont moins de force tandis que la famille impose son autorité ou ses vues. Or celles-ci sont presque forcément hostiles aux femmes (cf. *infra*, p. 380).

UNITÉ OU DIVERSITÉ DE SUCCESSIONS. — Tous les textes francs parlent de la dévolution de l'*hereditas* ; on a souvent admis, cependant, qu'il n'existait pas une unité de la succession et que chacun des biens qu'elle comportait faisait l'objet d'une dévolution particulière :

a) L'existence d'une « part du mort », objets personnels, chevaux ou armes mis dans le tombeau, est attestée non seulement par la tradition scandinave mais par les témoignages de l'archéologie. Cette part aurait même été fixée au tiers des meubles.

b) Plus tard, il paraît bien que les armes étaient réservées au mâle le plus proche tandis que les vêtements ou bijoux féminins *(gerade)* revenaient, au contraire, aux femmes.

c) La solidarité familiale paraîtrait impliquer que les biens héréditaires demeurent dans la ligne d'où ils proviennent. Le principe n'est pourtant jamais exprimé. Les actes de la pratique et les formules se bornent à mentionner l'origine des biens et à indiquer s'il s'agit de propres *(ex successione parentum, de alodo parentum)* ou d'acquêts *(de comparato, de quolibet adtracto)*.

Rien, à l'époque franque, ne peut fournir un précédent de la règle *paterna paternis, materna maternis* (ce que l'on a tenté d'expliquer par le fait que les femmes n'héritaient pas des biens propres).

LE TESTAMENT DU VIe AU VIIIe SIÈCLE. — La tradition germanique est attestée par une phrase parfaitement nette de Tacite (*Germ.*, 20) et elle est corroborée par le silence de la Loi Salique : les Francs ne connaissaient pas le testament. Au contraire, la Loi des Burgondes (XLIII, 1 ; LX, 1) et la Loi des Visigoths (II, 5, 3) reprennent les règles du Code théodosien et admettent très nettement la validité du testament soit oral, soit écrit. Cette opposition persistera jusqu'au VIIIe siècle.

a) Les méridionaux continuent d'user du testament romain : ainsi saint Césaire, évêque d'Arles en 542, ainsi encore saint Didier de Vienne qui rédige vers 610 un véritable testament olographe, ainsi encore, en 739, l'abbé de Novalaise qui, pour tester, respecte toutes les formes romaines.

b) Dans tous les pays du Nord, au contraire, la tradition germanique persiste : même la Loi des Bourguignons (LX, 1 et 2 ; XLIII, 1), très influencée par le droit romain qui autorise le testament, indique qu'il est contraire à la coutume et l'oppose à la donation pratiquée par les « barbares ».

Chez les Francs existe un acte étrange, l'affatomie (Loi Salique, XLVI) ou *adoptio in hereditate* (Loi Ripuaire, XLVIII). Il s'agit d'une transmission du patrimoine qui comporte des formes fort compliquées :

a) Le disposant doit comparaître au tribunal du *mallus*, devant le *thunginus*, en même temps qu'un tiers étranger à la famille souvent appelé *salmann*.

b) Il fait à celui-ci tradition symbolique des biens par le jet de la *festuca* symbolique (cf. t. II, p. 318) en indiquant le nom du véritable donataire dont il veut faire son héritier *(illo quem heredem appellat similiter nominet)*.

c) L'intermédiaire se rend alors dans la maison du donateur, s'y installe, y accueille au moins trois hôtes, les fait manger et reçoit leurs remerciements : cela afin, ajoute le texte, qu'il ait au moins trois témoins de cette prise de possession.

d) Enfin, dans le délai de douze mois, l'intermédiaire doit

revenir au *mallus* pour vider ses mains : il doit « jeter la *festuca* sur le sein des véritables héritiers » et leur faire ainsi tradition de tout ce qu'il a reçu « ni plus, ni moins ».

Le droit lombard connaît l'institution analogue du *thinx* : devant le peuple en armes (ce qui rappelle le testament romain devant les comices), le *thingans* transmet au donataire la lance symbole de puissance en recevant un contre-don *(launegild, guiderdone)*. Ici l'idée d'adoption est très nette puisque le disposant ne doit pas avoir d'héritier mâle (*ed. Roth.*, 157, 158, 170, 172 ; *éd. Liutprand*, 65).

Les formes furent vite simplifiées par la pratique. Les actes francs n'en fournissent aucun exemple et, en Lombardie, on assimile *thingatio* et *donatio* et on supplée aux formes par la simple rédaction d'une charte. Mais on retint deux principes qui inspiraient l'acte :

a) La désignation d'un héritier est un acte irrévocable ; elle implique l'abandon immédiat de la jouissance, du moins de la propriété.

b) Pourtant, il est nécessaire à la validité de l'acte qu'une tradition soit faite, que le donataire soit mis en saisine. Une simple manifestation de volonté unilatérale et révocable ne suffit pas.

Disparition du testament au VIIIe siècle. — Le VIIIe siècle marque la disparition de la dynastie franque mais aussi la ruine générale des survivances romaines : l'Aquitaine, la Provence, la région lyonnaise, la Bourgogne sont pillées par les Sarrasins. Charles Martel ne les défend qu'en les assujettissant et en leur imposant des institutions nouvelles. L'influence des moines supplante celle des laïcs (P. Riché, *Education et culture*, p. 476) et elle va jouer contre la révocabilité du testament et en faveur de la donation qui implique un dessaisissement immédiat. On peut ajouter que le latin cesse d'être compris et cède couramment la place à la langue vulgaire, ce qui coïncide avec un changement des idées : au moins en Provence, les moines de Lérins n'accordent pas de valeur à la pénitence et au repentir qui attendent le moment de la mort pour s'exprimer ; ce qui conduit normalement à préférer la donation au testament.

Dans ce bouleversement, le testament disparaît brusque-

ment là où il existait : en Bourgogne avec la poussée franque, en Dauphiné vers la même époque. Le seul acte pratiqué est désormais la donation *pro anima* irrévocable par laquelle le disposant se réserve seulement l'usufruit de la chose donnée.

Une partie du domaine méridional, cependant, va faire exception et apparaître comme le conservatoire des idées romaines : dans la région toulousaine, en Rouergue, en Septimanie, la pratique du testament — qualifié de *breve divisionale*, *epistola voluntatis*, *fideicommissum* — se maintient non seulement pour de grands personnages mais aussi pour de petites gens. En Septimanie, cette persistance peut s'expliquer par les dispositions de la Loi des Visigoths (IV, 2, 4). Les *Fragments Gaudenzi* plus proches de la pratique et peut-être d'origine provençale (cf. Paulo MEREA, *Estudos de Direito Visigótico*, 1948, p. 121-147) opposent le testament, acte fait à l'article de la mort, et la donation faite alors qu'on est en bonne santé *(dum sanus est)*. Dans la région toulousaine, le testament, avec son double caractère d'acte unilatéral et révocable, continue d'être pratiqué aux Xe et XIe siècles « par une tradition purement empirique et coutumière » (G. BOYER).

LA DONATION A CAUSE DE MORT. — Le caractère propre de la donation à cause de mort est d'imposer le dessaisissement du donateur : elle rejoint en cela la pratique de la tradition *per wadium* ou, dans le Midi, *per cartam* (cf. t. II, p. 318). Même en pays visigoth, si la Loi de Receswind maintient et même assouplit les règles romaines (*Lex Visigoth.*, II, 5, 10-12), les actes de la pratique établissent la confusion du testament et de la donation, pour aboutir à des formes hybrides et mal définies. Il en est de même, semble-t-il, en Italie. Partout, en définitive, apparaissent les mêmes tendances :

1) Les formes romaines du testament sont oubliées. Le nombre des témoins est parfois réduit à deux ou trois sans doute sur le fondement d'un texte de l'Evangile : *Ut in ore duorum vel trium testium stet omne verbum* (MATTH., XVIII, 16).

La Loi des Visigoths reconnaît la validité d'une simple déclaration orale ; elle admet que le testament soit rédigé par un tiers sur la demande du disposant ; elle connaît même le testament olographe emprunté à une novelle de Valentinien III

(passée dans la loi romaine des Visigoths, IV, 2) et disparu dans le droit de Justinien (*supra*, p. 306). L'institution d'héritier disparaît du formulaire. Enfin, l'enregistrement des testaments à la Curie, qui s'était maintenu jusqu'au VIIIe siècle (sans doute comme une réminiscence purement verbale, Sanchez ALBORNOZ, *Ruina y extinción del municipio en España*, Buenos Aires, 1943, p. 101), ne figure plus dans les actes après le VIIIe siècle.

2) La libéralité prend la forme de l'aliénation entre vifs d'un bien particulier ou d'un ensemble de biens. Le transfert est toujours irrévocable (sauf le cas où le disposant réserve le droit de reprendre le bien donné, par exemple s'il lui naît un fils) ; mais, normalement, l'acte équivaut à une donation *post obitum*, car le donateur garde, sa vie durant, la jouissance du bien donné, parfois avec la charge d'un cens payé au donataire. Celui-ci est réputé en saisine : il a une propriété à terme tandis que le donateur n'est plus qu'un propriétaire passager. Le plus souvent, d'ailleurs, la libéralité est faite à Dieu ou au saint patron d'un monastère et la fragilité humaine s'abandonne à la permanence divine. Ce que les modernes appellent l'*animus donandi* est fait ici de piété, de crainte, de calcul ; on donne pour faire son salut éternel, pour avoir une sépulture et des prières, pour être reçu parmi les moines, pour obtenir le pardon de ses méfaits ; et toujours la considération de la mort et la crainte du jugement guident la volonté du donateur.

3) La nécessité d'une transmission réelle conduit à la désignation d'un intermédiaire qui n'est pas sans rappeler le fiduciaire du fidéicommis romain et, mieux encore, l'intermédiaire de l'affatomie : c'est l'exécuteur testamentaire qui figure dans les actes à partir du VIIIe siècle et est désigné du nom d' « aumônier », *elemosinarius*, « gagier », « wadius » ou *wadiator*, *fidejussor*, *manumissor*. Cet exécuteur n'est pas un simple mandataire ; il n'agit pas seulement à la place du disposant mais en son propre nom ; ce qui prouve bien qu'il a acquis la saisine des biens qu'il doit transmettre. Les actes du VIIIe au XIe siècle mentionnent qu'une tradition lui est faite : une charte du XIe siècle rappellera même qu'on demeure en cela fidèle à la Loi Salique (*Cart. Cluny*, IV, nº 3130) tandis que les actes méridionaux se référeront au fidéicommis romain.

Le rôle de l'exécuteur est, d'autre part, très nettement fixé par le disposant : il doit opérer le transfert des biens à l'héritier, parfois même surveiller celui-ci, exécuter les legs, liquider la succession, affranchir des esclaves, défendre les volontés du défunt contre ceux qui les contestent ; mais son rôle essentiel — qui justifie le nom d' « aumônier » — est d'acquitter les donations pieuses, les legs *pro anima* qui doivent assurer au défunt une sépulture chrétienne et à son âme le secours divin. Il est possible que l'Eglise ait ici, comme elle l'a fait souvent, maintenu en le christianisant le vieil usage païen de la « part du mort » (*supra*, p. 371) ; de même que jadis les objets personnels étaient ensevelis avec le cadavre pour son voyage d'outre-tombe, une partie des meubles (le tiers, semble-t-il) va être destinée aux œuvres pies pour secourir l'âme du défunt.

Section II. — Les facteurs d'évolution

Le sens de l'histoire franque. — Jamais la complexité franque n'est mieux apparue que dans le droit des successions : celui-ci est le reflet de la conception de la famille ; il est fait de souvenirs et de pratiques et il est aussi essentiellement conservateur ; mais il touche aux intérêts, aux ambitions, aux convoitises — de la propriété et du pouvoir — qu'a toujours éveillés l'héritage. Les conflits générateurs de changements naissent forcément entre l'individu, la famille et le groupe social, religieux ou politique.

De tels conflits sont, à l'époque franque, fort nets : les historiens du droit se sont attachés, comme il est normal, aux conflits nés de la rencontre de deux droits d'esprit aussi nettement opposés que le droit romain et le droit barbare ; mais ces *facteurs juridiques* ne font que traduire des conflits autrement profonds qui tiennent au passé, à la race, aux usages, bref aux forces de tradition contenues dans les *facteurs ethniques*.

Jusqu'au VIIIe siècle, la société est demeurée relativement stable, et l'étude juridique corrobore pleinement la thèse bien connue d'Henri Pirenne : il n'y a pas eu de rupture brusque entre l'époque romaine et l'époque mérovingienne. Au contraire,

l'époque carolingienne est celle des brusques mutations : l'apparition de la féodalité est la plus nette ; mais elle ne peut faire oublier la transformation profonde de la famille (*supra*, p. 59) et des idées juridiques ou religieuses (*supra*, p. 4) ; ce sont les *facteurs sociaux* et les *facteurs religieux* dont le rôle sera essentiel.

La pénurie de documents juridiques ne permet pas de connaître le détail de l'évolution ; mais la période qui va du IXe au XIe siècle apparaît celle des grandes nouveautés. Les coutumes qui naissent ont pu certes retenir quelques traits de droit ancien ; mais elles ont dû aussi innover pour répondre aux besoins nouveaux : un nouvel équilibre des forces s'est établi, différent selon les régions et les coutumes ; un nouvel ordre social est né et avec lui un nouveau droit.

LES FACTEURS JURIDIQUES. — Le principe de la personnalité des lois aurait dû maintenir une séparation catégorique entre Romains et Barbares. En fait, ce principe n'a jamais été absolu (cf. *supra*, p. 22) et surtout on ne peut découvrir entre droit romain et droit barbare une séparation très nette. Il est bien connu que les lois barbares — la Loi des Burgondes et des Visigoths, surtout, mais aussi la Loi Salique — ont subi l'influence romaine ; et, d'autre part, le droit romain appliqué en Gaule au Ve siècle est un droit pratique, fort différent du droit qui sera recueilli dans les compilations de Justinien : c'est le droit « vulgaire » dont tous les travaux récents montrent l'importance, que les Barbares ont adopté très largement et que les modernes ont pris trop souvent pour du droit germanique (p. 3).

Ce droit vulgaire, apparu dès l'époque de Constantin, a survécu à la chute de l'Empire et ses tendances sont bien conformes à l'évolution indiquée.

Pour le testament et la donation *mortis causa*, les formes classiques sont oubliées ou confondues (*supra*, p. 374) ; la volonté du testateur apparaît essentielle, spécialement pour les dispositions *pro anima* que l'Eglise voit avec faveur (C. T., IV, 4, 5 et 7 ; C., VI, 23, 20). Parallèlement, les donations avec réserve d'usufruit, si fréquentes dans les actes carolingiens, posent, dès le Ve siècle, de nombreux problèmes. Théodose II

qui, en 415, exigeait encore une tradition effective, doit, deux ans plus tard, abandonner cette rigueur (C. T., VIII, 12, 8 et 9). La même solution se retrouvera dans la Loi romaine des Burgondes (XXII, 5) comme dans le Bréviaire d'Alaric (VIII, 5, 2). Une constitution de Justinien fait, d'ailleurs, allusion à une « ancienne coutume populaire » (C. J., VI, 23, 21).

De même, les applications du prétendu principe germanique de masculinité peuvent n'être que des souvenirs de la succession agnatique du droit romain. La règle visigothique sur le petit-fils *ex filia* paraît même directement inspirée par une constitution de Théodose (p. 369).

Les sanctions qui, d'après les lois barbares, frappent la fille qui se marie sans le consentement de ses parents (*L. Burgund.*, XII, 5 ; *L. Visigoth.*, III, 2, 8), trouvent leur équivalent dans le droit romain vulgaire (*Sent. Pauli*, II, 19, 2) et ne peuvent être liées au *mundium* germanique (Köstler, *Z.S.S.*, 1943, p. 92). Il n'est même pas jusqu'à la règle *paterna paternis* qu'on ne puisse rapprocher de la catégorie des *bona materna et maternae generis* (*supra*, p. 343 ; cf. C. T., VIII, 18, 4 ; Viollet, *Histoire du droit*, p. 850).

L'existence, au Bas-Empire, d'un droit vulgaire suffit à marquer l'affaissement du pouvoir impérial. D'autre part, en frayant avec la pratique, les règles de droit avaient perdu tout caractère abstrait et étaient devenues accessibles au Barbares. Par là, Ernst Levy l'a bien indiqué, le régime romain de la propriété privée va triompher après les invasions. En s'établissant sur les domaines gallo-romains, les Barbares se soumettaient au droit qui les régissait.

Est-ce à dire qu'il en fut de même pour le droit de succession ? Il est difficile de l'admettre. Toujours la famille gardait ses droits et son organisation. Mais, surtout, tout laisse croire qu'à côté d'établissements individuels il y eut des appropriations collectives : les membres d'une troupe ou d'une tribu prenant ensemble possession d'un domaine. L'origine peut être la communauté de marche germanique *(Markgenossenschaft)* ; l'aboutissement en sera, en tout cas, les communautés de village qui subsistent pendant tout le Moyen Age (cf. t. II, p. 124). La propriété ne peut être que collective, liée à la commu-

nauté de vie et de travail, ce qui implique un droit mutuel de succession de tous les indivisaires (*vicini* ou « voisins »).

De telles communautés ont laissé forcément fort peu de traces dans les actes ; mais, au moins deux dispositions du droit barbare — d'ailleurs hostiles dans leur principe à de telles indivisions — s'y rapportent.

a) La Loi des Burgondes (I, 1, 2 ; XXIV, 5) autorise le fils à demander même du vivant de son père sa part, comme un associé pourrait demander sa quote-part de l'actif commun.

b) L'édit déjà cité de Chilpéric II (vers 573-575) abolit le droit de succession des « voisins » ; les filles et les collatéraux hériteront désormais à leur place.

Les facteurs ethniques. — L'existence jadis affirmée d'un droit germanique postule l'idée d'un *Volksrecht* (cf. p. 23). Chaque peuple intégré dans l'Empire romain aurait conservé son droit propre, nettement distingué par Ernst Levy du droit vulgaire.

Ces persistances sont certaines en Allemagne et en Autriche. Elles le sont aussi, nous l'avons dit, dans les régions qui ont été colonisées par les Francs ; mais elles demeurent limitées et on n'admet plus que l'on puisse tenir pour germanique tout ce qui n'est pas romain.

Les Barbares sont demeurés, après les invasions, beaucoup moins nombreux que les Gallo-Romains et parmi ceux-ci il y avait moins de Romains que d'autochtones, Gaulois, Ligures ou Ibères. Si l'on admet, d'autre part, que le droit romain ne s'est pas substitué partout au droit des peuples vaincus et que le droit des successions a été plus résistant que tout autre (ce que le conservatisme paysan et familial rend très vraisemblable), on aboutit à une conclusion que E. M. Meijers a eu le mérite de formuler nettement : bien des règles coutumières du Moyen Age ne sont ni germaniques, ni romaines, mais proviennent d'un droit pré-romain, on dira même « ligurien » ou « alpin ».

En fait, sous son aspect paradoxal, cette thèse pose bien le problème central de l'évolution. Nous ignorons à peu près tout du droit des IXe et Xe siècles et cette période est pourtant celle où s'élabore le système coutumier des successions : admettre l'existence de facteurs ethniques équivaut en somme à croire

que le vide institutionnel a été comblé moins par des nouveautés que par des souvenirs ; le souvenir de vieilles pratiques ancestrales conservées en marge du droit romain, recouvertes par lui et toujours assez vivaces pour se substituer à lui.

LES FACTEURS SOCIAUX ET ÉCONOMIQUES. — Les nouveautés n'en demeurent pas moins incontestables et elles sont liées à la crise politique et économique de l'époque carolingienne ; la peur, le besoin de protection créent des solidarités nouvelles : groupe familial, étroit ou large, ou groupe féodal.

1) La féodalité, en même temps qu'elle était une organisation politique, impliquait un statut original des biens et des personnes. L'hérédité des fiefs, dès qu'elle fut admise, obéit à des règles précises qui tenaient au fondement même du système féodal : l'indivisibilité du fief toujours désirée devait conduire logiquement à l'aînesse et à la masculinité.

Le droit d'aînesse était inconnu, on l'a vu, des lois barbares comme du droit romain. L'exclusion des filles, au contraire, était une tendance ancienne qui paraît bien alors s'être renforcée partout : la *Lex romana Curiensis* (qui date du début du VIIIe siècle) indique que la dot d'une fille lui tient lieu de succession. Charlemagne essaye, en 813, d'introduire la Loi Salique en Italie. Enfin, l'hostilité à la succession des filles venait surtout de l'aristocratie. Il est bien connu, d'ailleurs, que les sociétés de type militaire n'accordent à la femme qu'une condition inférieure à celle de l'homme.

Le droit des classes rurales est plus obscur et sans doute fort variable suivant les régions. Une incapacité successorale paraît frapper de très bonne heure les bâtards (*L. Sal.*, XIV, 16). Les origines de la mainmorte qui, aux siècles suivants, atteindra les serfs et parfois les hommes libres, sont obscures ; mais on peut croire que dès l'époque carolingienne les successions paysannes ne sont préservées de la revendication du « puissant » que par leur pauvreté.

2) Le meilleur recours de l'individu est dans la solidarité de famille. Cette solidarité existe déjà dans les lois barbares pour l'exercice de la vengeance privée ou le payement du *wergeld*. Les parents interviendront en cas de conflit, procès ou guerre privée. S'ils s'estiment frustrés par un testament ou une aliéna-

tion, ils tenteront de reprendre par les armes les biens donnés, d'où les interventions des conciles ; d'où aussi les innombrables clauses comminatoires des actes de l'époque et les malédictions promises aux violateurs. Les parents sont présents aux actes solennels, par exemple, au moins à partir du xe siècle, pour recevoir une dot et juger si elle est suffisante (*Form. Tours*, nº 14, nº 15, éd. ZEUMER, p. 142 ; *Cart. Cluny* (904), nº 86 ; (912), nº 190).

Témoins ou garants, les lignagers interviennent dans tous les actes de disposition et leur contrôle sera forcément rigoureux s'ils peuvent prétendre sur les biens aliénés à un droit virtuel de succession. La théorie de la saisine (t. II, p. 220) permettait de concevoir qu'il existait sur un même bien des droits différents : la saisine immédiate et actuelle du propriétaire, mais aussi la saisine éventuelle des parents qui leur donne, au cas de vente, un droit préférable à celui de tiers acquéreurs (d'où le retrait lignager, t. II, p. 403) et, au cas de mort du propriétaire, le droit de lui succéder.

Toujours, dans les actes, l'origine d'un bien — sa généalogie, pourrait-on dire — est indiquée ; le fait, notamment, qu'il avait été hérité des parents et constituait un propre, paternel ou maternel. On conçoit la prétention des parents à faire coïncider avec cette généalogie des biens leur propre généalogie et à considérer que le bien devait revenir à la « souche », au représentant actuel de la famille, d'où il provenait ; la règle *paterna paternis*, le « Fallrecht » des auteurs allemands, le droit de « troncalité » des auteurs espagnols ou portugais, le *jus recadentiae* des romanistes ne font qu'exprimer cette tendance. La règle n'est attestée qu'au XIe siècle : qu'il s'agisse d'une résurgence ou d'une naissance spontanée, elle exprime parfaitement les prétentions et la puissance nouvelle du lignage et elle deviendra, dans les coutumes, le principe général de dévolution des propres.

3) La solidarité du lignage ne va pas jusqu'à une copropriété des biens. Pourtant, tout au long de l'époque franque, l'existence de pratiques communautaires est certaine et elles subsisteront pendant tout le Moyen Age :

a) Il peut s'agir de véritables communautés paysannes du

type même de celles qu'auraient pratiquées les Francs. Ce sont à de pareilles communautés que remonteraient certaines dispositions des coutumes : la condition des colonges d'Alsace ou de la *Vesiau* pyrénéenne, les retraits de voisinage ou l'originalité du droit flamand.

b) Il peut s'agir également de la société de fait créée par la vie commune dans la maison de famille : *ostau* gascon, *lar* basque, hospice valaisan, *maelstede* flamand. Plusieurs générations y habitent ensemble et, après la mort de leurs parents, des frères ou des sœurs peuvent y demeurer.

Une institution comme la *laudatio parentum* — si fréquente dans les actes dès le XIe siècle — trouve une justification supplémentaire dans l'indivision existant entre les communiers. On rejoint par là l'institution de la copropriété à « mains communes » *(Gemeinschaft zu gesammter Hand)* bien souvent décrite par les auteurs allemands comme le type initial de communauté (p. 277).

L'importance donnée à la « maison » paraît plus grande dans des pays où la terre est rare et où la féodalité n'est pas parvenue à chasser les pratiques communautaires : dans les vallées pyrénéennes, par exemple, où Le Play devait découvrir la « famille-souche », dans le Valais où l'existence de la communauté commande tous les rapports familiaux.

Ailleurs, pour être moins nettes ou moins strictes, les pratiques communautaires n'en existent pas moins ; elles sont certainement fort anciennes et leur importance apparaît dans bien des règles du droit familial. Toutes les règles successorales tendent à assurer l'unité de la maison et sa transmission intégrale : ce qui peut aboutir à des règles différentes, soit à l'égalité de tous les indivisaires qui continuent la communauté, soit à l'autorité absolue de l'aîné comme dans le Béarn, soit même, comme en Basse-Bretagne ou à Lille, au droit du dernier né (p. 430), celui-ci demeurant avec ses parents après le départ des aînés.

Les facteurs religieux. — Pour l'évolution des dispositions à cause de mort, l'influence de l'Eglise sera décisive ; elle défendra toujours, contre la famille, une liberté de disposer qui permet à l'individu de la gratifier.

Saint Augustin recommandera aux fidèles de donner à l'Eglise et aux pauvres la même part qu'à un enfant. Saint Césaire dira que l'aumône, la « part du Christ », est le meilleur moyen d'obtenir la rémission des péchés.

Ces sentiments sont même si forts que l'acte à cause de mort va apparaître désormais, on l'a dit, comme une donation *pro anima* ; tous les préambules des actes l'expriment : l'aumône ouvre les portes du royaume des cieux. L'influence des idées chrétiennes donnera, à partir du VIIIe siècle, aux dispositions à cause de mort leur caractère propre :

a) La volonté du disposant importe plus que les formes : volonté exprimée ou même volonté tacite. Ce qui imposera, par exemple, aux exécuteurs, parents ou amis, de se substituer au défunt et d'accomplir *loco defuncti* les legs qu'il n'a pas eu le temps de faire.

b) L'homme prudent (ou le grand pécheur) n'attend pas d'être à l'article de la mort pour s'acquérir des mérites : de son vivant, il fait donation à l'Eglise dans les formes les plus solennelles. Si l'acte est bien, dans son esprit, un testament, il n'en a pas moins la forme d'une donation et il est, comme celle-ci, irrévocable.

c) Quant à la donation *pro anima*, elle apparaît désormais, avant tout, comme un acte religieux. Elle peut être faite au lit de mort, au moment de la dernière confession, le confesseur ne manquant pas — les actes eux-mêmes en portent le témoignage — d'exhorter les mourants à la générosité : l'*intestat* sera bientôt tenu pour un déconfès et parfois privé de sépulture chrétienne. Les conciles légifèrent sur les testaments et les capitulaires carolingiens donnent aux évêques la charge de veiller sur l'exécution des legs (cap. 790, BORÉTIUS, t. I, nº 95).

L'Eglise est, à l'époque, trop fréquemment spoliée par les puissants pour ne pas exiger que la restitution accompagne la confession ; de là, dans les consciences, une confusion du spirituel et du temporel qui conduit à faire de l'aumône le meilleur gage de salut. Les œuvres sont préférées à la foi.

La famille elle-même partage ces sentiments ; elle laisse faire, confirme la donation ou même se substitue au défunt si la mort l'a surpris.

Il faudra une véritable révolution de la théologie — dont Abélard paraît bien l'initiateur — pour que la contrition du pécheur paraisse plus nécessaire au salut que les aumônes et les pénitences. Ce n'est qu'au XIIe siècle que, la mentalité ayant changé, chevaliers ou bourgeois imposeront des règles coutumières précises indiquant ce qui est dû à Dieu et ce qui est dû aux parents.

ÉTAT DES QUESTIONS

L'étude du droit germanique présente ici encore les mêmes difficultés : les textes sont rarement étudiés pour eux-mêmes, mais en fonction de systèmes *a priori* dont il faut bien reconnaître qu'aucun n'est pleinement satisfaisant : outre les ouvrages bien vieillis de WASSERSCHLEBEN (1860-1864), HOMEYER (1860), LABAND (1861), SCHRODER (1863-1874), von AMIRA (1874), HEUSLER (1885-1886), von HALBAN (1899-1907), on peut retenir comme exprimant des thèses presque antithétiques : J. FICKER (cf. p. 27) ; H. BRUNNER, Kritische Bemerkungen zur Geschichte der Germ. Weibererbrechts, ZSS, *Germ.*, 1900, p. 1 ; Über den Germ. Ursprung des droit de retour, dans *Forsch. zur gesch. des deutschen und franz Rechts*, 1894, p. 676 ; *Abhandlungen zur Rechts geschichte*, Weimar, 1931, et *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2 vol., 2e éd., 1906-1928.

Sur les *parentèles*, le meilleur exposé demeure celui de A. FLINIAUX, *Le système des parentèles comme mode de dévolution de la succession « ab intestat »*, Paris, 1906. Le système fut exposé, dès 1798, par MAJER qui le fonda sur la communauté de sang ; il fut repris tout au long du XIXe siècle (en France par KLIMRATH, *Travaux sur l'histoire du droit français*, t. I, 1843, p. 591 ; KOENIGSWARTER dans *Revue législation et jurisprudence*, t. XIX, 1844, p. 388), mais critiqué par WASSERSCHLEBEN (1860) qui admet le système des trois lignes, descendants, ascendants et collatéraux, et par SIEGEL (1853) qui défend le système de la proximité de degré, par von AMIRA (1874) pour qui la succession comporte deux cercles : la maison *(Hausgemeinschaft)* où il n'y a pas de règle fixe, la *Sippe* où le plus proche en degré l'emporte. FICKER (t. II, p. 300) a essayé d'accorder leur part à chacun de ces systèmes : le système des parentèles serait apparu quand du cercle ample de la *Sippe* se serait détaché le cercle plus restreint des héritiers de la *Hausgemeinschaft*. FLINIAUX admet de son côté l'évolution inverse : les parentèles auraient désigné l'héritier dans la *Sippe*. La question a été reprise à propos de la représentation successorale (*infra*, p. 427) par R. BESNIER et P. PAILLOT. On peut encore consulter Al. GAL, *Der Ausschluss der Ascendenten von der Erbenfolge und das Fallrecht (Untersuchungen... Otto-Gierke)*, fasc. 172, Breslau, 1904 ; E. CHAMPEAUX, Les parentèles en Bourgogne et dans l'ancienne France avant la loi de nivôse an II, dans *TR* (Haarlem), t. VI, 1924, p. 251, qui admet l'apparition fortuite du système ; cf. aussi articles cités p. 453.

L'article de E. GLASSON, Le droit de succession dans les lois barbares,

dans *NRH*, t. IX, 1885, p. 584-638, est fort vieilli : il expose, par exemple, que « l'ancien système de successions des vieux peuples de la race indo-européenne se serait par certains côtés maintenu en Germanie », ce qui équivaut à mettre bout à bout un postulat et une hypothèse. Mieux vaut recourir à E. MAYER-HOMBERG, *Die fränkischen Volksrechte im Mittelalter*, 1912 ; SCHRODER, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgesch.*, 6e éd., 1922 ; SCHUPFER, *Il diritto privato dei populi germanici*, t. IV, 1909. Le livre de BESTA, *Le successioni*, 2e éd., 1961, est un simple schéma.

Sur la *Sippe*, en dernier lieu, K. KROESCHELL, Die Sippe im germanischen Recht, dans *ZSS*, t. LXXVII, 1960, p. 1-25. Sur l'édit de Childebert II, MEIJERS, Le décret d'Andernach de l'an 594, dans *TR*, t. X, 1930, p. 34-57, et *Etude d'histoire du droit*, 1956, p. 209, qui indique, contrairement à l'opinion courante, que cet édit a bien été appliqué (mais en Austrasie seulement) et qu'il a donné leurs caractères propres aux coutumes de cette région. Sur l'édit de Chilpéric, Franz BEYERLE, Das legislative Werk Chilperichs I, *ZSS Germ.*, 1961, p. 1-38.

Le *droit visigothique* fait l'objet d'une remarquable étude de G. BRAGA DA CRUZ, A successao legitima no codigo Euriciano, dans *AHDE*, t. XXIII, 1953, et *Boletim da Faculdade de Direito* (de Coïmbre), t. XXIX, 1954, p. 198-274. Egalement, K. ZEUMER, dans *Neues Archiv*, t. XXVI, 1901, p. 97, et, à propos du c. 327 du Code d'Euric, la discussion de l'opinion de GARCIA GALLO, *AHDE*, t. XIII, 1936-1941, p. 202, par Paulo MEREA, *Estudos de direito visigotico*, Coïmbre, 1948, p. 209-220. Cf. la bonne étude de G. SICARD, Recherches sur les dévolutions fractionnées du patrimoine successoral dans le droit du Bas-Empire et la législation visigothique, dans *Ann. Fac. Droit Toulouse*, 1955, p. 103-170.

Le meilleur exposé de la succession aux propres est celui de G. BRAGA DA CRUZ, *O direito de troncalidade e o regime juridico do patrimonio familiar*, 2 vol., Braga, 1941-1947. On hésite à affirmer que la notion de propre existe dans le tit. 59 de la Loi Salique après la critique persuasive de A. MARONGIU, *Beni parentali e acquisti nella storia del diritto italiano*, Bologne, 1937. L. SIZARET, *Essai sur la dévolution successorale ab intestat du Ve au Xe siècle dans les pays de l'ancienne Gaule romaine*, Dijon, 1951, dact.

Sur le *testament* deux ouvrages ont fait date : ceux de H. AUFFROY (cité, p. 477) et de R. CAILLEMER, *Origines et développements de l'exécution testamentaire (époque franque et Moyen Age)*, Lyon, 1901, à compléter par G. VISMARA, *Storia dei patti successori*, 1941 ; La successione voluntaria nelle leggi barbariche, dans *Studi... A. Solmi*, t. II, Milan, 1941 ; Appunto intorno alla heredis institutio, dans *Studi Besta*, 1938 ; Paulo MEREA, Sobre o testamento hispanico no seculo VI, *AHDE*, t. XVI, 1945 ; Estudos de direito visigotico, 1948, p. 105-119, et Sobre as origens do executor testamentario, dans *Anais da Academia Portuguesa*, t. II, 1940, p. 13-32 ; ROBERTI, Li origini dell'esecutore testamentario nella storia del diritto italiano, dans *Studi economico-giuridici... di Cagliari*, t. VI, 1913 ; DI TUCCI, *Nota sull' origine del testamento Longobardo*, Cagliari, 1922 ; LEICHT, Il testamento orale nei documenti preirneriani, dans *Studi medioevali*, t. I, 1928, p. 150. Excellentes synthèses de R. AUBENAS, *Cours d'histoire du droit*

privé, t. III : *Testaments et successions dans les anciens pays de droit écrit*, Aix, 1954 et de G. BOYER, La nature juridique de l'exécution testamentaire, *Mélanges*, t. I, p. 159-188.

Sur l'*affatomie* : outre les manuels classiques, R. SCHMIDT, *Die affatomie der Lex Salica*, Munich, 1891. Sur le *thinx* : SCHUPFER, Launegild e garethinx, dans *AG*, t. XXXI, 1855 ; Thinx e affatomia, dans *Memorie... dei Lincei*, IX[1], 1892 ; PAPPENHEIM, Liber die Rechtsnatur der altergermanischen Schenkung, dans *ZSS*, t. LXVI, 1933, p. 35-88.

De nombreuses thèses ont été consacrées à l'étude des testaments : en Provence, R. AUBENAS (1927), en Auvergne, L. BOURGON (1911), en Bourgogne, F. GUIGNARD (1907), dans le pays de Vaud, J.-F. POUDRET (Lausanne, 1955), c. r. G. CHEVRIER, dans *RHD*, 1958, p. 100-105, à Montpellier, L. de CHARRIN (1961), en Forez, Laurent BOYER, *Introduction à l'étude du testament forézien*, Mâcon, 1964 ; cf. p. 477.

Il faut mettre hors de pair les nombreux articles que G. CHEVRIER a consacrés à l'étude des origines du testament : Evolution de l'acte à cause de mort en Dauphiné du VIIe à la fin du XIe s., *SHDE*, t. I, 1948, p. 9-27 ; Les transformations du don « in extremis » dans le droit dauphinois du XIIIe s., *Etudes Noël Didier*, 1960, p. 37-47 ; L'évolution de l'acte à cause de mort dans les chartes de Cluny, *Congrès scientifique de Cluny, 1949*, Dijon, 1950, p. 204-209 ; et, plus spécialement pour la Bourgogne, Déclin et renaissance du testament, *MHDB*, 1943, p. 5-42 ; 1944-45, p. 69-116 ; La liberté de disposer en Bourgogne, *MHDB*, 1952, p. 242-251 ; pour l'Auxerrois : *MHDB*, 1948-49, p. 218-228 ; pour le Forez : *MHDB*, 1948-49, p. 228-243 ; pour Montbéliard : *MHDB*, 1958-59, p. 299-331 ; pour la Franche-Comté : *TR*, 1959, p. 1-35 ; 158-204.

Sur la *part du mort*, l'article classique demeure celui de H. BRUNNER, Der Todtentheil in Germ. Rechten, dans *ZSS*, t. XIX, 1898, p. 107 ; en outre, GAL, Totenteil und Seelteil nach Süddeutschen Rechten, dans *ZSS*, *Germ.*, 1908, p. 225 ; RIETSCHEL, Der Totenteil, dans *ZSS*, *Germ.*, 1911, p. 297 ; BRUCK, *Totenteil und seelgerät im griechischen Rechts*, Munich, 1926 ; SCHULTZE, *Augustin und der selteil*, Leipzig, 1928.

Il existe certes — notamment en matière de mariage — bien des exemples d'adaptation par l'Eglise d'usages païens, mais à vrai dire rien n'établit une filiation entre la « part du Christ » et la « part du mort ».

Les travaux de MEIJERS, *Le droit ligurien de succession en Europe occidentale*, 1928-1932 ; *Het Ligurische erfrecht in de Nederlande*, 1929-1932 ; Le droit ménapien, dans *TR*, 1950, p. 5, ont provoqué de nombreuses discussions : cf. H. MEYER, dans *ZSS*, 1930 ; J. de CASTRO, dans *AHDE*, t. IX, p. 444, et surtout CHAMPEAUX, dans *RHD*, 1931, p. 80 et 1932, p. 129 ; cf. aussi *supra*, p. 27.

En fait, si l'on renonce à parler de droit « ligurien » (ce qui n'est qu'une hypothèse) les arguments de MEIJERS demeurent.

1) En bien des régions (Flandres, Valais, Pyrénées), la dévolution successorale est liée avant tout à la « maison », c'est-à-dire à une communauté étroite dont la transmission (intégrale) importe avant tout. En fait, on constate bien des similitudes entre le droit de régions très diverses. La trans-

mission de la maison détermine le régime matrimonial (cf. p. 280) mais surtout la succession.

2) De ce fait, le régime successoral a des traits caractéristiques qui l'opposent à la fois au système romain et au système germanique :

a) La succession « est régie par l'idée d'une copropriété entre le père ou la mère et ses descendants. Dans cette copropriété, tous les enfants d'un même mariage comptent ensemble pour une même personne ». Le père peut donner sa part à un enfant majeur en le mettant hors de la communauté (cf. la disposition de la Loi des Burgondes citée p. 68) : c'est l'émancipation. Dans le cas de second mariage du père ou de la mère l'ensemble des enfants reçoit la moitié de la communauté. Au cas de concours d'enfants de divers lits on partage également par mariage (par « ventre » ou par « souche ») : ce qui explique la singularité de coutumes (Bayonne) qui admettent plusieurs premiers-nés si le père s'est marié plusieurs fois et aussi, vraisemblablement, le douaire des enfants.

b) La règle *paterna paternis* est appliquée à tous les biens : c'est le principe du retour, bien connu du droit coutumier dont les modalités sont liées au régime matrimonial. Si la femme, par exemple, n'a aucune part dans les acquêts, ceux-ci sont considérés comme propres paternels (à Gênes, en Valais, en Auvergne).

c) La succession va aux parents du même degré : aux cousins germains et non aux grands-parents ou aux oncles et tantes : c'est le principe du pareil degré qui impose que « les biens ne remontent pas ».

d) Le principe de représentation est admis aussi bien en ligne directe qu'en ligne collatérale : la conséquence est une division par souches et non par têtes : ce qui existera en Artois, en Flandres, à Toulouse, dans le Valais, mais aussi en Bretagne et en Bourgogne.

Le système paraît avoir au moins une âme de vérité. D'abord, les permanences constatées concernent les régions écartées ou montagneuses (nous pourrions ajouter aux exemples cités par MEIJERS de nombreux exemples pyrénéens et ce que l'auteur dit d'une race « alpine » nous paraît tenir simplement au fait bien connu des archéologues que les montagnes sont devenues, lors des invasions, des refuges). Le même phénomène existe pour d'autres institutions (cf., pour le retrait lignager, t. II, p. 408). Il est certain, d'autre part, nous l'avons dit, que la règle *paterna paternis* n'est ni romaine ni germanique et que l'exclusion successorale des ascendants pose un problème insoluble. A la qualification de ligurienne nous préférons seulement celle de pré-romaine, voire de celtique ; mais il est répondu par avance que les Gaulois de César « ne sont plus des Celtes purs mais qu'ils ont emprunté beaucoup en cinq siècles de domination aux peuples assujettis». En revanche, bien des règles que MEIJERS rattache au droit ligurien peuvent venir tout simplement — comme il l'indique lui-même — de l'institution de la communauté de maison.

Surtout, on peut faire à la thèse un reproche premier : pratiquer la méthode qu'on peut appeler du « résidu » (ce qui n'est ni romain, ni germanique est forcément pré-romain) et, d'autre part, admettre un postulat : rien dans le monde juridique ne se crée ; tout a une origine proche ou loin-

taine. Ce qui aboutit à dire que le droit est par essence conservateur (le droit d'une majorité soumise revient forcément à la surface ; dans les régions rurales on peut remonter en partant du XVIIIe siècle « aussi loin que l'on voudra » : le droit de succession reste identique à lui-même).

Le *cheminement du droit romain* a été étudié spécialement par J.-F. LEMARIGNIER, Les actes de droit privé de saint Bertin au haut Moyen Age, survivance et déclin du droit romain dans la pratique franque, dans *RIDA*, t. V (*Mélanges F. de Visscher*, t. IV), 1950, p. 51, et par J. GAUDEMET, Survivances romaines dans le droit de la monarchie franque du Ve au Xe siècle, dans *TR*, 1955, p. 149-206. Ces études permettent de constater combien rares sont les indications des actes en ce qui concerne le droit successoral.

Sur la *féodalité*, on comparera pour l'Italie : C. G. MOR, *L'Eta feudale*, 2 vol., Milan, 1952, et le remarquable c. r. de J. YVER, dans *RHD*, 1954, p. 436-443 ; et pour les pays de tradition germanique, P. W. A. IMMINK, *At the roots of medieval society*, Oslo, 1958 (qui insiste sur le rôle des « petites communautés » d'origine germanique).

Sur l'importance de la *maison valaisane* : G. PARTSCH, *Das Mitwirkungsrecht der Familiengemeinschaft im älteren walliser Recht*, Genève, 1955, et le c. r. de G. CHEVRIER, dans *RHD*, 1958, p. 95-99 : ce livre a le très grand mérite de bien distinguer lignage et maison ; il dissocie — comme on l'a fait, t. II, p. 408 — *laudatio* et retrait, mais rattache la *laudatio* à la communauté de biens jusqu'à en faire l'exercice d'un droit de copropriété (cf. p. 61).

Les *dettes du défunt* posent un problème connu : l'héritier continue-t-il la personne du défunt et est-il tenu *in infinitum* ? Une telle conception répond bien à la solidarité familiale, les vivants payant pour les morts, et elle paraît admise par la Loi Salique (tit. LXV de la *lex emendata*) comme par la Loi Ripuaire (tit. 67) pour le payement du *wergeld* (dû à la fois par les fils et par les autres parents).

Pour les dettes contractuelles, elles paraissent demeurer, au contraire, la charge des biens et l'héritier n'en est tenu que *pro viribus* ou *cum viribus*. La dette n'est pas conçue comme un lien personnel et l'idée de patrimoine, trop raffinée pour l'époque, fait défaut. La loi des Visigoths reconnaît même le droit de l'héritier de faire cession de biens aux créanciers (IV, 5, 1 ; VII, 5, 8) et concernant, peut-être, les légataires (V, 6, 6).

A vrai dire pourtant, aucun des textes allégués n'est parfaitement net. La Loi des Ripuaires, par exemple, paraît mettre sur le même pied le *wergeld* et les autres dettes ; quant à la loi des Visigoths, elle oppose la situation des fils à celle des autres héritiers — ce qui n'est pas sans rappeler le droit lombard qui admet l'obligation indéfinie des fils du défunt.

Chapitre V

LES PRINCIPES DU DROIT COUTUMIER

Il n'y a pas de matière où les solutions des coutumes soient plus disparates et paraissent souvent plus étranges. La dévolution successorale dépend ici de la qualité des personnes, là de la nature du bien. Toutes les règles successorales sont diversement comprises et diversement appliquées : la représentation, par exemple, est parfois totalement ignorée (Artois) ; parfois, elle ne concerne que les propres (Tournai) ou les non-nobles (Vatan) ou les seules successions directes (Senlis, Blois) ; si elle existe en ligne collatérale, elle peut être restreinte aux neveux (Paris) ou étendue aux cousins germains (Bourbonnais) ou même admise à l'infini (Touraine, Anjou) ; elle peut ne concerner que les meubles (Normandie) ou les biens roturiers (Reims). De même, les coutumes qui admettent le privilège du double lien l'appliquent d'au moins huit manières différentes.

Dès le XVIe siècle, cette diversité devint objet de scandale ; « le bon sens ne pouvant souffrir une si grande bizarrerie », on s'étonnait que l'on souffre en France « des coutumes aussi barbares » (Bretonnier, 4e éd., t. II, p. 191) et l'appel au droit commun coutumier n'eut d'autre objet que de réduire l'originalité de règles jugées « odieuses » (*supra*, p. 13).

Pourtant la singularité des coutumes était chargée d'histoire. Plutôt que de les recenser ou de les classer, il faut les comprendre et pour cela les ramener aux idées qui inspirent la dévolution successorale.

Famille et succession. — En droit moderne, la transmission de la succession est fixée par la loi et on donne pour fondement à celle-ci soit le « devoir moral et social qui incombe à

chacun envers ses proches » (VIALLETON, *Les successions*, 1963, p. 12), soit la volonté présumée du défunt. On rejoint par là la tradition romaine et la prépondérance qu'elle a toujours reconnue au testament.

Pour le droit coutumier, au contraire, l'individu ne compte guère et la volonté d'un testateur est toujours suspecte. Pour une société éprise d'ordre et de stabilité, la famille seule est permanente. La solidarité qui existe entre parents leur impose de défendre en commun leur vie et leur honneur mais aussi leurs biens. Dans cette vue des choses, l'individu n'a plus sur son patrimoine qu'un pouvoir transitoire ; les droits de la famille existent avant les siens et sa mort, plus qu'une succession, ouvre un « retour » des biens à leur origine.

Ainsi s'établit une correspondance presque mystique entre la terre et la famille : toutes deux jouissent de la même perpétuité et chaque famille est comme « enracinée » sur la terre dont souvent elle porte le nom. Ces sentiments, très vifs dans les familles nobles, ne le sont pas moins dans les familles paysannes et bien des traits de mœurs en montrent l'importance : les gens « quittent rarement la terre de leurs ancêtres » et gardent le souvenir de leurs aïeux ; le « cousinage » est largement pratiqué et le chevalier garde, a-t-on dit, une mentalité d'héritier (G. DUBY, *La société aux XIe et XIIe siècles dans la région mâconnaise*, 1953, p. 415-420). Le mariage même doit être un moyen d'accroître son fief ou son champ et non de le partager ; « on se marie peu dans la noblesse » (G. DUBY) ; l'héritière est recherchée tandis que la discipline familiale est souvent assez forte pour interdire le mariage aux cadets ou aux filles. Pour eux les monastères ou les chapitres seront un refuge commode et le népotisme ecclésiastique ne sera qu'une manifestation de l'esprit de famille.

Ces idées sont, au XIIe siècle, communes à toutes les coutumes ; et elles inspirent le droit matrimonial comme le droit successoral (p. 33) ; pour celui-ci, elles peuvent être mises en œuvre de façon assez différente. Le maintien du patrimoine peut être réalisé par l'existence d'une communauté familiale (qui peut, d'ailleurs, assurer soit l'égalité des membres, soit l'autorité d'un chef). Les modernes parlent alors de *coutumes*

communautaires. Au contraire, les droits de lignage peuvent ne s'embarrasser d'aucune pratique communautaire : la vocation héréditaire est liée à la parenté et non à une quelconque communauté de vie ou d'intérêt : on parle de *coutumes lignagères* ou *parentélaires*.

Cette première distinction tient à l'histoire et elle permet de percevoir un premier clivage entre le Nord et l'Ouest — qui appartient au premier fond coutumier. Mais la vocation successorale touche de trop près aux préoccupations politiques pour ne pas avoir subi l'influence des idées féodales. Comme il est normal, cette influence sera plus nette dans les régions où la féodalité est puissante et sur le droit des hautes classes, nobles et chevaliers ; mais elle se propagera par l'imitation et se conjuguera souvent avec les préoccupations familiales. Vers le XIVe siècle, les idées politiques des premiers âges féodaux feront place à des conceptions sociales plus diffuses ; on parle plutôt alors d'*idées nobiliaires*, qui marqueront le droit de la fin de l'Ancien Régime et qui seront particulièrement nettes au XVIe siècle lors de la rédaction des coutumes.

COUTUMES COMMUNAUTAIRES ET COUTUMES PARENTÉLAIRES. — Le système des parentèles (p. 366) fournit de la famille l'image simple d'un arbre : la supputation de la parenté se fait non pas par degrés mais par lignes ; la *souche* représente l'origine, le tronc d'où est issue la famille et qui se divise en *tiges* et en *branches*, celles-ci faisant *fourche* avec le tronc se divisant à son tour en *rameaux* constituant l'ensemble du *branchage*, mot qui est pris comme synonyme de lignage.

Les coutumes qui sont avant tout préoccupées de respecter les liens du sang vont suivre exactement ce schéma. Ainsi, les coutumes de l'Ouest — dont le type le plus parfait et le mieux connu est la coutume de Normandie — sont essentiellement parentélaires : pour elles, comme l'indique M. Yver (*RHD*, 1952, p. 37), le propre de la dévolution successorale c'est que les biens « descendent » *quasi ponderosum quid*, comme tomberait quelque chose de pesant ; dans chaque parentèle, les biens « descendent » aux enfants et aux petits-enfants d'abord, ensuite aux descendants du père, frères ou neveux, à défaut aux descendants du grand-père, oncles ou cousins germains, et

ainsi de suite en prenant successivement toutes les parentèles. La *Summa* normande (XXIII, 10) indique qu'il faut remonter à la souche du bien, *ad stipitem*, pour appeler à la succession tous ceux qui descendent de lui : ce qui aboutit à un système de représentation à l'infini.

Rien, au contraire, dans ces coutumes ne révèle une tradition communautaire : elles ne connaissent ni l'exclusion des filles dotées, ni même le partage par lits, la Normandie ignorant même la communauté de biens entre époux (*supra*, p. 254).

Des tendances exactement opposées existent dans les coutumes du groupe picard-wallon qui sont « très fortement communautaires » (YVER, *TR*, 1953-54, p. 199) et admettent très largement la « fusion de biens provenant de lignages différents au sein de la communauté domestique ». Les enfants sont en communauté avec leurs parents ; si le père ou la mère vient à mourir, la communauté est parfois liquidée par la « dévolution » de tous les biens aux enfants (cf. p. 399) ; à tout le moins, on procède entre enfants à un partage par lits. L'enfant qui quitte la maison, la fille mariée, par exemple, perd tout droit dans le patrimoine familial et doit s'en tenir à la dot reçue. Enfin, la représentation est inconnue : elle ne fait pas partie de « la structure profonde de la famille ». Comme le dit encore M. Yver, ces coutumes sont « plus préoccupées d'assurer les droits du petit groupe de gens qui vivent ensemble dans le ménage que de conserver ceux des membres qui l'ont quitté ». Le droit picard ou wallon trahit les aspirations des habitants des villes, moins attachés à la conservation des immeubles, ou celles des habitants des campagnes, encore sous la crainte de la mainmorte : en somme, un esprit bourgeois et paysan qui conduit à organiser la succession dans le cadre de la communauté familiale (p. 10 et p. 63).

DROIT DES FIEFS ET DROIT DES NOBLES. — L'emprise féodale se surimposa, croyons-nous, aux règles originaires et accentua les divergences des coutumes. Dans le Nord, le droit des fiefs demeura comme à l'écart du droit des roturiers et des bourgeois. Dans tout l'Ouest, au contraire, et spécialement en Normandie, le fief apparaîtra comme le propre par excellence et sa dévolution servira de modèle.

L'idée féodale est de garantir les droits du seigneur et,

partant, d'éviter le partage du fief et elle s'exprime dans le droit d'aînesse et dans le privilège de masculinité (t. II, p. 141). L'aîné, en même temps qu'il devient le maître des biens, est le chef désigné de la famille et son autorité sur ses frères sera d'autant plus grande que la féodalité sera plus puissante ; l'indépendance des puînés et le morcellement des fiefs annoncent, au contraire, sa ruine.

Mais, au moins à partir du XIVe siècle, les aînés vont se prévaloir d'une autre idée : le maintien du patrimoine garantit la « splendeur des familles » et l'aînesse apparaîtra comme la sauvegarde de l'ordre social. Les idées nobiliaires ou aristocratiques prennent le relais des anciennes préoccupations féodales et elles inspireront même les attitudes des grands bourgeois.

Ces perpétuelles interférences du politique et du social rendent difficile d'exposer parfaitement le droit successoral.

a) Une seule règle est certaine : tandis qu'en droit romain ou en droit moderne la succession concerne le patrimoine du *de cuius* dont l'héritier continue la personne, pour le droit coutumier, au contraire, à la mort d'un individu, son patrimoine se désagrège et chaque bien va suivre sa loi propre de dévolution. Loysel (nº 313), faisant allusion au pécule *castrens*, pouvait dire : « Les Français, comme gens de guerre, ont reçu divers patrimoines et plusieurs sortes d'héritiers d'une même personne. »

b) Les coutumes règlent longuement la dévolution des propres qui sont essentiellement les biens des ancêtres (ou avitins, cf. la *terra aviatica* de la Loi Ripuaire), et qui doivent normalement faire retour à la famille. Sur les acquêts, la famille n'a rien à prétendre et il en sera de même, à raison de leur peu de valeur, des meubles : de ce fait, les règles de dévolution coutumières seront moins nettes et elles subiront vite l'influence romaine. Quant à la dévolution des fiefs, elle ne peut être réalisée au mépris des droits du seigneur et les coutumes durent concilier ceux-ci avec les intérêts des familles : d'où la diversité des solutions que devait atténuer la rédaction des coutumes.

c) On pourrait donc — comme on a coutume de le faire — exposer successivement la dévolution des diverses catégories

de biens : propres, fiefs, meubles et acquêts ; mais, outre que cette distinction n'a pas partout la même portée, on se heurte aussitôt à une difficulté qui paraît essentielle.

Plus que la nature du bien, c'est la condition de la personne qui détermine les règles de dévolution. Il en est ainsi dans l'Ouest et spécialement en Anjou, Touraine et Maine (YVER, *RHD*, 1952, p. 26) et il a dû en être de même anciennement dans le droit parisien. En Normandie, comme l'a suggéré M. Yver (Les caractères originaux de la coutume de Normandie, dans *Mém. Ac. Caen*, t. XII, 1952, p. 305-356), la coutume, quand elle s'est « cristallisée », n'a pris en considération que le droit des nobles : l'exclusion des filles et, dans le pays de Caux, l'aînesse s'appliquant aussi bien aux roturiers qu'aux nobles (cf. p. 9).

Même à la veille de la Révolution, les règles concernant les successions féodales s'appliquent soit aux fiefs même tenus par des roturiers (Paris, Orléans, Picardie, Artois), soit aux nobles tenant fiefs (Berry, Marche, Bourbonnais, Auvergne, Nivernais ; cf. MAILLET, *RHD*, 1959, p. 457), soit à tous les biens même roturiers tenus par des nobles.

LA MAINMORTE. — Le droit des successions s'est enfin heurté à la prétention des seigneurs de retenir pour eux toute succession : c'est le droit de mainmorte qui concernait non seulement les « dépendants », *servi* comme colons ou affranchis, mais les hommes libres et même les habitants des villes comme Orléans ou Bourges.

Largement attesté au XIe siècle, sauf dans l'Ouest (P. PETOT, *RHD*, 1940-41, p. 275-309), ce droit est nettement battu en brèche dès le siècle suivant : il ne concernera plus que les meubles et les héritiers collatéraux et même, ainsi atténué, il ne grèvera plus que les serfs. Il en restera parfois des traces, comme le payement d'une taxe au seigneur pour « racheter » la succession (BEAUMANOIR, n° 1452), la nécessité pour l'héritier de lui demander d'être mis en saisine ou l'exclusion des enfants qui avaient quitté la maison paternelle (A. C. Champagne, art. 65). En Hainaut et en Flandre, le seigneur vient prendre, au décès de son serf, le meilleur meuble ou la meilleure tête de bétail : c'est le droit de *meilleur catel*.

Même atténuée, la mainmorte demeurera pendant tout le Moyen Age la marque la plus nette de la condition servile : le droit de succession des frères et des sœurs sera péniblement admis (MASUER, *Practica*, XXXIII, 20), de même que le droit de la femme à son douaire. On n'admit ni le droit des collatéraux, ni la possibilité pour un serf de faire un testament. La famille du serf est, d'ailleurs, moins étendue et moins cohérente que celle de l'homme libre ; en revanche, la pratique des communautés taisibles, encore décrites par Guy Coquille, est générale au Moyen Age (BEAUMANOIR, n° 625). Les paysans mettent par un accord tacite (taisible) tous leurs biens en communauté, ils demeurent ensemble « à un pain et à un pot » ; l'un d'eux, appelé parfois chef de chanteau, administre et représente la communauté. Quand l'un des parsonniers meurt, il n'y a pas de succession mais seulement accroissement au profit des survivants (cf. p. 63).

PLAN. — Cet enchevêtrement de règles tantôt personnelles et tantôt réelles conduit à adopter le plan même qu'adoptent les plus anciens auteurs coutumiers en opposant la « descendue » directe à l' « échoite » collatérale, et qui a le mérite de dépouiller toute abstraction.

1) Si le défunt laisse des descendants, ceux-ci héritent normalement de tous ses biens, quelle que soit leur nature. Mais de nombreuses règles contreviennent au principe d'égalité : aînesse, masculinité et aussi représentation et double lien (section I).

2) Si, au contraire, la succession revient à des collatéraux, toute la dévolution est inspirée par la règle *paterna paternis* qui impose le retour des propres à la famille (section II).

3) Enfin, la succession des ascendants pose un problème souvent exprimé par la règle « Propres ne remontent » (section III).

La transmission des biens successoraux est liée à la théorie de la saisine ; mais les dettes sont la charge normale du patrimoine qui disparaît avec le décès : d'où la difficulté d'assurer leur transmission et d'en répartir la charge entre les divers héritiers (section IV).

SECTION I. — La succession des descendants

Les biens du défunt reviennent normalement à ses descendants ; ils sont les continuateurs naturels de la famille et ils héritent de tous les biens sans qu'il y ait lieu de distinguer pour eux entre propres et acquêts.

L'égalité des enfants demeure la règle, au moins pour les roturiers (BEAUMANOIR, n° 466) ; mais elle se heurte à toutes les idées de l'époque : féodales puisque le fief ne doit pas être fractionné, nobiliaires puisque tout partage implique une dispersion du patrimoine, antiféministes puisque les filles quittent en se mariant leur famille. En outre, l'idée de représentation est moins simple qu'il nous paraît : le petit-fils ne prend pas forcément la place de son père prédécédé.

L'originalité des coutumes apparaîtra dans les solutions qu'elles vont donner à ces diverses questions : nulle part n'apparaîtra mieux l'opposition des coutumes « communautaires » et des coutumes « féodales ».

LA REPRÉSENTATION. — Les coutumes paraissent avoir admis anciennement comme une règle normale que la succession des parents se partageait entre les seuls enfants vivants (les oncles excluant ainsi leurs neveux, fils de leur frère prédécédé). Ce serait, par exemple, le sens de la lutte célèbre qui opposera Jean sans Terre à son neveu Arthur de Bretagne (VILLERS, *RHD*, 1949, p. 562-598) comme de l'affirmation des coutumiers normands (*T. A. C.*, XII, 1) que « les frères sont plus près de l'héritage de leur père que les neveux ». Mais, sans doute ne s'agissait-il que de la représentation de l'aînesse à laquelle répugnait le droit féodal puisqu'elle aboutissait normalement à transmettre le fief à un enfant qui ne pouvait le servir plutôt qu'à son oncle.

a) En fait, il était dans la logique des coutumes parentélaires d'assurer la descente des biens aux petits-enfants et même de faire représenter le fils aîné par son premier fils (GÉNESTAL, *NRH*, 1921, p. 670). En Normandie, c'est apparemment chose faite à l'époque de la *Summa* (1235) et l'on admet même la petite-fille à représenter son père. Toutes les

coutumes de l'Ouest seront des coutumes de représentation à l'infini et cela même est une conséquence normale du comput par parentèles : la succession « descend » dans la souche ; elle n'est pas attribuée au successible le plus proche mais à tous ceux qui proviennent d'un même ascendant. Le petit-fils est de la même souche que ses oncles et il concourt forcément avec eux ; il n'est pas besoin, comme en droit romain, de faire appel à une fiction ou à une subrogation (cf. p. 391).

La représentation à l'infini est également admise en Auvergne (cout. 1459, VII, 19 ; cf. J. MAILLET, *MHDB*, 1946-47, p. 101-123 ; J. BART, p. 271). On la retrouve dans les coutumes flamandes, à Saint-Omer et dans le nord de l'Artois.

b) La représentation des enfants (mais non des collatéraux) est également admise dans un groupe très homogène de coutumes de l'Est (Alsace, Lorraine, Brabant, pays entre Rhin et Meuse) et Meijers a conjecturé que c'était là le souvenir de l'édit de Childebert II (*supra*, p. 385) dont ces pays constituaient justement le royaume.

c) Au contraire, les coutumes du Nord sont hostiles à la représentation même en ligne directe. On ne l'admet ni pour les successions féodales en Hainaut et Cambrésis ni pour la succession au comté de Flandre jusqu'en 1320. Pour les successions roturières, les coutumes picardes et wallonnes l'ignorent anciennement et elle ne sera introduite qu'en 1296 à Lille et en 1574 à Cambrai. Certaines coutumes (Boulenois, art. 77) l'ignorent toujours. La tradition franque paraît ici très nette et elle est maintenue par la pratique certaine des communautés familiales. A la mort d'un des fils, la communauté continue entre les survivants sans que les petits-enfants y participent — à moins que par un acte exprès ils aient été introduits dans la communauté.

d) Les mêmes traditions ont dû jouer anciennement dans l'Ile-de-France, en Champagne et en Vermandois : Olivier-Martin (t. II, p. 383) y voyait une conséquence de l'exclusion des enfants dotés ; mais celle-ci ne paraît que l'application d'un principe plus général (*Olim*, t. II, p. 98) que l'on doit lier à la pratique des communautés familiales (*Grand Coutumier*, p. 365).

Très vite, la pratique des rappels à succession permit de faire concourir les petits-enfants avec leurs oncles survivants.

Lors de la rédaction, les commissaires royaux introduisirent partout où ils le purent (parfois même à la demande des gens du pays : cf. FILHOL, *Chr. de Thou*, p. 226) la représentation des enfants, ce qui devint le système de droit commun. On admet également que les petits-enfants succèdent par souche et non par tête. C'est ce qu'expriment deux maximes de Loysel : « Jadis représentation n'avait point lieu ; maintenant elle est reçue quasi partout en ligne directe » (n° 306) et « en succession tant directe que collatérale dedans les termes de la représentation on succède par lignes et hors les termes de la représentation par têtes » (n° 309). L'ancienne règle, dans le Nord où elle subsista, assurait une meilleure discipline familiale : les enfants qui se mariaient sans l'accord de leurs parents n'étaient pas rappelés par ceux-ci à leur succession (tandis qu'ils auraient pu invoquer la représentation). Comme le dira Du Moulin, « les coutumes de ce genre ont une justification en ce que les enfants n'osent pas contracter mariage et engendrer des petits-enfants sans le consentement de leurs parents qui peuvent les habiliter à succéder ».

Une dernière difficulté concerne la représentation de l'aînesse. La coutume de Paris admet que le fils ou même la fille du fils aîné peut prendre sa part d'aînesse (art. 324 ; *Olim*, t. III, p. 1230) ; et la solution sera reprise par le droit commun. Mais la portée ainsi donnée à la représentation paraît bien la conséquence de la fiction romaine qui attribue au représentant la place du représenté. Les coutumes les plus archaïques — celle de Hainaut, par exemple — sont hostiles même aux petits-fils : le frère et même la sœur du défunt font mieux l'affaire du seigneur qu'un enfant en bas âge. En Normandie, au contraire, on l'a vu, la question fit difficulté (*Summa*, XXIII, 3) ; la tendance est assez favorable à la représentation pour qu'on tienne l'exclusion du petit-fils pour une « mauvaise coutume » qui, quoique conforme à la logique féodale, heurte le droit romain (BESNIER, *Représentation*, p. 118-124).

Les droits des descendants par les femmes sont pareillement fort controversés. Beaumanoir (n° 501) leur est favo-

rable, mais dans l'opinion courante ils doivent venir de leur chef et non par représentation de leur mère. Ce sera une question classique de la jurisprudence des Parlements que de combiner la masculinité et la représentation.

LES SUCCESSIONS PAR LITS. — Dans le cas où le père ou la mère se sont remariés, la notion de propre aurait dû suffire à éviter toute difficulté ; chaque enfant venant dans sa ligne suivant la règle reprise par l'article 733 du Code civil, les germains auraient dû « prendre part dans les deux lignes », les utérins et les consanguins ne prenant « part que dans leur ligne ». Telle est bien la solution des coutumes de l'Ouest qui maintiennent toujours entre les enfants de divers lits une égalité parfaite. Ni en Normandie, ni en Bretagne, ni dans le groupe des coutumes de l'Ouest, il n'y a trace d'un privilège accordé aux enfants du premier lit (YVER, *RHD*, 1948, p. 173).

Au contraire, les coutumes du Nord — wallones ou flamandes — demeurent dans la logique du système communautaire. Elles admettent comme principe absolu que la mort du père ou de la mère doit provoquer la liquidation de la communauté familiale : d'où le partage par lits ou, comme on dit, par « ventrées ». Dans tout le pays wallon la solution est radicale et elle dépend du régime matrimonial propre au pays. A Tournai et en Flandre, où l'on pratique la communauté universelle, les enfants du premier lit ont droit à la moitié de la communauté, propres compris, mais restent en communauté avec le survivant pour l'autre moitié (qui se partage ainsi par tête entre tous les enfants). En Artois, de même que le ravestissement (p. 252) confère à l'époux survivant tous les biens du mariage, tous les biens reviennent par succession aux enfants du premier lit. Dans le pays de Mons et à Louvain on admet le système plus rigoureux encore du droit de « dévolution » que Louis XIV devait invoquer du chef de sa femme : tous les biens du ménage sont attribués immédiatement aux enfants en même temps que tous les propres du survivant sont frappés d'indisponibilité.

Pour les coutumes du groupe parisien, il reste quelques traces d'un partage par lit (*Jost.*, VI, 18 ; X, 21 ; XII, 6) et,

tout au moins pour les nobles, des arrêts (*Olim*, t. I, p. 450, 1259 ; p. 730, 1268) attestent que les propres de la mère remariée étaient frappés d'indisponibilité et attribués en totalité aux enfants du premier lit. On admit également le partage par douaire : les propres paternels, grevés du douaire de la première femme, sont réservés en entier aux enfants du premier lit et frappés d'une indisponibilité absolue, c'est le douaire des enfants qui persistera jusqu'au XVIIIe siècle à Paris et Orléans et qui aboutit à un partage par lits (p. 273).

D'autres coutumes admettent l'égalité entre les lits quel que soit le nombre d'enfants de chacun d'eux : ce système existe en Bourgogne, au moins jusqu'en 1459, en Franche-Comté (III, 45), en Bourbonnais (XII, 5), en Lorraine et en Valais. Il paraît bien y être fait allusion dans le for de Béarn (art. 268).

L'EXCLUSION DES FILLES. — L'hostilité aux filles vient de loin (p. 368) ; elle sera plus grande encore au Moyen Age. Mais si toutes les coutumes marquent les mêmes tendances, elles les justifient différemment :

1) Pour les coutumes communautaires, l'exclusion concernera essentiellement les filles dotées qui lors de leur mariage ont quitté leur famille ; ainsi en Picardie et en Flandre, ainsi encore dans la région parisienne, en Auvergne, en Bourbonnais et même en Maine, Anjou et Touraine (*infra*, p. 490). Le clivage des coutumes s'établira sur l'idée d'égalité plus ou moins grande des héritiers.

2) Pour les fiefs, il est admis que les femmes ne peuvent pas normalement les « servir ». Les *Libri feudorum* (I, 1, 3, 8) et, plus nettement encore, les coutumes, admettront le privilège de masculinité qui, sous sa forme la plus atténuée, implique « qu'en la même ligne, les mâles excluent les femelles étant en pareil degré » (LOYSEL, nº 621).

A l'origine chaque fief a presque son régime propre et l'on a distingué les fiefs masculins qui, tel le royaume, ne peuvent échoir qu'aux mâles et les fiefs féminins auxquels peuvent succéder les femmes ; mais celles-ci ne sont pas, pour autant, mises sur le même pied que leurs frères. Dans le Nord il est fréquent que la fille soit préférée au frère du défunt mais écartée

par le fils de celui-ci (BOUTILLIER, tit. 78). Le droit parisien fait concourir les filles et les fils puînés mais il admet le privilège de masculinité en ligne collatérale.

Le droit normand va plus loin encore ; il est « tout mâle » aussi bien pour les fiefs que pour les roturiers ; les filles sont toujours exclues par leurs frères. Non mariées, elles doivent rester sous la garde de leur frère aîné et ne peuvent demander qu'un « mariage avenant ». La même règle se retrouve en Wallonie. Dans les coutumes de l'Ouest, au contraire, on fait une distinction entre nobles et roturières : pour celles-ci l'égalité est la règle ; les filles nobles, au contraire, doivent s'en tenir à leur dot.

LE DROIT D'AÎNESSE. — De toutes les règles successorales anciennes, le droit d'aînesse est la plus connue et celle qui — au XVIIIe siècle — sera la plus contestée. Montesquieu, l'abbé Raynal, Voltaire parleront de l' « injuste droit d'aînesse », du « droit absurde de la primogéniture » et de nombreux cahiers de doléances en demanderont la suppression. En fait, l'aînesse était devenue un mot aussi vague que celui de « féodalité » et on y englobait tout ce qui « blessait l'égalité des enfants ».

On enseigne généralement que l'aînesse ne concernait que les fiefs et qu'elle est apparue à propos de leur dévolution ; mais elle convenait si bien à l'état social que les coutumes les plus féodales — mais aussi, croyons-nous, bien des coutumes roturières ou même serviles — l'admirent pour toutes les successions. Elle répondait, d'autre part, aux tendances aristocratiques et beaucoup de testaments eurent pour premier objet de « faire un aîné ».

1) La plus ancienne justification de l'aînesse est tirée d'une idée strictement féodale déjà indiquée : le fief ne doit pas être partagé. Si la succession ne comporte qu'un fief, il est attribué à l'aîné qui paraît mieux à même de le « servir ». Si, au contraire, la succession comporte plusieurs fiefs, chacun de ceux-ci est attribué à un héritier distinct ; l'aîné pourvu, les puînés viennent à leur tour prendre un fief ; il en est ainsi dans le Nord (BOUTILLIER, tit. 76) comme dans le royaume de Jérusalem (MEYNIAL, *RHD*, 1892, p. 408). En Normandie, le même système a prévalu au XIIe siècle, imposé peut-être par une loi anglo-

normande (GLANVILLE, VII, 3, fait allusion à un *jus Angliae*). L'aînesse dite absolue devait se maintenir pour les fiefs titrés et aussi comme règle générale dans l'Est, en Hainaut (Noël DIDIER, *Le droit des fiefs dans la coutume de Hainaut*, 1945) et dans le pays de Caux.

Dans la plupart des coutumes l'aînesse est seulement relative. Les considérations familiales l'emportent sur les idées féodales :

a) L'aîné n'a droit qu'à une part supérieure à celle de ses frères ; les deux tiers de la succession dans l'Ouest, les deux tiers (s'il n'y a qu'un puîné) ou la moitié (s'il y en a plusieurs) à Paris, les quatre cinquièmes en Artois, les trois quarts en Bourbonnais et en Auvergne.

b) Certaines coutumes accordent à l'aîné un préciput, par exemple le « principal manoir » et l'enclos qui l'entoure (le « vol du chapon ») — normalement la maison des ancêtres — qu'il prélevait avant tout partage en combinant parfois celui-ci — comme à Paris — avec l'attribution d'une part avantageuse.

L'indivisibilité du fief aurait dû jouer même entre filles, même pour les collatéraux et c'est bien le système logique qu'admettent les coutumes les plus « féodales » ; mais les solutions seront différentes là où prévaut la considération de la famille : l'aîné en est le chef et il peut seul continuer la « maison » ; l'aînesse paraît une prérogative des mâles et elle apparaît comme une « dignité » dont on répugne à permettre la transmission.

a) L'aînesse entre filles est pratiquée dans le Nord au moins à partir du XIIe siècle et elle apparaît pareillement dans l'Ouest. En Normandie, l'hostilité traditionnelle aux filles aboutit à partager également entre elles même les fiefs nobles (*Summa*, XXIV, 21 ; Cout., art. 336). Beaumanoir (nº 464) accorde à la fille aînée le principal manoir, mais ce droit lui est contesté dès le XIIIe siècle dans la région parisienne (*Olim*, t. I, p. 841) et Loysel constatera (nº 619) : « Presque partout entre filles n'y a point de droit d'aînesse. »

b) L'opposition des coutumes se retrouve dans le cas où l'aîné renonce à la succession ou est privé de la succession. Si l'Ouest et le Nord admettent la dévolution de l'aînesse,

le droit commun, fidèle à l'enseignement de Du Moulin (*Cout. Paris*, art. 8, 2, 30), y répugne. De même si deux jumeaux sont premiers nés aucun ne peut prétendre à l'aînesse (POTHIER, t. VIII, p. 40).

2) Le droit des villes était favorable à l'égalité des enfants : il en est ainsi notamment en Normandie pour les tenures urbaines ou bourgages (*Summa*, XXIX).

En était-il de même pour le droit roturier ? On l'admet généralement ; mais même pour les tenures paysannes il subsiste de très nombreuses traces d'un droit d'aînesse qui, avant le XIIIe siècle, a pu être d'usage général :

a) Les coutumes du groupe de l'Ouest traitent différemment l'héritier noble et l'héritier roturier. Elles accordent à l'aîné noble tous les meubles à charge de payer les dettes et aussi les deux tiers des biens roturiers. Le partage égal du fief est, au contraire, admis entre roturiers sauf si le fief appartient à la famille depuis deux générations (c'est la tierce foi de la coutume du Maine commentée par DU MOULIN, cf. LEBRUN, II, 21, 88).

b) En Normandie, la maison de famille paysanne, le « masnage », est attribué à l'aîné qui doit récompenser ses puînés pour leur part (*Summa*, XXIV, 5 ; Cout. 1583, art. 356 ; cf. *T. A. C. Bretagne*, art. 214). Il s'agirait d'une influence du droit des fiefs qui à raison même de son importance et de son ancienneté aurait débordé sur les tenures roturières.

c) Enfin, quelques coutumes dont l'archaïsme est connu admettent l'aînesse même pour les successions roturières. Il en est ainsi dans le pays de Caux mais aussi dans le Nord, en Boulonnais et en Ponthieu et, plus nettement encore, dans quelques coutumes pyrénéennes ; pour celles-ci — qui peuvent être isolées, mais qui peuvent être aussi les « roches témoins » du droit le plus ancien — l'aînesse absolue, même en faveur de la fille aînée, est admise pour les maisons non nobles et même pour les tenures serviles. Au contraire, pour les maisons nobles, l'aînesse ne joue qu'au profit de l'héritier mâle et ce régime ne sera étendu en Béarn aux roturiers que par le for réformé de 1551. Pour ces coutumes tout au moins, si la masculinité est spéciale aux maisons nobles, l'aînesse, sous sa

forme la plus stricte, paraît bien caractéristique des successions roturières.

3) A partir du XVIe siècle, l'aînesse, tout en étant reconnue comme de « pur droit français », est destinée à maintenir « le nom, le lustre, l'éclat, la splendeur et la dignité de la maison... se conservant et se perpétuant en la personne de l'aîné qui en est comme l'arc-boutant, la clef de voûte et la principale colonne ». Elle est « la raison politique et publique du droit commun de la France qui est la conservation des familles » (BRODEAU, t. I, nos 13-14) et comme dit Olivier-Martin (t. I, p. 346) nécessaire à la « hiérarchie des classes » (ce qui interdira, par exemple, à un père de restreindre par testament les droits de l'aîné).

L'aînesse n'est cependant admise par le droit commun coutumier que pour les fiefs ; encore n'est-elle généralement reçue ni entre filles, ni en ligne collatérale, ni pour les roturiers. Mais, au moins à partir du XVe siècle, la tendance est à la création de véritables majorats par testament ; la pratique des substitutions fidéicommissaires (p. 527) frappa d'indisponibilité le patrimoine familial et renforça le droit des aînés. De telles substitutions créaient, en effet, un ordre successif différent de la dévolution coutumière et Montaigne les critiquait en disant (*Essais*, II, 8) qu'elles proposent « une éternité ridicule à nos noms ».

LE PARAGE. — Le partage marque la dispersion du patrimoine familial que le parage a justement pour but d'éviter. L'institution paraît avoir été d'application générale aux XIe et XIIe siècles et elle marque bien la solidarité du lignage propre au premier âge féodal. Les héritiers, le plus souvent des frères, demeurent en « compagnie », en communauté. Les poèmes épiques traduisent bien cet esprit ; l'aîné est normalement le chef de cette communauté ou de ce clan, c'est à lui que dans la chanson d'Ogier le Danois (vers 8385), ont recours tous ses parents « comme à la mère font les petits enfants ». Les quatre fils Aymon « s'appartiennent à la vie et à la mort ». Guillaume d'Orange, quoiqu'il ne soit pas l'aîné, s'impose à ses frères par son courage et par sa force. On peut invoquer un précédent historique fameux : le partage de l'Empire par Louis

le Pieux en 817 par lequel l'aîné, Lothaire, reçoit, avec le titre d'empereur, autorité sur ses frères qui lui demeurent unis par des liens de « confraternité ». Le parage, au moins pour les familles nobles, manifeste plus encore que le droit d'aînesse la « dignité » attribuée à l'aîné.

La même solidarité s'exprime parfaitement dans le droit héraldique très révélateur des conceptions des deux premiers siècles capétiens : seul l'aîné, chef des armes, a droit aux armes « pleines » ; tous ses cadets, et ses fils eux-mêmes, doivent les « briser » et ses autres parents les « surbriser ». Les armes se transmettent par les seuls mâles et par primogéniture et la règle fut nettement exprimée par les coutumes rédigées (Troyes, II, 14 ; Auvergne, XII, 51 ; Bourbonnais, XXV, 301 ; Sens, II, 54).

Il est probable que le parage (qualifié en ce cas d'aînesse) s'était appliqué à l'origine même aux successions roturières ; il en reste des traces très nettes en Normandie où l'aîné roturier possède, par exemple, seul la saisine. Cependant lorsque apparaissent les premiers textes coutumiers, le parage est en pleine décadence ; il ne concerne que les fiefs et, sauf en Normandie et dans l'Ouest, de général à une succession il est devenu particulier à un fief. La vitalité du parage — en Franche-Comté, par exemple, au XIIIe siècle — apparaît comme une réaction de la famille contre la dislocation due à la pratique du testament.

Trois solutions sont logiquement possibles et elles ont été effectivement appliquées en coutumes :

a) Le parage général maintient au bénéfice de l'aîné noble l'unité du patrimoine familial ; il a été décrit pour la Normandie par R. Génestal. L'aîné, seul héritier, seul bénéficiaire de la saisine, est titulaire de tous les fiefs. Chef parageur, il fait hommage aux divers seigneurs et il est le « garant » de ses puînés. Le parage dure autant que la parenté. Au septième degré, les descendants des puînés doivent l'hommage à la branche aînée.

b) L'esprit est le même en Anjou et en Touraine, et aussi dans tout l'Ouest ; le parage joue entre nobles mais, semble-t-il, seulement comme parage particulier, dans le cas où des fiefs sont partagés (*Etabl.*, I, 10). Les puînés ne doivent pas l'hommage à l'aîné car ils sont ses « pairs ».

c) Dans les coutumes moins féodales, les puînés reçoivent leur part restreinte de l'aîné et la transmettent à leurs héritiers ; le fief est définitivement partagé. On assimile le partage à une inféodation ; les puînés doivent donc l'hommage à l'aîné et celui-ci reste vassal pour le tout du seigneur, il est le « miroir du fief » ; il en est ainsi en Beauvaisis (BEAUMANOIR, n° 465), en Orléanais (*Jost.*, 12, 6), en Champagne (*Anc. Coutumier*, XVI, p. 47 et 165), en Berry (LA THAUMASSIÈRE, p. 47 ; Olim reconstitués, dans *Notices et Extr. de la B. N.*, t. XXIII, p. 137), en Bourgogne (*Anc. Coutumier*, art. 178), dans l'Ile-de-France (OLIVIER-MARTIN, t. I, p. 233), en Hainaut (DIDIER, p. 195). On appelle cette coutume *frérage* (*Olim*, 1261, t. I, p. 507), mais aussi parage. Le parage général, s'il a pu exister dans ces régions, devient facultatif et disparaît (GUILHIERMOZ, *Les origines de la noblesse*, 1902, p. 203). Une ordonnance de 1209, appliquée seulement dans la région parisienne et au parage particulier, traduit bien la rupture de l'ancienne cohésion familiale en imposant aux puînés de porter leur hommage au seigneur et non à l'aîné (P. PETOT, dans *Recueil... Clovis Brunel*, t. II, 1955, p. 371). La royauté et ses barons ne tolèrent plus l'existence de groupes familiaux susceptibles de leur résister. La disparition du parage est, en définitive, le signe de la décadence des lignages nobles.

SECTION II. — La succession des collatéraux

LA RÈGLE « PATERNA PATERNIS ». — La vocation des collatéraux peut tenir à deux idées fort différentes : on peut, comme en droit romain, attribuer la succession au parent le plus proche du défunt ; on peut aussi — et ce sera le système coutumier — assurer le retour de chaque bien à son origine ; on procède alors à la « fente » : les biens paternels doivent aller aux parents de la ligne paternelle, les biens maternels aux parents de la ligne maternelle ; c'est ce qu'exprime l'adage *paterna paternis, materna maternis*. La règle est attestée au XIIIe siècle (*Summa*, 23, 6 ; *Jost.*, XII, 21, 13 ; BEAUMANOIR, n° 494). Mais elle remonte très certainement au resserrement des liens familiaux qui marque le premier siècle féodal.

PROPRES, ACQUÊTS ET MEUBLES. — La famille ne peut, en tout cas, prétendre qu'aux biens que le défunt avait acquis par succession et qui constituent les *propres*. La distinction des propres « anciens » ou « avitins », possédés anciennement par la famille, et des propres « naissants », recueillis par le défunt dans la succession d'un parent qui les avait lui-même acquis est sans importance : une seule transmission successorale suffit à conférer au bien le caractère de propre (BEAUMANOIR, n° 505). Loysel dira : « L'acquêt du père est le propre de l'enfant » (n° 208). En principe, les meubles ont trop peu de valeur pour « tenir côté et ligne ». La catégorie des propres « conventionnels » ou « fictifs » (qui sont des meubles ou des deniers subrogés, par exemple, à un immeuble vendu) n'apparaîtra que fort tard (BOURJON, t. I, p. 422).

Il n'y aura pas, d'ailleurs, une parfaite coïncidence entre propres de succession, propres de communauté (p. 255) et propres de retrait (t. II, p. 413) ; par exemple, le bien acheté à un parent peut faire l'objet du retrait mais il est un acquêt de communauté et de succession.

Dès lors que la succession n'est pas dévolue à des descendants, la distinction entre les propres et les meubles ou acquêts est donc essentielle. Les acquêts comme les meubles sont libres de toute emprise familiale ; au contraire, les propres sont dévolus d'après la règle *paterna paternis*. Mais elle n'a pas partout la même rigueur :

1) Par une exception remarquable dans la coutume d'Auvergne (XII, 4), les meubles « souchent et estoquent » au premier degré et chaque ligne a le droit de rechercher les meubles qui proviennent d'elle (MAILLET, *RHD*, 1949, p. 434).

2) Les coutumes de l'Ouest considèrent que l'acquêt est l'exception « qui se serait détachée du patrimoine global pour parvenir à une liberté plus grande » (YVER, *RHD*, 1952, p. 43). En Normandie on admet même qu'au cas d'aliénation d'un propre les acquêts et les meubles lui sont substitués au profit du lignage (YVER, *RHD*, 1937, p. 772).

LA SUCCESSION AUX PROPRES. — *a)* A prendre à la lettre la règle *paterna paternis*, elle signifierait que la succession se divise en deux : les biens venus du père vont au plus proche

parent paternel, les biens venus de la mère au plus proche parent maternel, frère, neveux ou cousins, même si celui-ci n'est pas parent du premier acquéreur du bien. Ce système est retenu par les coutumes dites *de simple côté*, dans quelques coutumes de l'Est (Luxembourg, Bouillon ; cf. FICKER, t. III, 2, p. 468) comme dans l'Ile-de-France (Meaux, art. 42). Il avait le mérite de la simplicité mais ne répondait pas vraiment à l'origine des biens : le propre venu du grand-père paternel pouvait passer aux parents de la grand-mère.

b) La difficulté devenait extrême si l'on entreprenait, au contraire, de rechercher l'origine du propre : la souche. Le bien doit « aller là d'où il est venu », aux descendants actuels du premier acquéreur. C'est le système le plus logique qui prévaut dans les coutumes dites *souchères* qui gardent le mieux l'esprit du droit coutumier (Tours, art. 288, mais aussi Mantes, art. 167, et Melun, art. 137, 364 ; au XIVe siècle, Paris). Chaque famille pouvait revendiquer le bien qui avait appartenu, même très anciennement, à un de ses membres : c'est dire qu'il y avait autant de successions et d'héritiers que de propres et que chaque bien gardait son individualité.

c) Entre ces deux systèmes il y avait place pour des moyens termes. Le type en est fourni par les coutumes *lignagères* ou *de côté et de ligne*. Quoiqu'il soit nécessaire d'être parent du côté et ligne de l'acquéreur du bien, soit du côté de son père, soit du côté de sa mère, il n'est pas besoin d'en descendre (Bourbonnais, art. 315 ; Ponthieu, art 13 ; Artois, art. 105 ; Orléans, art. 325). C'est la solution qui sera adoptée par les coutumes de l'Ouest et aussi à Paris où l'on en vient à attribuer le propre au parent le plus proche de l'acquéreur du bien (même s'il n'est pas le descendant de celui-ci) ; si le bien, par exemple, a été acquis par le grand-père paternel il faudra, pour en hériter, non pas descendre de celui-ci, mais être le plus proche parent de son côté (BRODEAU-LOUËT, P, nº 28).

Ces divers systèmes représentent vraisemblablement des traditions fort anciennes ; notamment, quoi qu'on en ait dit, le système de côté et ligne est aussi ancien que les autres ; il est lié dans l'Ouest aux idées parentélaires et suffit à maintenir les biens dans le « branchage ». La coutume de Normandie y

ajoute un trait d'archaïsme : pour succéder à un propre, un lignager doit être parent de l'acquéreur par les mâles.

La représentation en ligne collatérale. — Comme pour les descendants la question de la représentation se pose pour les collatéraux, mais les solutions vont être très diverses suivant les coutumes :

a) La représentation est admise comme un principe général en Auvergne, en Nivernais, en Lorraine, en Flandre, en Normandie, dans les coutumes de l'Ouest (mais aussi en Corse et en Ligurie, ce qui permet à Meijers de parler de droit « ligurien », p. 387). Le système poussait à l'extrême l'idée du partage par souche mais aboutissait à un très grand morcellement. La coutume normande (art. 325-328), toujours favorable aux mâles, ajoutait qu'à égalité de degré les parents paternels étaient toujours préférés aux parents maternels (*Summa*, XXIII, 11).

b) Au contraire, dans toutes les coutumes du groupe parisien, la représentation n'a été admise que tardivement et limitée dans ses effets. L'ancienne coutume de Paris ne la connaît pas (*Olim*, II, p. 453) et ce n'est que lors de la réformation — par l'action de Christophe de Thou et Du Moulin — qu'elle fut admise. La solution fut reprise par la plupart des coutumes réformées, mais ce qui montre bien l'origine romaine de la représentation c'est qu'elle ne concerne, comme en droit romain, que les descendants des frères et sœurs.

c) Quelques coutumes, enfin, l'ignorent jusqu'en 1789 ; ce sont les coutumes de Senlis, Blois, Montargis et surtout les coutumes du Nord dont on connaît déjà l'hostilité de principe à la représentation.

L'aînesse et la masculinité. — Même pour les fiefs, ces principes n'ont pas, en ligne collatérale, la rigueur qu'ils ont pour les descendants.

a) Il ne subsiste de l'aînesse que quelques vestiges dans l'Ouest (Touraine, Anjou, Poitou, Angoumois) ou dans le Nord (Amiens, Hainaut) ; pour ces coutumes, l'aînesse tenant à l'essence du fief doit jouer pour toute succession. Il en est de même pour les grands fiefs dont Guyot dira « qu'ils ne se soutiennent que par leur indivision ». Dans la région parisienne, au contraire, dès le XIIIe siècle, l'égalité est la règle (Beaumanoir,

n° 469 ; *Jost.*, XII, 6, 14 ; *A. C. Champagne*, art. 50), d'où le morcellement des fiefs et la décadence rapide de la féodalité.

b) Le privilège de masculinité est, en revanche, fort strict en ligne collatérale ; la règle demeure en accord avec les idées et les mœurs ; une succession collatérale constitue une aubaine assez rare pour que les femme n'y aient aucune part. A égalité de degré, la solution sera quasi générale ; dans le droit du XIIIe siècle les femmes pouvaient même être exclues par des mâles plus éloignés ; les sœurs, par exemple, sont exclues de la succession de leurs frères par leurs propres fils (*Olim*, t. I, p. 527). La coutume d'Orléans (art. 321) admettait que « la fille venant de mâle représente son père » ; mais cette solution était loin d'être générale. La coutume de Paris étant moins nette, il fallut, encore en 1631, une enquête par turbe pour admettre le concours avec le frère du défunt de sa nièce, fille d'un frère prédécédé, et la jurisprudence fut loin d'être fixée (LEBRUN, *Successions*, III, 5, 4). Du Moulin admettait, au contraire, que le neveu, fils d'un frère, excluait sa tante. La représentation sert trop ici son antiféminisme foncier pour ne pas être tenue par lui pour une « vérité ».

Pour les propres autres que les fiefs, les coutumes ignorent l'aînesse et la masculinité. Seule la coutume normande — dont on sait qu'elle assimile dévolution des fiefs et dévolution des propres — admet que la femme ne peut rien prétendre aux biens propres en face d'un autre lignager mâle, même si celui-ci est moins proche en degré (Cout., art. 248).

LA SUCCESSION AUX MEUBLES ET AUX ACQUÊTS. — L'acquêt est, dès l'époque franque, opposé au bien paternel ou maternel et la distinction prendra de l'importance dans la mesure même où les propres seront soumis à un droit spécial (qu'il s'agisse de communauté, de retrait ou de succession) ; sur l'acquêt le lignage ne peut rien prétendre.

La condition ancienne des meubles est plus obscure et, sauf quelques exceptions fort remarquables, les coutumes admettent que les meubles tenus pour choses viles n'ont pas plus de « souche » qu'ils n'ont de suite (cf. t. II, p. 340) ; ils tiennent à l'individu et répondent pour lui au cas de mauvaise fortune : *mobilia ossibus inhaerent.*

De là vient, normalement, une plus grande liberté de disposer des acquêts ou des meubles ; ainsi en est-il, en droit public, du domaine casuel advenu au roi son règne commencé, que l'on opposera toujours au domaine fixe qui est celui de la Couronne.

La grande majorité des coutumes assimile les acquêts et les meubles mais, du fait qu'ils ne concernent pas le fond du patrimoine familial, on les néglige quelque peu. Les règles de dévolution qui les concernent sont sans résistance en face du droit romain. L'influence de celui-ci, déjà perceptible chez Beaumanoir, va croître aux XIVe et XVe siècles. La *Novelle* 118 admettait le droit des ascendants et, en ligne collatérale, le droit du plus proche parent, mais en le corrigeant par deux exceptions tirées de la représentation et du double lien. Les coutumes admettent ces deux principes mais elles connaissent aussi la fente qu'il faut rapporter à des pratiques coutumières.

Pour la représentation on retrouve, pour les meubles, les solutions admises pour les propres : elle est inconnue dans le groupe picard-wallon (mais aussi en Nivernais, XXIV, 13), reprise « dans les termes de droit » par la majorité des coutumes (spécialement Paris, art. 320), étendue à l'infini par quelques coutumes de l'Ouest (Anjou, art. 225).

Le privilège du double lien. — Quelques coutumes appliquaient ce privilège aux propres (Berry), ou même à tous les biens (Bourgogne ; cf. J. Bart, p. 116) ; mais, normalement, il ne concerne que les meubles et les acquêts ; le propre est attaché à une ligne et le frère consanguin n'est pas moins de la ligne des propres paternels que le frère germain.

Le privilège, en effet, entre frères mais aussi entre cousins, donne une préférence aux parents germains, nés d'un même père et d'une même mère (et par cela doublement « liés »), sur les parents consanguins ou utérins.

La plupart des coutumes ignoraient ce privilège et, malgré Du Moulin qui vantait son utilité et son équité, il ne fut jamais reconnu comme de droit commun. D'autres coutumes le rejetaient directement (Paris, Melun, Sens) ou indirectement (Anjou, Maine) en attribuant les trois quarts des meubles aux frères germains et un quart au frère utérin ou consanguin.

Seules les coutumes de Tours (art. 189) et de Saintonge (art. 98) reprenaient exactement les règles de la *Novelle* 118. Ailleurs, on limitait le privilège aux frères et sœurs germains sans l'étendre aux enfants (Poitou, art. 295, Troyes, VI, 93) ; on l'admettait pour les cousins germains (Bourgogne, VII, 18 ; Nivernais, XXIV, 16), pour les oncles et tantes (Orléans, art. 330 ; Cambrai, XII, 5), ou même à l'infini (Bourbonnais, art. 307).

Ces diversités suffiraient à prouver qu'au moins dans la région parisienne, la règle n'appartenait pas au vieux fond coutumier et qu'elle avait été accueillie, sous l'influence de règles romaines souvent mal comprises, par les glossateurs eux-mêmes : Azon, par exemple (C., VI, 58, 13), et après lui les romanistes français n'y voyaient que l'attribution aux frères consanguins des biens paternels et aux frères utérins des biens maternels.

Au contraire, l'originalité et la cohérence des coutumes flamandes sont liées à la pratique des communautés familiales et de la succession par lits : entre frères, par exemple, la moitié des meubles réputés venus de l'ascendant commun est partagée entre tous les enfants, l'autre moitié, réputée venir de l'autre ascendant, est attribuée aux seuls germains. La solution est commandée par la pratique de la « fente ».

La fente. — La règle *paterna paternis* établit une « fente » dans la succession en attribuant à chaque ligne les biens qui lui reviennent. On parlera même, si la division va plus loin, de « refente ». Pourtant l'expression ne concerne normalement que le partage des meubles : ceux-ci n'ont pas d'origine et doivent aller, comme en droit romain, au parent — ascendant ou collatéral — le plus proche. Ce système sera très généralement conservé pour les ascendants ; mais pour les collatéraux certaines coutumes établirent une présomption d'origine en admettant que la moitié des biens provenait du père et l'autre moitié de la mère ; ce qui impose de les attribuer pour moitié à chaque ligne. On « fend » et parfois on « refend » les successions mobilières jusqu'à ce qu'on ait restitué à chaque famille la part des meubles censée venir d'elle.

La fente, généralisée par la loi de nivôse an II (*infra*, p. 448),

devait devenir dans le Code civil (art. 733) la règle première de toute dévolution collatérale ; ce n'est pourtant qu'une fiction assez mal fondée puisqu'elle introduit la règle *paterna paternis* dans un domaine où elle n'avait rien à faire.

1) La fente était admise dans les coutumes d'Anjou (art. 268), du Maine (art. 286), de Touraine (A. C., XXVII ; N. C., 312). La Bretagne pratique même la refente par « ramages » (A. C., art. 560-565). Si la Normandie ignore la fente, c'est qu'on donne toujours la préférence au côté paternel comme « le plus digne ». Dans l'Ouest, la fente a pu être rattachée au régime parentélaire et à la représentation à l'infini ; les meubles se partagent comme les propres en autant de masses qu'il existe de souches.

2) La fente est aussi pratiquée par des coutumes (Péronne, art. 195 ; Sedan, art. 163) qui ignorent la représentation à l'infini — ce qui interdit de lier les deux institutions. Elle est d'application générale en pays flamand — ce qui a permis à Meijers de mettre en évidence ses rapports avec le système de partage, très proche dans son esprit et dans ses résultats des meubles de la communauté conjugale (*Etudes*, t. I, p. 47). En Hollande méridionale et en Zélande le droit d'échevinage comporte, en même temps que la communauté universelle entre époux, la pratique de la fente de toute la succession dévolue à des collatéraux (ou à des ascendants). Du fait même de la communauté de meubles et acquêts existant entre le père et la mère, les biens sont réputés provenir pour moitié de chacun d'eux et se partagent, par conséquent, à la mort des enfants entre la ligne paternelle et la ligne maternelle.

3) Il faut mentionner, enfin, que les coutumes d'Auvergne (XII, 6) et de la Marche (art. 228) admettent que les meubles « estoquent » mais elles attribuent tous les acquêts au mari ; ce qui fait qu'ils vont par droit de succession aux parents paternels (MAILLET, *RHD*, 1949, p. 442).

La fente aboutissait à un fractionnement presque infini des successions et, du moins à partir du XVIIe siècle, la jurisprudence était fort hostile à la « refente » (MERLIN, v° *Représentation*, II, 4, 12). L'idée romaine de la proximité de degré paraissait plus simple et plus juste.

SECTION III. — Les droits des ascendants et des seigneurs

LA RÈGLE « PROPRES NE REMONTENT ». — Les ascendants sont normalement exclus de toute succession aux propres. La règle est liée, sans aucun doute, au système parentélaire qui implique que les biens « descendent » dans chaque parentèle : les ascendants ne peuvent avoir de droit qu'après tous ceux qui sont issus d'eux. Beaumanoir indique que « l'héritage ne remonte pas » (n° 493) ; à partir du XIIIe siècle on dira couramment : « Propres ne remontent », ce qui visera non seulement le père et la mère mais les grands-parents et même, dans certaines coutumes, l'oncle et la tante ; on leur préfère les frères et les sœurs du *de cuius* ou même les collatéraux.

Le principe est ancien et il ne doit être rattaché comme on l'a souvent cru ni au droit des fiefs, ni à la règle *paterna paternis*. Ici encore, d'ailleurs, les solutions sont fort diverses :

1) Les coutumes de l'Ouest paraissent représenter la tradition la plus pure ; dans chaque parentèle les biens « descendent » et le principe paraît si évident que la règle « Propres ne remontent » est appliquée spontanément sans jamais être formulée ; la coutume de Normandie (*Summa*, XXIII, 5-9) indique, par exemple, que les biens vont aux descendants, puis aux descendants du père, puis aux descendants du grand-père. En Anjou, Maine, Touraine, tandis que les collatéraux succèdent aux immeubles, les ascendants ne peuvent succéder qu'aux meubles.

2) Les coutumes flamandes admettent, au contraire, assez couramment la vocation des ascendants mais en y apportant l'exception du « lit brisé » ; si l'un des parents est mort l'autre est exclu de la succession par ses propres enfants ; le ménage est rompu et avec lui l'unité de la famille ; chaque enfant a désormais des intérêts distincts et une vocation successorale propre. Le droit successoral est étroitement lié à une vie commune — au point que beaucoup de coutumes ne prévoient que le cas de l'enfant « établi », ayant un domicile et des biens distincts de ceux de ses parents.

3) La netteté des solutions de ces deux groupes coutumiers fait mieux apparaître les hésitations des autres coutumes, spé-

cialement dans la région parisienne. C'est là pourtant qu'est formulée la règle « Propres ne remontent » où l'on a voulu voir seulement un « brocard sans nuances » qu'auraient connu les praticiens (OLIVIER-MARTIN, t. II, p. 387). Plutôt, comme il est fréquent, le brocard a été formulé au moment même où la règle changeait de sens et sans doute pour couvrir ce changement ; Beaumanoir, par exemple, ne comprend plus l'institution et tente d'en faire une simple application de la règle *paterna paternis*. La confusion sera faite par la pratique et Du Moulin l'accréditera : la succession des ascendants fut admise chaque fois qu'elle n'impliquait pas un changement de ligne ; comme dira Loysel : « Tant que la tige a souche, elle ne fourche » (n° 234).

Le cas de l'ascendant donateur doit toujours être distingué : il reprend le bien donné si le donataire meurt sans postérité. Ce « retour » est très net dès le XIIIe siècle (*Olim*, t. I, p. 716) et Beaumanoir (n° 495) l'admet largement pour accroître les droits des ascendants. Il en sera de même dans les coutumes rédigées (Paris, art. 313). Le retour est un droit de succession et non une résolution de la donation ; il ne peut s'exercer si le bien a été vendu et par conséquent ne se retrouve pas dans la succession. La matière était à la fois très pratique et, comme en témoignent les arrêtistes, fertile en difficultés de tous ordres.

« FIEFS NE REMONTENT ». — Quant à la règle « Fiefs ne remontent », elle serait, suivant une tradition qui vient de l'ancien droit et spécialement de Laurière (sur LOYSEL, nos 16-17), l'origine et l'explication de l'adage « Propres ne remontent ». Le fief ayant été concédé à « un tel et à ses hoirs » il ne pouvait être dévolu à un ascendant qui, de plus, serait, à raison de son âge, incapable de le servir.

La règle est formulée dans le *Libri feudorum*, mais elle n'apparaît pas chez Beaumanoir. Elle est connue, au contraire, dans l'Est — où elle passe pour une coutume de l'Empire (MEIJERS, *Droit... de Cambrai*, p. 77) — et dans le Nord (DIDIER, p. 203).

Dans les coutumes de l'Ouest la règle n'est pas formulée mais il paraît bien — du fait que la plupart des fiefs sont des

propres et non des acquêts — qu'elle a été confondue avec la règle « Propres ne remontent » qui serait, croyons-nous, le principe originaire.

La succession des ascendants aux meubles et acquêts. — En ce qui concerne les meubles et les acquêts, le droit des ascendants est, au contraire, affirmé par les plus anciens textes coutumiers, plus nettement même que dans la *Novelle* 118 ; en effet, les ascendants priment même les frères et sœurs, aussi bien dans le droit parisien (*Grand Coutumier*, p. 369) que dans le droit normand et dans les coutumes de l'Ouest (au moins pour les meubles ; les coutumes poitevines excluant les ascendants même des acquêts). Dans les coutumes du Nord les solutions sont fort disparates et elles tiennent encore aux idées communautaires : en Flandre, le père et la mère héritent normalement s'ils survivent ; mais si l'un est mort — si le lit est brisé — l'autre est exclu. En Brabant les frères sont préférés aux père et mère.

L'application de ces principes n'allait pas, d'ailleurs, sans beaucoup de variétés locales :

1) La tradition coutumière, si elle est ici favorable au père ou à la mère, ne l'est guère aux grands-parents : pour Beaumanoir (n° 495), ceux-ci sont primés par les frères et sœurs, mais priment les neveux. Du Moulin, au contraire, interprétera en faveur de l'aïeul l'article 128 de la Coutume de Paris (t. II, p. 694). Dans la plupart des coutumes de l'Ouest les aïeuls sont primés par les collatéraux.

2) En Normandie (art. 309) on préfère, une fois encore, les ascendants paternels aux ascendants maternels.

3) A la limite des pays de droit écrit (Bourbonnais, art. 314) les ascendants concourent, suivant la *Novelle* 118, avec les collatéraux privilégiés.

4) Enfin, au cas de concours de plusieurs ascendants, les solutions sont fort diverses. A Paris l'ascendant le plus proche prend toute la succession (cf. art. 746, al. 2, Code civ.) ; à égalité de degré, le partage a lieu par tête sans fente ni représentation ; ce système fut considéré comme de droit commun au moins depuis un arrêt de règlement de 1702. Ailleurs (Tours, art. 312 ; Sedan, art. 119) on suivait la *Novelle* 118 et on partageait par

souche. En Bretagne (art. 220) on procédait à la fente et on partageait entre l'ascendant survivant et les collatéraux de l'autre ligne.

LES SUCCESSIONS VACANTES. — Le droit coutumier, au moins dans son dernier état, admettait la succession des collatéraux à l'infini. Comme le dit Lebrun (*Succ.*, I, 6, 4), la jurisprudence « ayant commencé à étendre le droit de succession jusque dans les degrés les plus éloignés à l'égard des maisons illustres a reçu ensuite la même chose dans toutes les successions ».

Il est possible, cependant, qu'aucun héritier ne se présente : la chose sera normale pour les aubains — dont la succession constitue une « aubaine » — ou pour les bâtards qui n'ont d'autres successeurs que leurs descendants.

L'hérédité vacante est de bonne prise pour le seigneur (justicier pour les alleux et les meubles, de fief pour les biens féodaux). On distingue d'ailleurs mal cette prise de la confiscation qui frappe, par exemple, les biens des condamnés, des usuriers ou des suicidés.

Les bourgeois seront les premiers à se plaindre et les chartes urbaines, dès le XIIIe siècle, imposeront de maintenir la vacance pendant un an pour permettre aux héritiers éventuels de se manifester.

Dès le XIVe siècle, les baillis royaux interviendront pour mettre par provision les successions vacantes sous la main du roi (p. 425).

Pour les meubles, le droit du seigneur ne fait guère de difficulté et il n'est pas sans rappeler la mainmorte (p. 394) ou même le droit de dépouille (qui permettait de prendre les meubles qui se trouvaient dans le palais de l'évêque mort).

Sur les propres le droit du lignage est si fort que si une ligne n'est pas représentée les biens de cette ligne sont réputés vacants et reviennent au seigneur. La solution sera gardée par les coutumes les plus féodales (Anjou, Maine) et plus nettement encore en Normandie et en Bretagne. Mais à partir du XVIe siècle elle est battue en brèche par les efforts anti-féodaux de la doctrine et spécialement de Du Moulin.

SECTION IV. — La saisine et la transmission des dettes

LE MORT SAISIT LE VIF. — L'article 724 du Code civil, en indiquant que les héritiers « sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt », ne fait que reprendre une règle traditionnelle ; mais tandis qu'aujourd'hui la saisine est difficile à définir sinon à comprendre, elle répondait autrefois à la conception même du « pouvoir » que l'on avait sur les choses (cf. t. II, p. 220-237).

Elle concernait les immeubles et les meubles comme les droits incorporels ; à partir du XIIIe siècle, l'idée romaine de possession en altéra quelque peu les principes ; elle devait garder en matière successorale une grande importance qu'exprime la règle toujours répétée : « Le mort saisit le vif. »

1) La règle ne vient pas du droit franc, mais elle est exprimée par les coutumiers normands (*T. A. C.*, 74), par Beaumanoir (n° 1269) et, dès 1259, dans un arrêt des *Olim* (t. I, p. 452) ; elle a alors le sens qu'elle gardera toujours ; la saisine des biens et des droits du défunt est acquise au jour même de la mort à son héritier. C'est la même idée que l'on traduira par : « Le roi est mort, vive le roi » (LOYSEAU, *Offices*, I, 10, n° 58).

Viollet avait voulu trouver à la maxime une origine romaine (*Etabl.*, II, 4) et avait imaginé qu'elle n'était que la traduction d'un texte du Digeste (IV, 6, 30 ; cf. PLANIOL, *Rev. crit.*, t. XIV, p. 437). Même si la formule a été imaginée par l'école d'Orléans, elle exprime une idée coutumière : la propriété virtuelle du lignage sur les biens familiaux ; spécialement dans le cas où il existait une communauté familiale les fils restaient en possession des biens dont ils jouissaient du vivant de leur père ; ils continuaient d'en percevoir les fruits sans qu'il y ait proprement de transmission. Des actes du XIIe siècle permettent même de préciser que la règle a été à l'origine liée à la mainmorte et qu'elle avait pour objet de tourner la prétention des seigneurs de mettre l'héritier en saisine et de percevoir une taxe de mainmorte (P. PETOT, *RHD*, 1940-41, p. 302).

Cela même explique que là où la féodalité avait gardé la plus grande rigueur la saisine n'ait été reconnue qu'aux héri-

tiers directs les plus proches. Elle est refusée en Bretagne aux collatéraux (*T. A. C.*, 66), la succession restant « en garde de justice ». Il en est de même dans les plus anciens textes normands et aussi dans l'Orient latin.

Un autre trait du droit normand permet, d'ailleurs, de comprendre la portée primitive de la saisine : l'aîné a la saisine de tous les biens et en gagne les fruits jusqu'à la demande en partage ; les puînés même, d'après la coutume de 1583 (art. 237-238), doivent lui demander délivrance. Du vivant de son père, il était déjà un « dauphin » associé à la gestion du patrimoine et il paraissait normal qu'il succédât à son autorité et à ses droits.

2) Dans la majorité des coutumes la saisine appartient à tous les héritiers, ce que la coutume de Paris exprime ainsi : « Le mort saisit le vif son hoir plus proche et habile à lui succéder » (art. 318). Ne sont exclus de la règle que les successions des serfs (« Le serf mort saisit le vif son seigneur ») et les fiefs que l'héritier doit, au moins anciennement, recevoir du seigneur (cf. t. II, p. 140) et que le collatéral normalement doit « relever ».

La saisine est, d'autre part, liée à la parenté ; jamais, sauf dans la coutume de Berry, très romanisée, ni les successeurs institués par testament ni les légataires ne pourront la revendiquer. Elle est individuelle et non collective et n'appartient qu'au parent le plus proche (*Olim*, t. I, p. 494 ; *Etabl.*, II, 4). Si cependant celui-ci renonce à la succession on répute qu'il n'a jamais été saisi et la saisine est dévolue rétroactivement à l'héritier suivant.

Transmission de la succession. — La saisine n'est pas proprement acquise, mais transmise ; l'héritier prend la place du défunt et cela au jour du décès. Les romanistes qui assimilaient saisine et possession exposaient pourtant qu'il ne pouvait y avoir saisine sans prise de possession, celle-ci exigeant toujours le *corpus*, c'est-à-dire une appréhension de fait ; ce qui ne sera pas sans embarrasser les auteurs coutumiers (*Gr. Coutumier*, p. 230) mais conduira à transformer tout conflit entre successibles en procès sur leur saisine respective (sans qu'on ait à intenter la pétition d'hérédité). En effet, l'héritier peut exercer

immédiatement la complainte, percevoir les fruits ou faire inventaire.

La saisine supprimait la nécessité d'une acceptation expresse de la succession que, souvent, l'existence préalable d'une communauté familiale rendait superflue. Il existe, cependant, quelque trace d'une prise de possession symbolique de l'héritier (*Conseil à un ami*, XXXIII, 16) où l'on a voulu voir le souvenir de l'ancienne procédure germanique de l'*Anefang*.

Anciennement, la renonciation devait être rare, sinon même impossible et, d'ailleurs, inutile si l'héritier n'était pas grevé des dettes du défunt. Cependant il est admis, dès le XIIIe siècle, que « ne se porte héritier qui ne veut » ; mais ce refus doit être solennellement exprimé soit par une déclaration en justice, soit plus tard par un acte notarié.

Le plus souvent, d'ailleurs, ce sont les créanciers qui exigent que l'héritier prenne parti. La jurisprudence du Châtelet lui accordait un an et quarante jours pour faire inventaire et délibérer, et pendant ce délai la succession était placée sous la main du roi. Au cas de vacance de la succession il était courant que les officiers royaux procédassent à la liquidation sauf à remettre au seigneur haut-justicier l'excédent d'actif qui pouvait exister.

Meubles sont le siège des dettes. — Dans la logique du droit coutumier, les propres ne peuvent être grevés des dettes : ils doivent revenir francs et quittes aux héritiers. Ceux-ci, au moins s'il ne s'agit pas des descendants, ne recueillent que les propres de leur ligne : c'est dire que le patrimoine du défunt ne peut lui survivre et que l'hérédité n'est qu'une collection de biens dont chacun a sa dévolution propre. Chaque héritier acquiert la saisine de sa part mais il ne continue pas pour autant la personne du défunt — ce qui suffit à indiquer la différence foncière qui existe entre ces deux notions.

L'héritier d'un propre ne doit supporter que les dettes spéciales à celui-ci (les rentes foncières, par exemple), la conservation des immeubles apparaissant au même titre que celle de la dot, la sauvegarde de la famille.

A l'opposé des immeubles, « le meuble suit le corps » (Loysel, nº 206) ; *mobilia ossibus inhaerent*. L'adage signifiera norma-

lement que la coutume applicable aux meubles est celle du domicile de leur propriétaire (MASUER, *Practica forensis*, XIV, 2) ; mais il exprime aussi ce lien intime qu'établit le droit coutumier entre l'individu et les meubles qu'il possède. Celui qui a autorité sur une personne devient normalement propriétaire de ses meubles ; tels le gardien noble pour les meubles du pupille (*supra*, p. 111), le mari pour les meubles de la femme (*supra*, p. 256), le seigneur pour les meubles de ses serfs (BEAUMANOIR, n° 1458). De même au cas de confiscation on admet que « qui confisque le corps confisque les meubles » (*Grand Coutumier*, p. 608).

L'obligation, en même temps qu'elle porte sur la personne du débiteur, portera forcément sur ses meubles et c'est en ce sens que l'on dira que « meubles sont le siège des dettes » ; l'héritier des meubles, comme le mari ou le gardien, est normalement chargé des dettes de la succession — au moins dès que la transmission des dettes fut admise (t. I, p. 222). Cet état de droit est attesté au XIIIe siècle à Paris (OLIVIER-MARTIN, t. II, p. 417) comme par les *Etablissements de saint Louis* (I, 10) et il a existé fort probablement dans tous les pays coutumiers. La *Summa de legibus* (LIX, 12) assimile très nettement l'héritier et l'exécuteur qui, recevant tous deux les meubles (*Catalla*, cf. t. II, p. 31), doivent acquitter les dettes (cf. *T. A. C. Bretagne*, n°s 316, 326). Partout, on soumet au même régime la réparation des fautes (ou « torts faits ») des défunts.

L'OBLIGATION DES IMMEUBLES. — Ces principes vont, cependant, dès le XIIIe siècle, être battus en brèche : économiquement, le progrès provoque un développement du crédit et, partant, des dettes ; socialement, la famille peut souffrir dans sa considération et son « honneur » de ne pas tenir les engagements de l'un des siens ; s'il y a des dettes que la famille ne reconnaît pas volontiers — à l'égard des usuriers, par exemple — il existe aussi des « dettes d'honneur » et des promesses « loyales ». Si les idées ne sont guère favorables aux créanciers, l'Eglise fait une obligation stricte aux chrétiens de tenir leur promesse et, partant, de payer leurs dettes. Le Décret de Gratien (C., XXIV, qu. 3, c. 1) reprend le texte de saint Augustin qui rend les enfants responsables des fautes de leur père.

L'axiome : « Qui n'a que des immeubles est insolvable », paraît désormais consacrer une injustice, d'autant plus que l'héritier aux meubles est souvent fort proche du défunt et que l'héritier aux propres, peut être un parent fort éloigné.

De bonne heure, dans les contrats, on stipule l'obligation générale de ses propres biens et de ceux de son héritier ; dans les testaments, les disposants, le plus souvent à l'article de la mort, prennent soin d'énumérer leurs dettes et d'en imposer le payement. Les créanciers qui, désormais, peuvent saisir les immeubles de leurs débiteurs (t. I, p. 350), vont pouvoir se payer sur ceux de la succession ; mais leurs droits ne sont ni immédiatement, ni universellement reconnus :

1) Beaumanoir (n° 1593) admet une priorité d'exécution sur les meubles ; le créancier doit les prendre avant de faire « grief à l'héritage », et ce système, qui a été celui de la coutume de Paris de 1510 et de Du Moulin (t. II, p. 695), a laissé des traces jusque dans notre Code civil (art. 1409). L'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 (art. 74) oblige pareillement le créancier à discuter les meubles avant de saisir les immeubles.

2) Loysel (n° 314) et Guy Coquille (*Cout. Nivernais*, XXV, 4) rappellent encore la règle ancienne que devaient maintenir de nombreuses coutumes rédigées, spécialement dans l'Ouest et le Nord, manifestant, ici encore, leur archaïsme. En Normandie (Yver, *RHD*, 1932, p. 770), en Poitou, en Anjou (art. 235), Maine (art. 252) et Touraine (XXV, 33), les dettes mobilières restent affectées aux meubles tandis que les immeubles répondent des dettes immobilières, les rentes, par exemple. Tout un groupe de coutumes du Nord (Lille, Douai, Cambrai, Amiens) garde les mêmes caractères. Les coutumes d'Auvergne (art. 12) et de la Marche (art. 234) distinguent les dettes provenant du père ou de la mère qui suivent le sort des propres et les dettes personnelles au défunt qui sont à la charge de l'héritier du côté paternel qui succède aux meubles.

3) L'idée de répartir les dettes entre tous les héritiers paraît avoir cheminé lentement dans la région orléano-parisienne, très vraisemblablement sous le couvert de l'idée romaine de l'unité du patrimoine successoral. Si la réserve demeure long-

temps intangible, les créanciers peuvent, tout au moins, se payer sur la quotité disponible (BEAUMANOIR, n° 368).

En Vermandois, dès le XVe siècle, les dettes sont réparties entre les héritiers. En 1537 et 1542 le Parlement de Paris, dans deux arrêts rapportés par Choppin, fait supporter les dettes par moitié aux propres paternels et par moitié aux propres maternels (encore que leur valeur puisse être fort inégale). Un nouvel arrêt — le célèbre arrêt de Boulard de 1562 — applique exactement la règle *Ubi emolumentum ibi onus* et la règle fut reprise dans l'article 334 de la coutume de Paris de 1580 comme dans beaucoup des coutumes rédigées par de Thou (YVER, *RHD*, 1952, p. 48).

La doctrine développa le principe nouveau (RENUSSON, *Des propres*, III, 13 ; LEBRUN, *Succ.*, IV, 2, 3). Bourjon (I, p. 968) affirma — malgré la tendance contraire de la majorité des coutumes — qu'il constituait le droit commun. Pothier (*Succ.*, V, art. 1) allègue « les principes du droit » et les « notions naturelles » pour justifier la solution qu'il formule ainsi : « Les biens, de quelque espèce qu'ils soient, propres ou meubles, doivent être tenus des dettes... au moins subsidiairement. »

En fait, la solution imposait une répartition difficile entre les divers héritiers. En théorie, elle rendait plus aigu le problème de l'obligation *ultra vires* et répondait à l'idée de continuation de la personne. Enfin, elle posait le problème du bénéfice d'inventaire.

LA CONTRIBUTION DES HÉRITIERS. — Dès lors que l'on admettait le principe que chaque héritier devait contribuer aux dettes suivant sa part (cf. art. 870 C. civ.), on aurait pu penser instituer entre les héritiers des diverses masses de biens un système de récompenses analogue à celui qui existait pour la communauté ; mais, s'il y a quelques traces d'un tel système (OLIVIER-MARTIN, t. II, p. 433), on maintient la répartition au prorata : l'argent emprunté allait à l'héritier des meubles s'il existait encore et tous les héritiers contribuaient au payement de la dette (BOURJON, t. I, p. 968) ; ce qui exprime, en somme, l'idée que jusqu'à sa mort le *de cuius* a eu la maîtrise de son patrimoine.

On admit, d'autre part, non sans hésitation, que les dona-

taires et légataires universels contribuent aux dettes avec les héritiers à proportion de leur émolument (LAURIÈRE, *Cout. Paris*, art. 334), mais que les donataires et légataires particuliers n'y sont pas tenus. Cette dernière règle ne souffre une exception que dans le cas où le testateur a absorbé en legs particuliers tous ses meubles et acquêts et, en outre, la quotité disponible des propres (cout. Paris, art. 295 et 343). Certaines coutumes (Normandie, règlement de 1666 ; Artois, art. 184) admettaient qu'il existait une solidarité entre les héritiers pour le payement des dettes (LEBRUN, I, 2, 1) ; mais le principe inverse devait prévaloir sous l'influence romaine : chaque héritier est tenu des dettes du défunt « personnellement pour sa part et hypothécairement pour le tout » (LOYSEL, n° 312 ; cf. art. 1009 C. civ.). En fait, pour faciliter le règlement, on procédait au XVIIIe siècle à une division provisoire par parts viriles (cf. art. 873 C. civ.) qui était considérée par Pothier (*Succ.* V, 3, 1) comme de droit commun.

L'OBLIGATION « ULTRA VIRES ». — On a beaucoup discuté sur l'étendue de l'obligation de l'héritier. L'idée ancienne paraît bien être que le droit des créanciers est limité aux biens successoraux et qu'ils ne peuvent rien prétendre sur les biens de l'héritier : c'est ce qu'exprime la loi des Visigoths (V, 6, 6 et VII, 5, 8) et, semble-t-il, encore Beaumanoir en admettant une simple « succession aux biens » et aussi que les exécuteurs testamentaires doivent faire une « criée » des créanciers et répartir l'actif par contribution « car mauvaise chose serait qu'ils payassent tout à l'un et rien à d'autres ».

Pour les fils du défunt, cependant, même dans les lois barbares, la solution est moins claire : les fils sont solidaires de leur père et doivent répondre de *toutes* leurs dettes. La même solidarité dut incomber à tous les parents, là au moins où la solidarité du lignage est la plus forte : dans les royaumes latins d'Orient (*Assises des Bourgeois*, n° 193), et dans les coutumes de l'Ouest (VIOLLET, *Etabl.*, t. II, p. 237), les vivants doivent payer pour les morts. C'est l'obligation *ultra vires* qui paraît généralement admise au début du XIVe siècle.

Par là le droit coutumier reprenait ou retrouvait l'idée romaine qui faisait de l'héritier le continuateur de la personne

du défunt. Le légataire, au contraire, en vertu de la maxime « institution d'héritier n'a lieu », n'est jamais qu'un successeur aux biens.

Il n'existe, en tout cas, à l'origine aucun lien logique entre l'attribution de la saisine et l'obligation *ultra vires* : celle-ci incombe aux seuls héritiers du sang qui, placés par l'attribution de la saisine, dans la même situation possessoire que le défunt, devaient continuer, suivant les textes romains, la personne de celui-ci. Le raisonnement est esquissé par Du Moulin (t. I, p. 415 ; t. II, p. 760) et ses conséquences seront développées après lui ; ainsi le légataire universel qui n'a pas la saisine n'est tenu qu'*intra vires* tandis que s'il est en concours avec un héritier la saisine de celui-ci implique qu'il peut être poursuivi pour le tout (LEBRUN, *Succ.*, IV, 2, 1). L'héritier saisi est ainsi nettement distingué du légataire, successeur aux biens dont Bourjon dira qu' « il jouit de plein droit du bénéfice d'inventaire ». Le droit écrit assimilait, au contraire, vocation universelle et continuation de la personne, ce qui était admis aussi par les coutumes romanisantes (Bourgogne, Berry). La solution moyenne des articles 1004 et 1006 du Code civil — qui n'accorde la saisine au légataire universel que lorsqu'il n'existe pas d'héritier — paraît, d'ailleurs, provenir de ces coutumes.

LE BÉNÉFICE D'INVENTAIRE. — Jusqu'au XIVe siècle l'héritier ne peut qu'accepter ou refuser la succession ; ce qui paraît bien établir que l'obligation aux dettes *in infinitum* est relativement tardive ; mais elle parut, quand elle exista, si onéreuse pour l'héritier que le pouvoir royal vint à son secours par le biais de lettres de chancellerie (t. I, p. 103) lui concédant un bénéfice analogue à celui de la loi *Scimus* (C., 6, 30, 22). Il s'agissait, suivant l'opinion courante (OLIVIER-MARTIN, t. II, p. 411, et *Congrès des Sc. hist. Bruxelles*, 1923, p. 266), non d'un droit ouvert à tous mais d'une faveur concédée discrétionnairement dans une lettre de chancellerie.

En fait, au moins vers 1340, tous les exemples concernent soit des successions dont le roi est créancier, soit des successions menacées de vacance (*supra*, p. 417). Par un procédé fort analogue à celui qui a donné naissance à la tutelle (*supra*, p. 116)

le bailli désigne un administrateur (normalement l'héritier) pour liquider la succession.

Comme le tuteur, l'héritier doit faire inventaire. Le bailli convoque, d'ailleurs, tous les successibles et si l'un d'eux accepte purement et simplement il est substitué à l'héritier plus proche (ce qui suffit à montrer que l'acceptation bénéficiaire n'est pas un « troisième parti » ouvert à l'héritier, mais qu'elle implique une acceptation de la succession).

Les coutumes maintinrent ce dernier principe au moins pour les collatéraux : « L'héritier simple exclut l'héritier par bénéfice d'inventaire » (LOYSEL, n° 305). Quelques coutumes (Bretagne, art. 593) gardèrent mieux encore l'ancienne tradition en traitant les héritiers bénéficiaires comme des économes et des séquestres, mais en les dispensant de demander des lettres de chancellerie. La même dispense est admise en Berry et en Bourgogne où l'on suit la pratique des pays de droit écrit.

La plupart des coutumes, si elles font allusion au bénéfice d'inventaire (Paris, art. 342-344), n'en traitent pas expressément : ce qui fait réputer qu'il ne s'agit pas d'un bénéfice coutumier. L'ordonnance de 1667 (VII, 1) donna à l'héritier trois mois pour faire inventaire et quarante jours pour délibérer (*sic*, art. 795 C. civ.) et la jurisprudence fixa les règles de la matière et les causes de déchéance : elle décida notamment — contrairement aux solutions du droit romain et de notre Code civil — que l'héritier ne pouvait pas payer les créanciers à mesure qu'ils se présentaient mais qu'il devait garder l'ordre établi (arrêt de 1577).

ÉTAT DES QUESTIONS

Les meilleurs traités anciens sont ceux de Denis LEBRUN, *Traité des successions*, éd. 1692 et 1775, de POTHIER et les articles de MERLIN (de Douai ; cf. sur lui L. GRUFFY, 1934) au *Répertoire* de GUYOT ; à compléter sur la représentation et le double lien par l'ouvrage de GUYNÉ (éd. 1779), et sur l'Edit des mères par le livre du président BOUHIER (éd. 1726). Pour les modernes, Ch. LEFEBVRE, *L'ancien droit des successions*, 2 vol., 1912, paraît vieilli. Les cours (polycopiés) de M. PETOT sont très précieux : *La succession en ligne directe*, 1952-1953 ; *Questions relatives au droit de succession*, 1955-1956. L'exposé d'OLIVIER-MARTIN, *Coutume de Paris*, t. II,

p. 365-473, demeure assez succinct. Beaucoup d'idées neuves et justes ont été exprimées sous une forme paradoxale par E. M. MEIJERS, cité p. 386.

Des travaux ou thèses de valeur inégale ont été consacrés aux diverses coutumes : Anjou, L. MONTAUBIN (1898) ; Artois, G. LENOIR (1914) ; Auvergne, J. LACARRIÈRE (1910) ; Bourbonnais, G. VILLEDEY (1933) ; Bretagne, G. BURGOT (1905) ; Basse-Bretagne, d'ESPINAY (1895) ; Flandre, E. VAN DE WALLE (1902) ; (fiefs) E. BELLETTE (1925) ; Franche-Comté, P. WOLFROM (1920) ; Hainaut, A. DOURNES (1899) ; Haute-Marche, P. DELAGE (1943) ; Lille, D. REFLET (1909) ; Limoges, V. VANDERMARCQ (1907) ; Maine, C. LECUREUR (1909) ; Metz, F. JAGER (1911) ; Montfort-l'Amaury, A. LORIN (1906) ; Normandie, E. ESCARRA (1903) ; A. SAILLARD (1913) ; Grand Perche, R. GUITTON (1906) ; MAILLET, *RHD.*, 1946, p. 149 ; Reims, A. GUILLAUME (1905) ; L. CAILTEAUX, 1944 et *RHD*, 1946-47, p. 272-301 ; Saintonge, M. BURES (1900).

Sur *la Normandie*, R. GÉNESTAL, Les principes du droit normand au XIIIe siècle, *RHD*, 1921, p. 671-688 ; Ch. LEFEBVRE, L'ancien droit succ. en Normandie, *RHD*, 1917, p. 73-124 ; J. YVER, Les caractères originaux de la coutume de Normandie, *Mém. Ac. Sciences, Arts et Belles-Lettres de Caen*, XII, 1952, p. 307-356.

Sur *la Bourgogne*, le remarquable travail de J. BART, *Recherche sur l'histoire des successions « ab intestat » dans le droit du duché de Bourgogne du XIIIe siècle à la fin du XVIe siècle (Coutume et pratique)*, Dijon, 1966 ; également J. MAILLET, *RHD*, 1962, p. 153-179 ; *Etudes Didier*, 1960.

Sur *Lille*, P. PAILLOT, Le partage du patrimoine familial et la dévolution héréditaire, 1939 (Extr. *Mém. Soc. hist. droit anciens pays flamands, picards et wallons*).

Le droit de succession est lié à la disparition de la mainmorte dont il ne peut être traité ici : P. PETOT, L'origine de la mainmorte servile dans *RHD*, 1940-41, p. 275-309 ; M. BLOCH, Liberté et servitude personnelle au Moyen Age, dans *AHDE*, 1933, p. 19-26 ; JOUON DES LONGRAIS, Deux traits caractéristiques de la coutume de Bretagne concernant les successions, *Mém. Soc. hist. et arch. Bretagne*, 1926, p. 91. Sur le droit de l'évêque aux biens des intestats, G. BARIL, 1912 ; BAUDOT, *RHD*, 1933, p. 738.

Sur *la représentation*, outre MEIJERS qui voit dans la représentation à l'infini une règle du droit « ligurien », R. BESNIER, *La représentation successorale en droit normand*, 1929, c. r. YVER, *RHD*, 1930, p. 84 ; P. PAILLOT, *Etude sur la représentation successorale et sa place dans le droit familial du Nord de la France*, 1935 ; Y. NANT, *La représentation successorale en droit coutumier breton*, 1945 ; R. VILLERS, Parentèles et représentation dans les pays bourguignons et les pays de l'Ouest, *MHDB*, t. XII, 1948-49.

Les glossateurs étudient la représentation qu'ils appellent *jus representationis* et rattachent à une *fictio juris*. Ils en précisent la portée en encombrant la matière de règles nouvelles : par exemple qu'on ne peut représenter *per saltum* ou *omisso medio* (cf. C. C., art. 744, al. 1, et art. 787), De même le droit de représentation fondé sur les liens du sang n'est pas accordé aux enfants adoptifs. Une controverse classique opposait les docteurs sur le cas où le défunt ne laisse que des neveux : AZON tenait qu'ils

succédaient par tête (auth. *Cessante*, C. 6, 58, p. l. 3) ; BARTOLE qu'ils succédaient par souche (*post consanguineos*, D., 38, 14, 2). L'opinion d'AZON fut reprise par le Parlement de Paris en 1526 (IMBERT, *Enchiridion*, p. 418) mais critiqué par DU MOULIN (*Opera*, t. III, p. 865 et 945). L'article 787 du Code civil supprimera la représentation afin de partager conformément à la solution de la coutume de Paris.

Sur le *partage par lits*, J. YVER, *RHD*, 1948, p. 14, 1949, p. 496. Sur le *droit de dévolution* (en Hollande), H. F. W. D. FISCHER, Keuze van erfrecht, *TR*, t. XIX, 1951, p. 220-262, et l'article très fouillé de J. IMBERT, Le droit de dévolution dans les coutumes namuroise, messine et alsacienne, *TR*, 1955, p. 207-235 ; sur le droit de Colmar, Ch. KUHLMANN, 1955.

Sur le *douaire des enfants*, outre OLIVIER-MARTIN, t. II, p. 354-360 et 465-473, la discussion de la théorie de FICKER (*Untersuchungen*, t. III², p. 244-294), sur le partage des *materna* par Robert CAILLEMER, *Mélanges Appleton*, 1903, p. 111-116, et *Studi... Scialoja*, 1904. La portée de cette institution sera comprise par un exemple : si le père est marié sans constituer de douaire conventionnel, la femme a, à Paris, la moitié des propres du mari comme douaire ; les enfants du premier lit hériteront donc de cette moitié ; les enfants du second lit auront le quart des propres antérieurs au premier mariage, la moitié des propres échus à leur père après la mort de la première femme et la moitié de la part de leur père dans les conquêts du premier mariage qui deviennent propres de la seconde communauté. Il reste à répartir le quart des propres primitifs — appelé « quart égaré » — qui (sauf l'aînesse des fiefs) est anciennement réparti également entre les enfants. Les douairiers pouvaient concourir avec les autres héritiers (cf. p. 273). Le concours provoquait tout aussitôt une grave difficulté : si le douairier devient héritier, comment peut-on lui permettre de prendre le douaire sans contribuer aux dettes ? Ce qui appellera, au XVe siècle, une réponse simple : on ne peut être à la fois héritier et douairier ; l'enfant qui veut prendre le douaire libre de toute dette doit préalablement renoncer à la succession paternelle ; la règle qui visait les créanciers fut étendue aux rapports entre enfants par un arrêt de 1535.

Le *privilège de masculinité* est étudié en même temps que l'exclusion des filles dotées : *infra*, p. 489 ; R. BESNIER, Les filles dans le droit normand, *TR*, 1930, p. 488-506 ; *RHD*, 1930, p. 789 ; J. GILISSEN, Le privilège de masculinité dans le droit de la Belgique et du Nord de la France, *Revue du Nord*, 1961, p. 201-216.

Sur l'*aînesse*, en Normandie : J. PORQUET, 1912 ; R. GÉNESTAL, La formation du droit d'aînesse dans *Normannia*, t. I, 1928, p. 157-179 ; en Bretagne, l'aînesse a été introduite par la fameuse Assise au comte Geoffroy de 1185 (cf. PLANIOL, *RHD*, 1887, p. 163-174) ; pour la Bourgogne, G. CHEVRIER, Conjectures sur l'originalité du droit féodal dans les deux Bourgogne, dans *Ann. de Bourgogne*, t. XXIII, 1951, p. 46-49 ; pour le Poitou, G. d'ESPINAY, *RHD*, 1896, p. 365 et 477 ; E. CHARLOT, 1901 ; L. THIÉBAULT, 1904 (Lorraine et Barrois).

Sur le *droit propre aux fiefs* : Noël DIDIER, *Le droit des fiefs dans la coutume de Hainaut au Moyen Age*, 1945 ; P. PORTEJOIE, Le régime des fiefs

d'après la coutume de Poitou, *Mém. Soc. Antiqu. Ouest*, 1959, p. 147-153 ; cf. *Vieux Coutumier*, nos 648-665, éd. FILHOL, p. 223 ; RABASSE, *Du régime des fiefs en Normandie*, 1905.

L'exemple des coutumes pyrénéennes (Béarn, Barèges, Lavedan) suffit à montrer que l'aînesse est pratiquée même par les communautés paysannes les plus fermées :

a) Le régime le plus archaïque paraît bien être celui de l'aînesse intégrale même au profit de la fille aînée ; il est appliqué aux successions des serfs en Béarn et aux successions non nobles dans la vallée d'Ossau, en Soule et en Navarre, et jusqu'au XVIIIe siècle à Barèges et en Lavedan.

b) L'aînesse assortie de la masculinité concerne, au contraire, en Béarn, les maisons nobles ; s'il n'y a que des filles l'aînée succède. Le même régime est prévu pour les maisons non nobles par le for de Morlaas qui concerne les lieux de peuplement plus récents avec, cependant, cette particularité que s'il n'y a que des filles elles partagent également (comme en Normandie).

c) Le for réformé de 1551 étend la solution du for de Morlaas à toutes les successions non nobles, en les soumettant au privilège de masculinité.

d) Enfin, en Soule et en Navarre, presque chaque maison noble a son régime particulier et si le droit d'aînesse est d'application générale, la masculinité ne l'est pas.

On peut évidemment penser à des usages propres à un pays où la terre est rare et où le morcellement de la maison est impossible ; mais les analogies de ce droit pyrénéen avec certains traits du droit normand et, plus encore, du droit de l'extrême Nord n'en sont pas moins fort curieuses — et de nature à démentir une origine purement féodale de l'aînesse. Cf. Pierre LUC, *Vie rurale et pratique juridique en Béarn aux XIVe et XVe siècles*, 1943 (remarquable à tous égards), et rendant inutiles presque tous les ouvrages antérieurs de A. RICAUME (1897), L. LABORDE (1909), G. DUPONT (1914), A. FOUGÈRES (1938). Paul OURLIAC, La famille pyrénéenne au Moyen Age, *Recueil d'études sociales... Le Play*, 1956, p. 257-263 ; art. 274 et 276 du For général ; art. 74 du for de Morlaas (*Fors de Béarn*, éd. MAZURE et HATOULET, 1841-43). A noter encore que, au cas de remariage, on partage, à Morlaas, par moitié entre les lits (art. 268, Béarn) et qu'un bien pour avoir la qualité de propre devra avoir été possédé par trois personnes d'un même lignage (for de 1551, V). Sur l'aînesse dans les successions serviles : J. BRISSAUD et P. ROGE, *Textes additionnels aux anciens fors de Béarn*, Toulouse, 1905, p. 134.

Sur le *parage* : R. GÉNESTAL, *Le parage normand*, Caen, 1911 ; G. CHEVRIER, Les aspects familiaux du parage comtois dans *Etudes P. Petot*, 1959, p. 79-85 ; H. LEGOHEREL, Le parage en Touraine-Anjou au Moyen Age, *RHD*, 1965, p. 222.

Le parage général s'applique en Normandie au cas de partage d'une succession comprenant plusieurs fiefs tandis que le parage particulier s'applique au cas exceptionnel de partage (entre filles) d'un fief indivisible et aussi aux tenures roturières. Il ne s'applique pas aux « échoites » qui forment la part des puînés qui ne sont pas pourvus de fiefs. Là où l'indivisibilité est admise (pour les baronnies, par exemple), les puînés sont

dépourvus. Les coutumes de l'Ouest leur accordent une « soutenance » qui équivaut, dans notre droit, aux « aliments » : en Bretagne, l'*Assise au comte Geoffroy* impose à l'aîné de recevoir ses frères dans sa maison ou de leur fournir une rente convenable en deniers (tandis que les sœurs ont un *maritagium*, terre ou rente assignée). L'*Ancienne Coutume de Bretagne* (art. 210) admet une constitution d'usufruit ou *viage*. En Anjou et Touraine, il est question pareillement pour les baronnies (mais non pour les autres fiefs) d'un « avenant bienfait » aux puînés (*Etabl.*, I, 26) ; à la fin du XIVe siècle la même conception paraît valoir pour tous les fiefs (OLIVIER-MARTIN, *RHD*, 1923, p. 541), ce qui réduit les puînés à un *viage* et montre bien le progrès des idées nobiliaires favorables à l'aîné ; mais au XVIe siècle le droit des puînés paraît être à nouveau un droit en propriété. En Normandie, si le patrimoine est constitué par un seul fief (non partageable) l'aîné doit à ses frères des *victualia* (*T. A. C.*, I, 8, 4). Il en est de même en Picardie avec le droit de « vivelotte » (BOUTILLIER, t. 98 ; Jean LE COQ, n° 381) et en Vermandois (P. de FONTAINE, 34, 3-13). Cf. J. de LAPLANCHE, *La « soutenance » ou « pourvéance » dans le droit coutumier français aux XIIIe et XIVe siècles*, 1952 ; M. GARRAUD, Le « viage » ou le « retour » des coutumiers de Poictou (1417) (Ext. *Bull. Soc. Antiqu. Ouest*, 1921).

Le *droit d'ultimogéniture* est admis par certaines coutumes roturières qui donnent, au contraire, la préférence au dernier-né : tel le privilège de *maineté* connu dans le nord de la France et en Belgique (en Artois, en Picardie, à Lille : G. LEPOINTE, *RHD*, 1946-47, p. 134 ; *TR*, 1953, p. 297-309 ; en Brabant : J. ROGGEN, *Bull. comm. Anc. lois et ordonn. Belgique*, 1950, p. 192-228 ; en Hainaut : M. LECOMPTE, *La mainferme*, 1911 ; en Flandre : MEIJERS, *West-Vlaamsch Erfrecht*, 1932, p. 58 ; synthèse de J. GILISSEN, *Etudes Petot*, p. 231-250). Tel encore le droit du *juveigneur* admis en Bretagne, par exemple, pour les tenures à quevaize et à domaine congéable par l'usement de Rohan (art. 17 ; cf. E. CHENON, *L'ancien droit dans le Morbihan*, 1893 ; d'ESPINAY, *RHD*, 1895, p. 35-55) ; telles enfin les coutumes alsaciennes (E. BONVALOT, 1901) ou frisonnes. Ce droit n'est pas, comme le croyait GLASSON, « une des institutions de l'humanité primitive » (*RHD*, 1892, p. 92) ; il ne paraît ni celtique, ni saxon (G. des MAREZ, *Le problème de la colonisation franque*, 1926, p. 52) ni même belgo-helvétique (MEIJERS) ; il est lié à une vieille pratique des communautés roturières ; le dernier-né reste avec ses parents, les soutient dans leur vieillesse et ainsi acquiert un droit à leur tenure.

Sur la règle *paterna paternis* la meilleure étude d'ensemble, due au doyen BRAGA DA CRUZ, a été citée p. 385 ; J. PLANEL-ARNOUX, th., Caen, 1962.

La *fente* a été étudiée spécialement pour le droit bourguignon par E. CHAMPEAUX, *TR*, 1924, 251 ; R. VILLERS, *MHDB*, 1948-49, p. 187-200 ; J. MAILLET, *ibid.*, p. 267-274.

Le principe de l'*exclusion des ascendants (Nichtsteigen)* a été justifié pour des raisons militaires (MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, XXX, 34), économiques (BRUNNER), féodales, ce qui donne une grande portée à la règle *feudum non ascendit* (CUJAS ; E. de LAURIÈRE, *Textes des coutumes... de*

Paris, t. III, p. 60). Plus subtilement, FICKER, II, p. 412-444, donne à la règle une portée « naturelle » (mais entièrement hypothétique) : on ne peut frustrer les descendants de leur légitime expectative et il est anormal qu'un ascendant survive aux descendants (ce qui peut aboutir à une conciliation conférant aux ascendants un droit d'usufruit : Nivernais, Anjou, Maine, droits hispaniques). M. BRAGA DA CRUZ rattache ce principe au droit de « troncalité ». E. MEIJERS, enfin, fait de la règle une caractéristique du droit « ligurien » de succession (*supra*, p. 387) ; Alexander GAL, *Der Ausschluss der Ascendenten*, 1904 (cité, p. 384) ; J. TRUILLE, *Le régime successoral des ascendants dans l'ancien droit et le droit intermédiaire*, Paris, 1910.

Sur l'*obligation aux dettes*, R. SALEILLES, De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français, dans *Bull. Soc. Etudes législatives*, t. IX, 1910, p. 296-325, et t. X, 1911, p. 56-102 ; Ed. MEYNIAL, Remarques sur le rôle joué par la pratique et la jurisprudence dans l'œuvre d'unification du droit en France, dans *Congr. int. droit comparé*, t. I, 1900, p. 269-309, repris dans *Rev. gén. droit*, t. XXVII, 1903, p. 336-446. Cf. aussi le *Répertoire* de MERLIN, v° Légataires, VII, 1. F. JOUON des LONGRAIS, *La conception anglaise de la saisine*, 1927, et art. cité p. 427. Cf. encore CHAMPEAUX, 1898 ; H. PATTE, 1899 ; F. JAGER, 1911 (transmission héréditaire en pays messin).

Sur les *successions vacantes*, R. CAILLEMER, *Confiscation et administration des successions par les pouvoirs publics au Moyen Age*, 1901 ; P.-C. TIMBAL, La confiscation dans le droit français des XIIIe et XIVe siècles, *RHD*, 1943, p. 44-79 ; 1944, p. 35-60.

Chapitre VI

LA RÉCEPTION DES IDÉES ROMAINES

Les principes romains — ceux de la *Novelle* 118 spécialement — valaient par leur simplicité et leur logique : ils rejetaient tout privilège d'agnation ou de sexe, fixaient le droit de chaque parent suivant l'affection présumée que lui portait le défunt, appelaient le conjoint après tous les parents et décidaient que tous ces droits seraient réciproques.

Ces principes seront très tôt et presque parfaitement reçus dans le Midi (section I).

Dans les pays coutumiers l'influence de ce principe est nettement perceptible dès les XIIIe et XIVe siècles, par exemple dans le règlement du passif, dans les règles de la représentation ou du double lien, au moins dans les régions — Orléanais, Berry, Bourgogne — les plus ouvertes au droit romain. Ces progrès seront plus nets encore à partir du XVIe siècle sous l'action de la doctrine, la référence au droit commun n'étant bien souvent qu'un retour au droit romain ; l'édifice coutumier conservera, en apparence, son aspect et son originalité ; mais la dégradation n'en sera pas moins constante (section II). Elle préparera l'unification du droit successoral réalisée par la Révolution.

Section I. — Les pays de droit écrit

Les coutumes successorales du Midi. — On connaît déjà l'histoire de ces coutumes (*supra*, p. 11) : le règlement des successions tient de trop près à l'organisation familiale pour n'avoir pas été l'un des points où les statuts méridionaux s'oppo-

sèrent le plus nettement au droit de Justinien. Jamais, avant le XIIe siècle, celui-ci n'avait été appliqué dans le Midi qui avait vécu sur des souvenirs du droit théodosien plus ou moins mêlés de droit vulgaire.

Une opposition apparaît dès l'abord entre le Sud-Est et le Sud-Ouest.

Les statuts des villes provençales consacrent les règles romaines (sauf en ce qui concerne l'exclusion des filles dotées, *infra*, p. 490) ; il en est de même en Dauphiné, dans le pays viennois et en Rouergue. Mais la règle *paterna paternis* existe dans la région de Montpellier comme dans le Quercy, l'Agenais, la Guyenne et dans toutes les Pyrénées atlantiques. On parle dans ces pays d' « héritages de lignées », de « biens papoaux », c'est-à-dire de propres.

D'autre part, au moins pour les fiefs, la tendance est à l'aînesse et plus encore à la masculinité. Le chef de famille en fixe les principes dans une *convenientia* solennelle (cf. t. I, p. 67) qui peut devenir elle-même le point de départ de statuts familiaux qui ne devaient disparaître qu'au XVIe siècle sous l'action des Parlements.

Même lorsque le flot romain eut recouvert, au XIIIe siècle, la plupart des coutumes anciennes, des traces du droit antérieur apparaissent comme autant de buttes témoins qui révèlent l'originalité du droit antérieur, spécialement dans l'ancienne Aquitaine que César opposait déjà à la *Provincia* (cf. t. II, p. 409).

a) On peut noter une hostilité certaine à la mère ou aux parents maternels. La coutume de Toulouse (art. 124) accorde la succession au père et aux parents paternels : il ne s'agit pas d'une exclusion des femmes mais de la parentèle de la mère, ce qui rejoint les solutions des coutumes de Normandie ou d'Auvergne mais aussi celles des statuts de l'Italie du Nord. La règle persistera à Toulouse jusqu'au XVIIIe siècle et elle sera justifiée par l'argument, donné par le Parlement, qu'il faut favoriser les « descendants de la maison ».

b) Au sud d'une ligne qui part de Dax, suit un tracé à peu près parallèle à la chaîne des Pyrénées pour s'infléchir et rejoindre la Garonne vers le Val d'Aran, apparaît dans les chartes une

disposition fort remarquable : la succession d'un père est dévolue à l'aîné qu'il s'agisse d'un fils ou d'une fille (cf. p. 429). Le système se conservera en Lavedan jusqu'au XVIIIe siècle. On en trouve aujourd'hui encore des traces très nettes en Andorre où les droits de l'héritière (ou *pubilla*) sont toujours affirmés par la coutume. Au nord de cette ligne, les coutumes sont encore hostiles à tout partage mais la succession revient à l'aîné des fils.

c) A Bordeaux et sur le littoral atlantique, on retrouve toutes les règles coutumières : l'aînesse, même entre filles, appliquée, comme dans l'Ouest, à toute la succession noble, la dévolution spéciale des acquêts et des propres et la préoccupation d'attribuer ceux-ci « au côté ou lignage d'où ils sont descendus ».

LES PRINCIPES ROMAINS. — Il n'empêche que, dans l'ensemble, un fond d'idées romaines prévaut. La pratique du testament devient vite générale. L'héritier ne succède pas à des biens individualisés, mais au patrimoine du défunt et, par là, à sa personne.

Le principe est nettement affirmé dans une glose d'Accurse : *unam fingi personam testatoris et heredis* (gl. *unam quodammodo*, *Nov.* 48). Tout successeur universel répond des dettes *ultra vires*, d'où la pratique du bénéfice d'inventaire. On admet, d'autre part, avec Accurse, que l'hérédité jacente représente la personne du défunt (G. ERMINI, *Riv. storia dir. it.*, XII, 1939), *persona ficta et representata*, ajoutera Bartole.

Sous l'influence de ces principes enseignés dans les universités, repris dans les formulaires dont usaient les notaires, on conçoit que les règles anciennes, là où elles n'étaient pas bien établies, aient été vite négligées : seules compteront les règles des *Novelles* 118 et 127.

L'APPLICATION DE LA NOVELLE 118. — Les difficultés d'interprétation de ce texte demeurent assez rares, à raison même de la fréquence des testaments. Bien souvent, d'ailleurs, les divergences des Parlements ne seront que l'écho des controverses des romanistes.

a) Pour les descendants, l'égalité est la règle et les principes de la représentation sont normalement appliqués. Les fidéicommis, les préciputs testamentaires ou les institutions contrac-

tuelles permettent cependant, dans les familles nobles mais aussi dans beaucoup de familles bourgeoises ou paysannes, de « faire un aîné ». L'exclusion des filles dotées est, d'autre part, très générale (*infra*, p. 497).

b) Les ascendants sont appelés ensuite et concourent avec les collatéraux privilégiés, frères, sœurs ou leurs descendants. S'il n'y a que des ascendants, le plus proche exclut le plus éloigné et la représentation n'a pas lieu. Ce n'est qu'à égalité de degré que le partage a lieu par lignes (*contra*, art. 746, al. 1, C. civ.).

Si des frères et sœurs concourent avec des ascendants, la *Novelle* 118 impose le partage par parts viriles ; mais le Parlement de Toulouse répartit ensuite par souches la part revenant aux ascendants (MAINARD, VI, 93).

Si les ascendants du défunt étaient en concours avec ses neveux, le Parlement de Bordeaux privait ceux-ci de tout droit, ce qui maintenait, contre la glose, l'opinion de Cujas et de Domat (LEBRUN, *Succ.*, I, 6, 2).

Enfin, si la succession n'est dévolue qu'à des neveux, les Parlements de droit écrit comme le Parlement de Paris suivent l'opinion d'Azon et admettent le partage par tête (cf. *supra*, p. 428), ce qui aboutit à supprimer dans ce cas tout privilège de double lien (OLIVE, V, 35).

c) Le droit des frères, utérins et consanguins, était ramené par tous les commentateurs à une application de la règle *paterna paternis* ; ce qui était repris d'Azon (l. *De emancipatis*, C., VI, 58, 13) et rompait l'égalité entre frères.

d) Dans l'ordre des collatéraux ordinaires, le plus proche l'emportait ; il n'y avait ni fente ni représentation.

e) Enfin, à défaut de tout parent, le mari succède à sa femme et la femme à son mari. On dit couramment que l'édit *Unde vir et uxor* est reçu dans toutes les provinces de droit écrit. Quelques Parlements du Midi (Toulouse, Bordeaux) admettaient la quarte du conjoint pauvre (p. 290) et, sur le fondement de l'authentique *Praeterea* (*Nov.* 53 et 117), accordaient à la femme pauvre le quart des biens de son mari en propriété ou, s'il y a des enfants, seulement en usufruit (MAINARD, III, 25).

Sur un seul point les solutions romaines étaient techniquement inférieures aux solutions coutumières. La règle « le mort saisit le vif », si elle est souvent invoquée et si même elle figure dans des coutumes locales (Et. BERTRAND, IV, cons. 417), n'est pas d'application générale dans le Midi. L'héritier n'est donc pas en saisine et il doit faire *aditio* ou tout au moins prendre possession par une *immixtio* ; faute de quoi, si l'héritier vient à mourir il ne transmet pas son droit à ses propres héritiers. On admit cependant, comme en droit romain, que, si l'héritier mourait dans l'année où il avait connu sa vocation, le *jus deliberandi* était transmis à son héritier.

L'EDIT DES MÈRES (1567). — Les idées nobiliaires — qui sont à leur comble au XVIe siècle — inspirent l'Edit des Mères ou de Saint-Maur de Charles IX. Cet édit était fait pour les pays de droit écrit et spécialement, paraît-il, pour l'intérêt particulier du maréchal de Montluc. Il excluait la mère de la succession aux propres de ses enfants au prétexte que cette succession aboutissait « à la perte et destruction de beaucoup de bonnes maisons et de familles anciennes » : la mère n'avait droit qu'aux meubles et aussi à un usufruit de moitié de la succession.

L'édit était conçu en termes « captieux » et fort mal rédigé ; il ne visait ni le père, ni les aïeuls ou aïeules (LEBRUN, *Succ.*, I, 5, 8) et prétendait introduire dans le droit écrit l'idée coutumière que les biens ne pouvaient « fourcher » dans une famille étrangère. Cujas le critique et seul, dans le Midi, le Parlement de Provence l'appliquera. Il fut révoqué par un édit de 1729 qui imposa le retour au droit romain, « la noblesse ayant d'autres moyens de se préserver et les maisons du Midi étant aussi florissantes que celles des pays coutumiers ».

LE DROIT DE RETOUR DE L'ASCENDANT DONATEUR. — Le droit de retour n'apparaît vraisemblablement qu'avec le droit de Justinien : on y vit l'effet d'une condition résolutoire tacite, ce qui conduisait à admettre que le père donateur n'était pas tenu des dettes ou charges du fils donataire, que le retour opérait avec rétroactivité et que toutes les aliénations étaient révoquées. Comme le remarquaient les auteurs coutumiers, on diminuait ainsi l'effet de la donation qui était réduite à une sorte d'usufruit.

Les glossateurs assimilèrent la donation à la dot profectice (D., 23, 3, 6) qui devait faire retour au père au cas de mort de la fille. Bulgarus admettait que la dot devait être restituée même s'il y avait des enfants du mariage. Plus favorable à ceux-ci, la jurisprudence suivit l'opinion contraire de Martinus en prétextant que sur ce point la coutume avait modifié le droit romain (p. 283). Les enfants ne reçoivent pas la dot de leur mère puisque celle-ci ne l'avait jamais possédée mais directement de leur grand-père à charge de l'imputer sur sa succession (Et. BERTRAND, IV, cons. 261 ; VI, cons. 123). Au cas où les enfants mouraient après leur mère, une controverse célèbre opposait les Parlements : les uns accordaient le retour au grand-père (Toulouse, Bordeaux), d'autres le consentaient au père (Paris, Grenoble, Aix).

L'idée de condition tacite conduisit les Parlements, contrairement à la pratique antérieure, à étendre largement le droit de retour : par exemple, à toutes les donations faites par des collatéraux et aux donations faites même hors mariage. On s'écarte par là du droit romain mais on prétend fonder le retour sur la « loi naturelle » (LOUËT, P n° 47). Ainsi posée, la question ne pouvait manquer de susciter d'innombrables difficultés et de grandes divergences entre les Parlements (cf. le traité d'Arnauld de LA ROUVIÈRE, Paris, 2 vol., 1737).

SECTION II. — Les pays coutumiers

L'influence romaine bien servie par la doctrine n'est pas toujours très perceptible en pays coutumiers : elle n'en est pas moins, on l'a dit, très profonde au point que bien des solutions du droit commun coutumier reprennent ou adaptent les solutions romaines.

LA DISTINCTION DES PROPRES ET DES ACQUÊTS. — Anciennement, la qualité de propre est présumée et elle est attribuée aux *propres d'héritage*, hérités des parents ou donnés par eux, aux *propres de subrogation* acquis en échange d'un propre et aussi aux *propres de retrait*, achetés d'un parent ou acquis par l'exercice du retrait lignager (t. II, p. 413 ; cf. art. 139 N. C. de Paris ; RENUSSON, *Propres*, 13).

Loysel (n° 207) et après lui Bourjon (*Dr. comm.*, t. I, p. 430) admettent que « tous biens sont réputés acquêts s'il n'appert du contraire » et que l' « homme naît nu » : ce qui établit une présomption en faveur des acquêts.

La dégradation des règles coutumières. — Corrélativement on en vient à considérer que la succession aux acquêts est de droit commun et par là à atténuer les règles de dévolution spéciales aux propres :

a) Par une sorte de dégradation constante des idées coutumières, des coutumes anciennement souchères deviennent, lors de la réformation, des coutumes de côté et ligne (Orléans, art. 324 ; Paris, art. 326 ; cf. Olivier-Martin, t. II, p. 443) ; d'autres deviennent coutumes de simple côté et celles-ci sont tenues au XVIIIe siècle — quoique moins nombreuses — pour représenter le droit commun : on aboutissait ainsi à « fendre » la succession entre les deux lignes et, dans chacune d'elles, à tout donner au parent le plus proche. Lebrun dira à ce sujet que la règle est plus simple et qu'elle se rapproche « du droit primitif originaire conforme au droit romain » qui favorise l'héritier le plus proche (*Succ.*, II, 3, 1).

b) Anciennement si une ligne n'était pas représentée le bien était en déshérence et il revenait au seigneur haut-justicier (*supra*, p. 417). Par hostilité à ce droit seigneurial, Du Moulin admet qu'au cas de silence de la coutume le bien non attribué fera retour à l'autre ligne (sur Paris, 147, 1-4) et la solution sera reprise en 1580 par les coutumes de Paris (art. 330) et d'Orléans (art. 326) et exprimée par Loysel : « Où ramage défaut lignage succède » (n° 327) : c'était, au moins dans ce cas, revenir souvent à l'unité de la succession. On discutera même si le bien ainsi dévolu ne perd pas le caractère de propre. Au XVIIIe siècle, la dévolution de ligne à ligne est considérée comme de droit commun et introduite ainsi dans les coutumes — les plus nombreuses — qui ne prévoyaient pas expressément la dévolution au seigneur.

c) Du Moulin avait prétendu que la règle « Propres ne remontent » n'était qu'une application de *paterna paternis* et qu'elle signifiait seulement que les biens ne pouvaient pas passer d'une ligne à l'autre (sur Paris, art. 129). On en revenait

par là aux règles de dévolution des acquêts et, dans les coutumes qui l'admettaient, à préférer les ascendants aux collatéraux.

Quant au droit de retour, il fut reconnu comme de droit commun et on le rattache désormais, plus qu'à la règle coutumière, à la réversion romaine (LEBRUN, *Succ.*, I, 5, 2). Bourjon (t. I, p. 920) admet que les ascendants ont la « grande main », c'est-à-dire un droit de succéder, à défaut d'autre héritier, même aux propres de l'autre ligne. Quelques coutumes (Paris, art. 314 ; Orléans, art. 316) accordèrent même au père ou à la mère survivant un usufruit sur le bien venu à l'enfant (décédé) de l'autre ligne. La règle allait si nettement contre la distinction des lignes qu'elle ne fut jamais reçue par le droit commun (LEBRUN, I, 5, 3).

d) Les coutumes n'avaient jamais admis qu'il existe un droit de succession entre mari et femme (sauf Berry, XIX, 8 ; Poitou, art. 299). Cependant, par haine de la confiscation seigneuriale, le Parlement de Paris admit, dès 1582, en se fondant sur l'édit *Unde vir et uxor* (*supra*, p. 435), le conjoint à succéder à défaut de tout autre parent. On jugea que la règle était de droit commun (BOURJON, t. I, p. 793 et 978) et elle fut introduite dans toutes les coutumes muettes. Elle n'était rejetée que dans les coutumes qui appelaient expressément le fisc à défaut de tout parent (Normandie, art. 245 ; Maine, art. 286 ; Anjou, art. 268 ; Bourbonnais, art. 328).

LE RÈGLEMENT DU PASSIF. — Le fait que les propres supportaient comme les meubles les dettes du défunt était un acheminement vers l'idée d'unité de la succession : si les successeurs aux diverses masses de biens demeurent distincts, les dettes du *de cuius* sont la charge de tous les successibles et tous y contribuent au prorata de leur émolument. C'est le système de l'arrêt de Boulard (*supra*, p. 423) qui aboutit à rétablir, au moins pour le calcul à faire, l'unité active de la succession.

Pothier insistera sur l'idée « qu'on ne considère pas la cause de la dette », ce qui le conduit à confondre dans une même masse tout le passif, par exemple les dettes venues du père ou de la mère (qui peuvent être payées sur les propres de l'autre ligne) ou les dettes contractées à l'occasion des propres (qui deviennent la charge de toute la succession).

La coutume de Paris fut tenue, ici encore, comme l'expression du droit commun et, sous le couvert de celui-ci, on introduisit dans toutes les coutumes qui ne le rejetaient pas expressément le système romain. Tous les héritiers représentent la personne du défunt et sont tenus *ultra vires*.

Les règles du bénéfice d'inventaire elles-mêmes furent modifiées : l'exclusion de l'héritier bénéficiaire par l'héritier pur et simple parut désormais une injustice, inconnue du droit romain et « propre à diviser ceux que le sang doit unir » (LEBRUN, III, 4, 40). La coutume de Paris de 1580 (art. 342) admet que l'héritier en ligne directe ne peut être exclu même à égalité de degré et la règle fut admise même par les coutumes qui mentionnaient l'exclusion en termes généraux (Berry, XVI, 16 ; Auvergne, XXXVIII, 12 ; LOYSEL, n° 305). On tend à assimiler l'héritier bénéficiaire à l'héritier ordinaire (cf. édit de 1563, art. 16, pour les créances du roi).

On admet, enfin, la séparation des patrimoines : pour les créanciers du défunt, ce privilège fut admis dans les termes du droit romain et même étendu généralement aux créanciers hypothécaires (à raison des droits que pouvait ouvrir aux créanciers de l'héritier l'hypothèque des biens à venir). Quelques Parlements accordèrent le même privilège aux créanciers de l'héritier (BRODEAU-LOUËT, H n° 19) et le Parlement de Paris admettait même que la séparation se faisait de plein droit : l'usage des lettres de chancellerie, attesté au XVIe siècle, disparut ensuite (LEBRUN, *Succ.*, IV, 1, 1, n° 25).

LA TECHNIQUE ROMAINE : LE PARTAGE. — La technique romaine vient souvent servir l'application des principes coutumiers ; il en est ainsi, par exemple, du rapport (*infra*, p. 494) et aussi du partage.

Le droit romain avait toujours gardé la notion d'un partage translatif de droits (cf. *supra*, p. 359). Pour le droit coutumier, au contraire, si l'indivision est une pratique normale, le partage qui y met fin a, dès l'origine, un effet rétroactif ou déclaratif : l'héritier est censé tenir ses droits directement du défunt (OLIVIER-MARTIN, t. II, p. 415) ; la théorie de la saisine suffisait à expliquer la solution qui permettait au surplus de soustraire le partage au payement de droits féodaux et qui

est parfaitement exprimée par les coutumiers (BEAUMANOIR, nº 569).

La pratique méridionale demeura, au contraire, fidèle à l'idée romaine que le partage est réalisé par une cession ou un échange (malgré Guy PAPE, qu. 48 ; cons. 46, qui aurait le premier formulé la théorie de l'effet déclaratif).

Les bartolistes hésitaient. Après eux, Du Moulin va distinguer les effets civils du partage et la question fiscale. Pour celle-ci, il développa l'idée que le partage est une aliénation nécessaire pour laquelle les droits de mutation n'étaient pas dus au seigneur, même s'il y avait une soulte, même si des étrangers avaient été admis à l'adjudication (*Opera*, t. I, p. 756). Au point de vue civil, au contraire, le partage réalise une mutation de propriété, ce qui rendait opposables à l'héritier loti les hypothèques constituées pendant l'indivision.

Sur ce dernier point, la jurisprudence ne devait pas suivre l'opinion de Du Moulin — très dangereuse puisqu'une hypothèque était attachée anciennement à tout acte authentique et que, de ce fait, elle aurait grevé la part indivise des héritiers et les auraient exposés à des recours difficiles.

Il avait toujours été admis, d'autre part, qu'au cas de désaccord des héritiers le partage pouvait être ordonné par justice, des commissaires ou experts étant désignés pour le préparer. Au cas de partage amiable, souvent, « l'aîné lotit et le puîné choisit » (LOYSEL, nº 235 ; cf. X, 3, 29, 1) ; dans certaines coutumes, celui qui demande le partage doit faire les lots (Nivernais ; BEAUMANOIR, nº 569) ; parfois même, au moins entre nobles, le choix est laissé à l'aîné (Anjou, art. 277).

Si ces difficultés étaient bien réglées par les coutumes, tout le reste de la matière était livré au droit romain qui réglait de ce fait toutes les questions de pure technique : Lebrun (IV, 1), Bourjon (t. I, p. 897), par exemple, allèguent aussi souvent les lois romaines que les coutumes :

a) C'est en se fondant, par exemple, sur l'opinion de Bartole et de Balde que l'on admet qu'un héritier peut demander le partage et l'on argue de la loi *Si pupilli* (D., 3, 5, 6) pour refuser ce droit aux mineurs.

b) C'est encore en se rapportant à des textes romains qu'on

pose les règles de la licitation et qu'on restreint celle-ci au cas où un bien est indivisible.

c) Seule la lésion d'outre moitié était admise par la loi *Majoribus* (C., 3, 38, 3) ; mais Du Moulin (*De usuris*, XIV, 182) avait critiqué la rigueur du droit en indiquant que la prétendue lésion n'était ici qu'une erreur et qu'une *modica inaequalitas* suffisait (cout. Paris, art. 22, VIII, 42). La jurisprudence devait admettre une lésion du quart.

d) La garantie des lots est rapportée à la loi *Si familiae* (C., 3, 36, 14) dont les dispositions étaient parfois reprises par les coutumes (Bretagne, art. 142).

e) Enfin, la prescription de la demande en partage n'a lieu normalement que par trente ans. Seules quelques coutumes (Lille, Bretagne, art. 275) admettaient que « nulle longue tenure ne nuit entre frères et sœurs vivants ».

ÉTAT DES QUESTIONS

Les coutumes méridionales antérieures à la réception du droit romain sont connues soit par les statuts rédigés surtout au XIIIe siècle (t. I, p. 82 et 94), soit dans les actes de la pratique. La seule synthèse (vieillie) est celle de E. JARRIAND, *Histoire de la Novelle 118 dans les pays de droit écrit*, 1889 ; et La succession coutumière dans les pays de droit écrit, *RHD*, 1890, p. 224 ; également, L. FABRE, thèse, 1930.

Sur le droit pyrénéen (plus coutumier que romain), *supra*, p. 429) ; sur divers aspects du droit successoral, H. PECOUT, *Etude sur le droit privé des hautes vallées alpines*, 1907 ; P. OURLIAC, *Droit romain et pratique méridionale*, 1937 ; Note sur les coutumes successorales de l'Agenais, *Annales.., Aix-en-Provence*, 1950, p. 253-258 ; P. TISSET, Mythes et réalités du droit écrit, *Etudes Petot*, p. 553-560 ; R. CAILLEMER, Lo Codi et le droit provençal au XIIe siècle, *AM*, 1906, p. 494-507.

La coutume de Toulouse a été parfaitement étudiée par P.-L. TIMBAL, La dévolution successorale « ab intestat » dans la coutume de Toulouse, *RHD*, 1955, p. 51-82.

L'exclusion des filles dotées liée de très près, surtout dans le Midi, au régime successoral, est étudiée *infra*, p. 497 ; cf. spécialement J. MAILLET, *RHD*, 1952, p. 514.

Sur le droit coutumier des XVIe, XVIIe et XVIIIe siècles, les ouvrages essentiels ont été cités au chapitre précédent ; cf. aussi les commentaires ou recueils d'arrêts cités *supra*, p. 16. On peut y ajouter pour les auteurs anciens ARGOU (*Institutions au droit français*, éd. 1771), H. BASNAGE (Normandie, 1778), J. BRODEAU (Maine, 1645), J. BOUCHEUL (Poitou, 1727),

BOUHIER (Bourgogne, 1787-89), J. BRODEAU (Paris, 1669), CHABROL (Auvergne, 1784), G. DUPINEAU (Anjou, 1725), DURSON (Anjou, 1751), C. de FERRIÈRE (Paris, 1714), P. HEVIN (Bretagne, 1734), JACQUET (Touraine, 1761). L. OLIVIER DE SAINT-VAST (Maine et Anjou, 1778-79), POULLAIN DU PARC (Bretagne, 1748), E. SOUCHET (Angoumois, 1780-83), TAISAND (Bourgogne, 1698), R.-J. VALIN (La Rochelle, 1768). Sur les récompenses, J.-Ch. PERELMAN, th. (dact.), Paris, 1956.

Pour les modernes : P. LEFEBVRE, *Le droit commun des successions d'après les coutumes rédigées et la jurisprudence du Parlement de Paris*, 1911.

Chapitre VII

LA DÉVOLUTION SUCCESSORALE DE 1789 A 1804

L'unification du droit successoral entrevue et patiemment cherchée par tous les auteurs anciens va être réalisée par la Révolution. L'unité du droit est, pour elle, une nécessité logique mais la matière des successions est trop étroitement liée à la constitution de la famille et aux idées politiques pour ne pas subir profondément l'influence des nouveaux principes. Jamais les assemblées révolutionnaires n'ont eu le désir de supprimer l'héritage ; mais, comme le dira Durand-Maillane, canoniste célèbre, rapporteur de la Convention : « Les lois doivent, sans attenter à la propriété, tendre à l'égalité des citoyens par la division de leur fortune autant que la justice et la nature, la politique même, peuvent le permettre » (8 juillet 1793).

Au nom de la liberté, on releva de l'incapacité de succéder les religieux (l. 16-20 mars 1790 ; 8 sept.-14 oct. 1790). Au nom de l' « humanité », on permit aux étrangers de donner et de recevoir en France par tous les moyens qui y étaient autorisés (l. 6 août 1790 ; 15 et 28 avril 1791 abolissant le droit d'aubaine et de détraction sans aucune condition de réciprocité). Au nom de l'égalité enfin, la Constituante et la Législative vont réagir contre les tendances aristocratiques et nobiliaires de l'ancien droit et la Convention complétera cette œuvre en lui donnant ouvertement une portée politique. Le procédé constant des Assemblées révolutionnaires a, d'ailleurs, été de décréter des principes et de réserver la rédaction précise pour une loi postérieure ; ce qui vaut, bien souvent, à cette législation une grande rigueur logique, mais aussi de grandes imperfections pratiques.

Le zèle pour la liberté n'allait pas, d'ailleurs, jusqu'à favoriser les dispositions testamentaires ou les donations. Les substitutions, considérées à juste titre comme le refuge des idées féodales, furent supprimées par le décret des 25 octobre-15 novembre 1792. La Convention décréta que la « faculté de disposer de ses biens soit à cause de mort, soit entre vifs, soit par donation contractuelle en ligne directe était abolie (d. 7-11 mars 1793) ; on voulait enlever au père de famille tout pouvoir d'avantager un de ses enfants au préjudice des autres. On retrouve là la crainte si souvent exprimée que les pères favorisent dans leurs testaments les ennemis de la Révolution.

L'ŒUVRE DE LA CONSTITUANTE. — Quelques cahiers de doléances avaient attaqué le droit d'aînesse tenu pour une institution « bizarre et honteuse », liée à la « barbarie féodale » (cf. *supra*, p. 401). On devait même ajouter, sous l'influence des idées physiocratiques, que c'était « à la manie du droit de primogéniture » que l'on devait « la non-culture d'un tiers de la surface du royaume et sept millions de pauvres » (PHILIPPEAUX, *Projet de législation civile*, 1789).

Les décrets des 4 et 11 août 1789 prononcèrent l' « abolition de la qualité de fiefs » (cf. t. II, p. 158) et, sur le rapport du comité des droits féodaux, le décret des 15-28 mars 1790 déclara supprimés « les droits d'aînesse et de masculinité à l'égard des fiefs et alleux nobles » ainsi que les distinctions tenant « à l'ancienne qualité noble des personnes » (art. 10). Cependant, par désir de ne pas aller contre les droits acquis, étaient exceptés de l'application de cette règle « ceux qui sont actuellement mariés ou veufs avec enfants, lesquels dans le partage à faire entre eux et leurs cohéritiers... jouiront de tous les avantages que leur attribuaient les anciennes lois ». Cette réserve, qui marque bien la modération de la Constituante et son aversion pour toute rétroactivité, ne devait être supprimée que par une loi de la Convention du 4 janvier 1793 et — cette fois avec rétroactivité — par un décret du 5 brumaire an II.

Le décret de mars 1790 ne comportait pas l'abolition des coutumes qui admettaient soit l'aînesse ou la masculinité pour les biens roturiers, soit la succession par lits ; aussi fut-il complété par la loi des 8-14 avril 1791 qui prononça que « toute

inégalité ci-devant résultante, entre héritiers *ab intestat*, des qualités d'aînés ou puînés, de la distinction des sexes ou des exclusions coutumières, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, est abolie ». En outre, « sont abrogées les coutumes qui dans le partage des biens... d'un même père ou d'une même mère établissent des différences entre les enfants nés de divers mariages ». Bien qu'il ait encore prévu une exception en faveur des « personnes mariées ou veuves avec enfants », le texte fut longuement critiqué par certains députés normands qui défendaient leur coutume et soutenaient que « la division à l'infini des propriétés entraîne la division à l'infini entre les hommes ». Une loi des 21 novembre-1er décembre 1790 décida enfin que le conjoint survivant pourrait « succéder à défaut de parenté même dans les lieux où la loi territoriale a une disposition contraire ».

Le jour même où la loi sur les successions était discutée, Mirabeau mourait (2 avril 1791) et le discours qu'il avait préparé fut lu devant l'Assemblée par Talleyrand. Le droit de propriété, disait Mirabeau, « est une création sociale ; les lois ne protègent pas, ne maintiennent pas la propriété : elles la font naître, elles la déterminent, elles lui donnent le rang et l'étendue qu'elle occupe dans les droits du citoyen » (cf. t. II, p. 172). Mirabeau conclut de là à la négation non du droit de succession, ce qui eût été logique, mais à la suppression du testament (sur laquelle l'Assemblée ne se prononça pas).

Les projets de réforme. — Jusqu'en 1789 aucune critique sérieuse n'avait été élevée contre les autres règles coutumières : on se bornait tout au plus à souhaiter une généralisation du droit commun coutumier et de la coutume de Paris.

Le premier, Merlin proposa, le 21 novembre 1790, de supprimer la distinction des propres et acquêts pour « poursuivre la féodalité dans ses derniers retranchements ». Cazalès, porte-parole habituel de la noblesse, devait, d'ailleurs, répondre que le comité, « aveuglé par sa haine contre le régime féodal, imitant ces chevaliers errants qui se battaient contre des fantômes, voit et combat encore la féodalité dans les institutions qui lui sont le plus étrangères ».

L'idée, cependant, faisait du chemin et la Législative la

soumit à son comité de législation ; tous les projets qui furent élaborés, dans la mesure même où ils répudiaient le droit coutumier, se rapprochaient du droit romain ; ils abrogeaient les distinctions tenant à la nature des biens mais ils admettaient par là même l'unité de la succession et sa dévolution au plus proche parent. Pour les ascendants, les trois projets dus à Merlin admettaient déjà la fente ; pour la succession collatérale, ils répudiaient la représentation à l'infini, mais après l'avoir admise seulement, comme en droit romain et dans le Code civil, pour les descendants des frères et sœurs, ils l'étendirent aux cousins germains ou issus de germains.

Dès 1790, s'était enfin manifesté un mouvement d'idées en faveur des enfants naturels. Le premier projet de Merlin ne leur permettait de succéder à leur père ou à leur mère qu'à défaut de tout collatéral et de conjoint. Un projet du 12 mars 1791 leur accorde, au contraire, la moitié de la part qu'ils auraient obtenue s'ils étaient légitimes et donne même un droit de succession aux frères et sœurs naturels. S'agissant de la succession de l'enfant naturel, elle est dévolue à ses descendants légitimes ou naturels, à son père ou à sa mère naturels, à défaut de ceux-ci, à ses frères et sœurs et enfin à son conjoint.

La Législative examina ces divers projets, mais elle dut se séparer sans les avoir votés.

La loi de nivôse an II. — La Convention entreprit, on le sait, de rédiger un Code civil. Pour les successions, la préoccupation politique est nettement avouée : il s'agit de diviser au maximum les biens héréditaires et aussi de favoriser les héritiers jeunes — jugés plus favorables à l'ordre nouveau. Si le projet de Durand-Maillane maintenait la règle de la proximité de degré, le projet de Cambacérès du 9 août 1793 admit très nettement — soit sous l'influence d'un député de la Côte-d'Or, Berlier, soit, plus vraisemblablement, d'un avocat poitevin, Garran de Coulon — le système des parentèles et de la représentation à l'infini.

Le projet devait devenir la loi des 17-21 nivôse an II (6-10 janvier 1794) qui constitue le texte essentiel de l'époque révolutionnaire.

Cette loi « ne reconnaît aucune différence dans la nature des

biens ou dans leur origine pour en régler la transmission » (art. 62) :

1) Elle institue bien « trois espèces de successions », des descendants, des ascendants, des collatéraux ; mais les ascendants ne constituent pas un véritable ordre : ils succèdent par tête et sont exclus par les frères et sœurs et par les neveux et nièces du défunt, c'est-à-dire normalement par leurs propres descendants, mais ils excluent les collatéraux issus d'ascendants plus éloignés : ce qui demeure dans la logique du système parentélaire.

2) De même, l'ordre des parentèles fixe les droits des collatéraux : « ceux qui descendent des ascendants les plus proches du défunt excluent ceux qui descendent des ascendants plus éloignés de la même ligne » (art. 77-81).

3) La représentation « a lieu jusqu'à l'infini en ligne collatérale » (art. 77) ; les représentés entrent « dans la place, dans le degré et dans tous les droits du représenté » (art. 82). La loi impose donc un fractionnement presque invraisemblable de la succession collatérale : « On partagera d'abord la portion qui est attribuée à chaque branche en autant de parties égales que le chef de cette branche aura laissé d'enfants pour attribuer chacune de ces parties à tous les héritiers qui descendent de l'un de ses enfants, sauf à subdiviser encore entre eux dans les degrés ultérieurs, proportionnellement aux droits de ceux qu'ils représentent » (art. 88).

4) La loi admet, enfin, comme système général, la règle de la fente : la succession se divise « en autant de parties qu'il y a de branches appelées à la recueillir ; et la subdivision se fait de la même manière entre ceux qui en font partie » (art. 82) : par exemple, si le défunt ne laisse pas d'héritiers « descendant de son père, la portion paternelle sera attribuée pour une moitié aux descendants de l'aïeul paternel, et pour une autre aux descendants de l'aïeule maternelle » (art. 84). Ce n'est qu'à défaut de tout parent d'une ligne que « les parents de l'autre ligne succèdent pour le tout » (art. 90). Il n'est plus fait mention des droits du conjoint survivant.

Dans sa hâte d'imposer les dispositions nouvelles, la Convention décida de revenir sur tous les partages faits depuis le

14 juillet 1789. Non seulement elle annula toutes les dispositions contractuelles faites depuis cette date, elle appela les religieux à reprendre leur part dans les successions partagées, mais encore elle autorisa la réouverture de toutes les successions échues et liquidées.

Rarement, une disposition rétroactive devait être plus désastreuse dans son application et dans ses résultats. Les pétitions affluèrent auxquelles un décret du 22 ventôse an II entreprit de répondre. Après la chute de Robespierre un décret du 5 floréal an III suspendit « toute action intentée ou procédure commencée à l'occasion de l'effet rétroactif » ; quatre mois après un décret du 9 fructidor an III ramène l'effet de la loi de nivôse à l'époque de sa promulgation. Enfin, un décret du 3 vendémiaire an IV, tout en maintenant les droits acquis de bonne foi, imposa de rétablir les anciens héritiers dans leurs droits : d'où de nouveaux « partages, liquidations, rapports et restitutions » qui portèrent la confusion à son comble.

Dans l'application de la loi de nivôse, une seule question fit l'objet d'une controverse intéressante : celle de la fente et de la refente. Celle-ci existait entre parents de « branchages » également proches du *de cuius* ; mais, en outre, l'article 82 et, plus encore, les articles 85 à 87 admettaient, au cas où l'un des grands-parents n'était pas représenté, un partage avec les descendants des bisaïeuls et ainsi de suite pour les « descendants des degrés supérieurs » : ce qui paraissait bien impliquer une représentation et une refente à l'infini, les membres des branchages les plus éloignés venant en concours avec les membres des branchages plus proches. C'était, avant 1789, le système appliqué aux meubles et acquêts dans la coutume de Bretagne — et parfois en Anjou et Maine où l'on admettait la refente « jusqu'à ce qu'on trouve dans chaque branchage un héritier qui confonde les deux lignes ». Cette solution — qui « pulvérisait » les successions mais devait détruire « l'orgueil aristocratique » — effraya vite les juristes. Le tribunal de cassation rejeta la refente le 3 novembre 1800, se rapprochant ainsi du système romain de la proximité de degré.

Les droits des enfants naturels. — Pour ceux-ci, les idées avaient évolué depuis le projet de Merlin. On invoque

maintenant en leur faveur la « loi de nature » et Cambacérès, quoique personnellement modéré, propose de supprimer « toute distinction inhumaine d'enfants illégitimes, bâtards simples, adultérins, incestueux, enfants trouvés, enfants de la Pitié : tous les enfants sont naturels, légitimes, enfants de la Patrie ». Un décret du 4 juin 1793 pose le principe qui va être développé par la loi du 12 brumaire an II (2 novembre 1793) dont on a dit qu'elle était l'une des plus incohérentes de l'époque.

Tous les enfants obtiennent « le même droit de successibilité » ; encore faut-il qu'ils soient « reconnus par la loi » et que leur filiation soit reconnue par la volonté des auteurs de la naissance ou la possession d'état — ce qui, ajoutait Cambacérès, « environne le mariage d'une garde d'honneur ». Le principe vaut pour la succession du père et de la mère mais aussi pour les successions collatérales. Réciproquement, héritent de l'enfant naturel ses descendants, ses collatéraux et son conjoint. Au contraire, l'omission des ascendants implique que les enfants n'héritent pas de leurs grands-parents et que même leur père ou leur mère n'héritent pas d'eux. La loi admettait « les enfants actuellement existants, nés hors mariage, aux successions de leur père et mère ouvertes depuis le 14 juillet 1789 » (art. 1er). Pour les collatéraux, au contraire, leurs droits n'existaient que dans les successions ouvertes postérieurement à la loi. Par une omission curieuse, rien dans la loi ne concernait les successions directes qui s'ouvriraient après sa promulgation pour lesquelles il était renvoyé au futur Code civil (art. 10). Le tribunal de cassation devait en tirer la conséquence qu'il fallait surseoir à tout règlement et que le Code civil était applicable aux successions ouvertes entre le 12 brumaire an II et le Code civil (arrêts du 2 ventôse an XII et 2 brumaire an XIII, loi du 14 floréal an XI).

La rétroactivité avait suscité tant de difficultés qu'elle fut abrogée par les lois du 15 thermidor an IV, du 3 vendémiaire an V et du 2 ventôse an VI.

Le Code civil. — On a souvent reproché aux rédacteurs du Code civil, depuis Savigny et Toullier, d'avoir réglé l'ordre des successions d'après un système qui n'a pas de but et sans aucun principe qui lui soit propre. Mais dans cette volonté de

ne pas faire une loi politique, de ne remonter à aucun principe dogmatique ou rationnel, il faut découvrir la volonté fort sage de beaucoup et souvent transiger et de faire œuvre pratique.

L'exposé des motifs de Treilhard (19 germinal an XI) est fort net à cet égard. S'il indique que la loi « doit prononcer comme aurait prononcé le défunt lui-même », elle ne peut « au moins pour les collatéraux et dans le silence de l'homme adopter à leur égard d'autre règle que la proximité ».

Entre le droit romain et le droit coutumier, une transaction est nécessaire. Le désir du droit coutumier « de conserver les biens dans la famille est louable quand il est contenu dans de justes bornes ». Pour « pourvoir à l'intérêt des familles » sans « condamner les citoyens à des recherches longues et ruineuses sur l'origine des biens », il est décidé que « toute succession déférée à des ascendants ou à des collatéraux sera partagée en deux portions égales, l'une pour la branche paternelle, l'autre pour la branche maternelle ». C'est l'admission de la fente (art. 733 C. C.), mais la suppression de toute refente (art. 734) : ce qui concilie le « vœu de la nature qui paraît appeler le parent le plus proche » avec l' « intérêt des deux familles dont le défunt tirait son origine ». On présume en somme que les fortunes du père et de la mère étaient égales : « deux familles s'étaient unies par un mariage, elles resteront unies dans le malheur commun ». La fente a enfin le mérite de supprimer toute contestation sur le privilège du double lien.

Sauf le cas de la fente, l'unité de la succession est admise et elle est conforme « au vœu de tous les hommes éclairés ». Pour fixer les règles de dévolution, on « interroge les affections de la nature ». Le père et la mère concourent chacun pour un quart avec les frères et sœurs, mais ceux-ci priment les autres ascendants (art. 746). Les collatéraux sont appelés à défaut d'ascendants. La représentation est pour eux un peu plus étendue qu'en droit romain (en faveur des petits neveux), mais elle ne concerne pas les collatéraux plus éloignés car « la représentation à l'infini est une source intarissable de procès ». Enfin, pour éviter les « fausses généalogies » et la « cupidité enflammée », les parents au-delà du douzième degré ne peuvent pas succéder.

Pour les enfants naturels une conciliation est cherchée entre

la « nature qui réclame pour eux une portion de patrimoine paternel » et l' « ordre social qui s'oppose à ce qu'ils le reçoivent au même titre que les enfants légitimes » : ils ne seront pas héritiers et n'auront qu'une portion de ce qu'ils auraient eu s'ils avaient été légitimes (1/3 en présence des enfants légitimes, 1/2 en présence d'ascendants ou de frères et sœurs, 3/4 en présence de collatéraux). La loi ne s'occupe « qu'avec regret » des enfants adultérins ou incestueux pour leur accorder des aliments.

A défaut de tout héritier légitime ou naturel, les biens sont attribués au conjoint survivant « conformément à la disposition du droit romain ».

Le rapport de Treilhard au Conseil d'Etat, celui de Chabot au Tribunat, celui de Siméon au Corps législatif montrent bien en tout cas l'importance primordiale donnée au droit romain considéré toujours comme « la raison écrite qui tire d'elle-même toute sa force sans autre autorité que celle de sa sagesse ». Des coutumes, il est indiqué qu'il sera encore nécessaire de les étudier pour y « chercher les premières traces de règles que l'on a dû en extraire comme plus adaptées au génie français et aux mœurs actuelles ».

Si l'on rappelle avec complaisance l'abolition des privilèges et du droit d'aînesse, si l'on accorde aux enfants naturels les droits que leur attribuaient les projets de 1791, une condamnation absolue est portée contre la loi de nivôse.

En cela l'influence des auteurs de l'ancien droit apparaît décisive. Lebrun et Pothier sont fréquemment cités par les rédacteurs du Code civil qui sont bien leurs héritiers et leurs disciples. Si la Révolution a bien été pour Treilhard « un de ces grands événements qui déracinent les empires et changent la face du monde », elle n'a fait, en définitive, que précipiter l'évolution pressentie et préparée par les théoriciens du droit commun coutumier. Le langage même est celui du XVIIIe siècle : le « vœu de la nature », l' « unité si désirable des lois », la « simplicité et la clarté de règles », « les affections légitimes de familles et les intérêts de la société » ; tout ramène à 1790 : les permanences sont plus nettes que les ruptures et cette continuité apparaîtra mieux encore dans l'application que les notaires ou les juges feront des nouveaux textes.

ÉTAT DES QUESTIONS

La meilleure étude sur la période révolutionnaire est celle d'André DEJACE, *Les règles de la dévolution successorale sous la Révolution (1789-1794)*, Bruxelles-Liége, 1957 ; cf. aussi le *Code des successions* de VERMEIL (an III) ; le *Tableau de la législation ancienne sur les successions* de CHABOT (1804) ; le *Traité méthodique* de TISSANDIER (5 vol., 1805) ; G. ARON, Etudes sur les lois successorales de la Révolution, dans *RHD*, 1901, p. 444, 585 ; 1903, p. 673 ; A. GEORGE, *Essai sur l'hérédité collatérale principalement en droit révolutionnaire*, 1913 ; L. JEANNEAU, *De la législation successorale de la Révolution*, 1893 ; E. VALLIER, *Le fondement du droit successoral*, 1903 ; NADAUD, *Les successions dans le droit de la Révolution*, 1904. Sur la condition des enfants naturels : J. d'AYRENX (1908) ; J. THOMAS (1923).

On a discuté sur l'origine de la loi de nivôse dans laquelle CHAMPEAUX voulait trouver une origine bourguignonne et l'influence de BERTIER. M. DEJACE (*ouvr. cité*, p. 162-192), après MM. VILLERS et MAILLET, prouve, par une étude serrée de la question, l'origine bretonne ou angevine de cette succession parentélaire comme le rôle joué par GARRAN DE COULON, né à Saint-Maixent en 1749, avocat au Parlement de Paris, secrétaire d'HENRION DE PANSEY et, en 1791, président de la section des Requêtes (que présida aussi HENRION DE PANSEY, Premier Président du tribunal de cassation et député à la Législative et à la Convention).

QUATRIÈME PARTIE

LES DONATIONS ET LES TESTAMENTS

LES DONATIONS EN DROIT ROMAIN. — « La science a mis mille ans à comprendre la chute de la pierre. Le problème de l'action désintéressée pour autrui est aussi malaisé à résoudre pour le psychologue que celui de la chute de la pierre pour le naturaliste. Pour mieux dire, la difficulté est plus grande encore. Pour le psychologue, l'abnégation présente un phénomène aussi merveilleux que s'il voyait la mer tout à coup recouvrir les montagnes » (IHERING, *L'évolution du droit*, p. 33). Pour les juristes de toute époque, de tout pays, il est parfaitement inutile de faire preuve de psychologie pour juger une donation. La défiance est traditionnelle à leur endroit, c'est la terre d'élection de la cause illicite et immorale.

La donation est un acte juridique par lequel une personne, appelée donateur, se dépouille d'un avantage économique sans contrepartie au profit d'une autre personne appelée donataire. Le caractère gratuit de la donation peut ne pas être absolu. Deux variantes existent : donations avec charge ou rémunération : la contrepartie fournie par le donataire étant inférieure à la valeur donnée. Donation indirecte : en faveur d'un intermédiaire, ou déguisée : contrepartie fictive ou disproportionnelle avec l'avantage reçu.

Jusqu'au Bas-Empire, aucune forme spéciale n'est exigée pour l'exécution des donations. Ceci est d'autant plus normal qu'il existe à Rome bon nombre d'actes abstraits et unilatéraux qui permettent un transfert de valeur sans indication de la cause ou de la contrepartie (mancipation, tradition, par ex.). Mais la recherche de l'intention libérale sera rendue nécessaire par la méfiance inspirée aux juristes par les libéralités entre vifs. L'histoire des donations à Rome est celle de leur 1) prohibition, de leur 2) révocation et des 3) formes spéciales que l'on exigera à peine de nullité.

1) *Les prohibitions.* — Dès une époque ancienne, « l'avarice de certains patrons qui, à l'occasion des Saturnales, exigeaient des libéralités considé-

rables de leurs clients, amena une intervention législative » (LEPOINTE, p. 9). A la fin du IIIe siècle avant J.-C. (loi *Cincia* de 204), le législateur poursuit sa lutte contre les abus d'autorité qui peuvent émaner de l'aristocratie. Les avocats, qui se recrutent habituellement dans cette classe, ne peuvent accepter des donations des plaideurs et il est interdit à quiconque d'accepter des libéralités au-delà d'un certain taux. La mesure est une *lex imperfecta*, et sa sanction nous est mal connue. La donation qui a été exécutée ne peut être remise en cause, en vertu d'un principe analogue à celui de notre ancien droit : « donner et retenir ne vaut » (v. t. II, p. 268). Si la prohibition s'explique par la présomption d'une crainte révérentielle chez le donateur, cette supposition est renversée lorsqu'il existe des raisons sérieuses de croire que l'intention libérale est réelle et spontanée. C'est ce qui explique le régime de faveur pour les libéralités « profamiliales ». Echappent donc à la loi *Cincia* les donations faites entre cognats jusqu'au cinquième degré, les conjoints alliés ou fiancés.

Les règles relatives au pécule de l'*alieni iuris* (v. *supra*, p. 47) prohibent toute donation de la part de ce dernier. On autorisera cependant le fils de famille à faire les présents d'usage qui peuvent être très importants au cas d'exercice d'une magistrature.

Les donations entre époux seront enfin l'objet d'une réglementation spéciale. Dans le mariage *cum manu*, la femme n'ayant pas de patrimoine propre, la question ne se posait pas. Le danger de ces donations est apparu à la fin de la République avec la décadence de la tutelle des femmes, corrélative à la généralisation des mariages *sine manu* et à la fréquence des répudiations. D'origine coutumière, la prohibition est sanctionnée par la nullité absolue de la donation, qu'elle ait été ou non exécutée. Cette mesure qui se heurtait à la résistance des justiciables (v. *supra*, p. 235) a fait l'objet d'atténuation (la restitution est limitée à l'enrichissement actuel du donataire) et en 205 après J.-C., Caracalla décide que seul l'époux donateur peut invoquer la prohibition. Après le décès de ce dernier la donation est donc considérée comme faite *mortis causa*. On en arrive ainsi à la solution de notre droit moderne, selon laquelle les donations entre époux sont valables mais révocables.

2) *Les révocations.* — L'effort des juristes pour contrôler les donations ne s'exerce pas seulement par voie de prohibition, ils ont cherché à rendre ces dispositions moins stables, en multipliant les cas de révocation. Outre la révocation des donations pour atteinte aux droits des héritiers légitimaires (*querela inofficiosae donationis*, v. *supra*, p. 331), on connaît, dès l'époque classique, les révocations pour inexécution des charges et pour ingratitude. Au Bas-Empire, la révocation est admise en cas de survenance d'enfant (C., 8, 55, 9) et la cause d'ingratitude du donataire est généralisée par Justinien qui a fixé les cas d'ingratitude (C., 8, 55, 10).

3) *Des formes spéciales* sont prévues au Bas-Empire pour les donations. « Au début du IVe siècle, la loi *Cincia* a cessé d'être en vigueur et son système de limitation des donations est, dans une certaine mesure, remplacé par un système de publicité des libéralités ; l'usage d'enregistrer les donations, qui paraît courant, dès le début du IIIe siècle, va être sanctionné par les consti-

tutions impériales » (MONIER, II, p. 205). Cette transcription est ce qu'on appelle l'insinuation, exigée à peine de nullité, à la fois pour faciliter la preuve de la donation, pour éviter les extorsions et pour permettre la perception de taxes. Des exceptions existent en faveur des donations d'ascendant, puis pour les donations avec réserve d'usufruit au profit du donateur qui furent exemptées de la nécessité de la tradition matérielle (v. t. II, p. 269) et enfin pour les donations *ante nuptias* ainsi que pour celles qui sont inférieures à un certain taux. Il faut attendre le droit de Justinien pour que le seul accord des volontés du donateur et du donataire devienne un pacte légitime sanctionné par la loi (C., 8, 53, 35). « La tradition n'est plus que l'exécution de la promesse, qui n'est même plus nécessaire alors pour le transfert de propriété » (LEPOINTE, p. 50).

LE DROIT COUTUMIER. — En droit français, au contraire, la succession est liée à la parenté : en désignant l'héritier la coutume assure le maintien des biens dans la famille en même temps qu'elle exprime la cohésion et la permanence du groupe familial.

En face de celui-ci, l'individu est dessaisi car ses droits ne sont que transitoires. La famille peut admettre une vente parfois avantageuse ou même nécessaire et elle est protégée par l'institution du retrait lignager (cf. t. II, p. 403-420) ; au contraire, les libéralités paraissent toujours suspectes ; la donation peut dépouiller l'héritier au profit d'étrangers ; le testament est plus grave encore puisqu'il substitue à l'ordre successoral fixé par la coutume la désignation arbitraire du testateur.

Pour le droit actuel la succession testamentaire et la succession *ab intestat* sont « parallèles et complémentaires ». Leurs principes n'en sont pas moins contradictoires, d'une contradiction que révèle bien l'histoire : la succession *ab intestat* appartient à un ordre social où la famille domine et décide ; le testament, au contraire, ne s'épanouit pleinement que dans une législation individualiste : le propriétaire pouvant attribuer ses biens après sa mort comme il peut en disposer de son vivant. L'opposition très nette du droit franc et du droit romain n'a pas d'autre origine : inconnu des Germains, le testament a, au contraire, à Rome, un rôle essentiel, au point qu'au Moyen Age, pour opposer sa volonté à la coutume du groupe familial, l'individu trouvera toujours un appui et un secours dans le droit romain. L'histoire des libéralités trouve dans ce double conflit — du droit romain et des idées coutumières, de l'individu avec la famille — ses lignes de force.

La liberté de disposer est réclamée au nom du droit romain (chap. I) mais cette liberté ne peut être totale. Les convenances familiales et sociales fixent l'étendue de la brèche ainsi ouverte dans l'ordre coutumier : si des biens restent « disponibles », d'autres doivent toujours revenir à la famille et spécialement aux héritiers désignés par la coutume. L'idée existe au XIIe siècle et elle trouvera, au siècle suivant, son expression dans l'institution de la réserve héréditaire, comme dans le principe d'égalité des héritiers (chap. II).

C'est par le jeu de ces forces antagonistes que — du XIIe au XIVe siècle — se crée le droit français : un état d'équilibre est trouvé, fort différent suivant

les régions puisque les solutions des coutumes sont fort disparates et que l'opposition du Nord et du Midi demeure presque complète.

Les solutions générales étant acquises, il appartenait à la doctrine et à la jurisprudence de les préciser. Elles s'y emploient à partir du XIVe siècle et c'est à elles que sont dues les règles techniques qui, pour l'essentiel, seront reprises par le Code civil. Donations et testaments sont alors pleinement distingués et il en sera traité successivement (chap. III) en même temps que des substitutions fidéicommissaires.

Chapitre Premier

PRATIQUE ET DROIT ROMAIN (XIe-XIVe siècle)

Il faut attendre le XIIIe siècle pour que la distinction de la donation et du testament soit comprise. Jusque-là ni le caractère unilatéral, ni le caractère révocable propres au testament n'apparaissent mieux que l'irrévocabilité propre à la donation.

Les occasions de donner sont nombreuses et le donateur ne fait pas mystère de ses sentiments : il donne à l'Eglise pour racheter ses péchés et pour apaiser la colère céleste, il donne à un vassal pour rémunérer sa fidélité, à un paysan pour obtenir de lui un cens ou des services. Le bénéfice, la précaire, la concession d'une tenure apparaissent comme des libéralités car les services dus et le travail fourni par le donataire sont jugés sans valeur ; comme il a déjà été indiqué (t. II, p. 128), le bénéfice est « vide de contenu juridique », il est un bienfait que le rédacteur de l'acte qualifie indifféremment de donation, de tradition ou de vente. Avec la constitution de la féodalité, le fief et les diverses tenures acquerront des formes précises ; leur domaine sera distinct de celui de la donation qui retrouvera ainsi sa fonction propre.

Section I. — La réception des règles romaines

Les dispositions a cause de mort. — La survivance du testament est, on le sait (*supra*, p. 373), très sporadique. La donation à cause de mort tient sa place mais, tandis que dans le *Bréviaire d'Alaric* (VIII, 5, 1) comme dans le droit romain le prédécès du donataire assure le retour du bien au donateur, les actes de l'époque franque conçoivent la donation non comme un déplacement de propriété, mais comme un partage de saisine. On a voulu opposer, non sans arbitraire, la donation *post obitum* et la donation *retento usufructu* ; mais la différence des formes n'empêche pas l'identité du but : le donataire acquiert un droit ferme. Le donateur est lié et sa mort même n'entraîne pas la caducité de l'acte ; il garde la propriété du bien sa vie durant (d'où le nom donné à l'acte qui ne confère au gratifié un droit complet qu' « après la mort » du disposant, celui-ci « retenant l'usufruit »).

Quelquefois le donateur se réserve de revenir sur sa donation, non pas arbitrairement (l'acte serait alors fort proche d'un testament), mais dans un cas déterminé, la survenance d'un enfant, par exemple. Plus souvent, au contraire, on accumule les précautions et les formules pour assurer l'irrévocabilité de l'acte. Toujours, d'ailleurs, les donations sont faites à l'Eglise et nul ne voudrait, en revenant sur sa promesse, compromettre son salut éternel. Elles portent normalement, d'autre part, sur un immeuble et le transfert de droit doit s'accomplir par les formes solennelles de la *traditio* qui ont été décrites (t. II, p. 317).

Si le donateur est en bonne santé, la chose est facile et les chartes énumèrent longuement les clercs et les magnats qui ont assisté au transfert et l'ont authentifié et garanti par leur présence. Mais bien souvent c'est l'approche de la mort qui incline au repentir et aux donations. Des mourants se font transporter dans une église et revêtent l'habit monastique pour solenniser leur donation. D'autres sont exhortés par leur confesseur à penser à leur salut. La donation *pro anima* devient souvent la condition même de l'absolution. Les actes rappellent complaisamment l'insistance ainsi mise devant la famille attentive à vaincre la volonté d'un moribond (*Cart. Saint-Victor de Marseille*, I, n° 71). Il restait ensuite à réaliser la tradition des biens donnés, ce qui sera fait par l'ami ou le parent désigné comme exécuteur testamentaire.

L'EXÉCUTION TESTAMENTAIRE. — L'institution, qui trouve là sa principale fonction et sans doute son origine et qui n'est pas sans rappeler celle du salmann (cf. *supra*, p. 372), va connaître, à partir du VIIIe siècle, un grand développement : l'exécuteur est un « aumônier », *eleemosinarius*, qui souvent, au lieu d'une mission précise, sera chargé le jour de la sépulture d'agir au mieux des intérêts du défunt : de réaliser ses volontés mais aussi d'y suppléer en agissant à sa place et parfois en son nom et en disposant de tout ou partie de son patrimoine.

Mieux que la donation *post obitum* l'exécution testamentaire permet au disposant de garder sa vie durant la pleine propriété de ses biens. Elle supplée à l'absence de testament mais elle ne permet de réaliser que les dons *pro anima*. S'il arrive encore, au début du IXe siècle, que l'exécuteur soit chargé de fonctions laïques, par exemple d'affranchir des esclaves, sa mission sera, par la suite, limitée aux libéralités pieuses.

L'exécuteur est, d'ailleurs, plus qu'un mandataire posthume ; il est fréquemment qualifié dans le Midi de « fidéicommissaire » mais les actes lui reconnaissent toujours des pouvoirs propres : c'est lui qui aliène, qui transfère la propriété, qui donne sa garantie à l'acte ; et la *potestas* ainsi affirmée sur les biens transmis est une saisine qui s'interpose entre celle du défunt et celle du gratifié et qui est assez forte pour exclure toute saisine concurrente de l'héritier. En cela, comme le fidéicommissaire romain, comme le salmann, l'exécuteur est un intermédiaire de transmission qui fait figure d'héritier véritable.

LES NOUVEAUTÉS DU XIIe SIÈCLE. — Ces pratiques et ces techniques devaient suffire aux hommes du premier âge féodal ; mais le XIIe siècle a d'autres exigences : tout à cette époque — le conflit de la royauté et de la

féodalité, la relative émancipation des classes rurales, la naissance des villes et du commerce, les curiosités nouvelles des philosophes et des théologiens, enfin la renaissance du droit romain — indique les changements profonds de la société française.

L'horizon s'élargit et les anciennes solidarités sociales se rompent en grande partie du fait des croisades. Le rationalisme d'Abélard fonde la liberté de la pensée ; pour être plus fidèle aux données de l'Ecriture Pierre Lombard n'en exalte pas moins, dans une perspective augustinienne, la liberté chrétienne que ne doit plus brider, comme au temps de Moïse, la rigidité de la loi. Emancipation intellectuelle de l'homme qui ratifie son émancipation sociale.

On a bien souvent indiqué combien ces nouveautés étaient opposées à l'ordre féodal ; elles ne l'étaient pas moins à la solidarité familiale qui le conditionnait. Les bourgeois et les paysans libres n'ont pas la même conception du lignage que les féodaux (qu'ils tenteront pourtant d'imiter par la suite).

L'esprit communal est forcément un esprit de liberté et l'individu ne peut admettre que les coutumes familiales lui interdisent de disposer de biens qu'il a acquis par son travail. Les idées chrétiennes restent, d'ailleurs, assez fortes pour que beaucoup de libéralités soient destinées à l'Eglise et que la liberté ressortisse, pour les théologiens, à l'ordre de la charité. Pierre Lombard, fidèle à la tradition des pères de l'Eglise, indiquera que les exigences du salut passent avant celles de la famille, que les liens de la chair sont moins solides que ceux des esprits et des cœurs et qu'il peut même y avoir des parents, fils ou frères, qui sont franchement mauvais (*Sentences*, III, 29).

Ce serait, enfin, méconnaître grandement l'esprit du Moyen Age que de croire que la liberté de disposer est toujours revendiquée contre la famille et qu'elle tourne forcément à la destruction de celle-ci. Bien au contraire, beaucoup de testateurs n'ont en vue, surtout au XVe siècle, que de maintenir la « splendeur » de leur maison, d'assurer par les avantages consentis à l'aîné, ou par l'exhérédation des filles, l'intégrité du patrimoine, de sanctionner les désobéissances commises ou les mariages inconvenants. Plus que de liberté individuelle il s'agit ici d'autorité paternelle dont l'exercice, si brutal soit-il, n'est que le bon usage de la liberté.

Ces tendances vont trouver leur première expression dans les textes romains dont on sait qu'ils ont frayé de bonne heure avec la théologie morale (cf. t. I, p. 79).

L'œuvre des premiers glossateurs sera ici considérable : dans cette matière des libéralités qui était jusqu'à eux une sorte de nébuleuse, ils vont réintroduire les catégories romaines, les adapter à leur époque, et fixer les règles propres aux donations et aux testaments. La pratique n'adoptera pas d'emblée les constructions de la doctrine, mais elle en sera néanmoins, surtout dans le Midi, fortement infléchie.

La renaissance romaine : les donations. — Les *Exceptiones Petri* (C. VII-X), fidèles au droit théodosien (*supra*, p. 456) ne traitent que de la révocation de la donation et de la tradition : celle-ci est déclarée nécessaire

à la validité de l'acte. Au contraire, la *Summa Trecensis* (VIII), *Lo Codi* (VIII, 51-66) subissent nettement l'influence des textes de Justinien :

a) La donation à cause de mort et la donation avec charge sont nettement distinguées de la donation simple.

b) La validité du pacte de donation est indépendante de la tradition ou de la stipulation : la volonté des parties suffit.

c) La donation doit être insinuée (d'où la nécessité, au moins pour les donations importantes, de rédiger un écrit) ; seules sont dispensées de l'insinuation les donations aux églises ou aux pauvres.

d) Enfin, la révocation de la donation peut être prononcée pour ingratitude du donataire et cette notion est étendue à l'inexécution des charges, le donateur jouissant — comme dans un contrat innomé — à la fois d'une action en exécution et d'une action en restitution de la chose donnée.

Les romanistes postérieurs préciseront les conditions de la révocation : ils ajoutent aux cas prévus par Justinien (*supra*, p. 456) le fait d'intenter une action criminelle contre le donateur, le refus d'aliments. Au cas de survenance d'enfants, la loi *Si unquam* (C., VIII, 56, 8), très souvent étudiée au Moyen Age, qui ne concernait à l'origine que la donation du patron à son affranchi, est généralisée par le souci primordial à l'époque de maintenir les biens dans la famille.

Quant à la donation avec charge, la glose, pour expliquer la résolution, l'avait assimilée à un contrat innomé, qualification justement repoussée par Placentin et après lui par Bartole (D., 12, 4, 16). La résolution ne pouvait provenir que de l'inexécution du pacte adjoint à la donation. Les canonistes — pour qui la question avait un grand intérêt — devaient admettre plus justement que la résolution ne peut être prononcée que si la charge avait été la condition de la donation ; on rejoignait ainsi la théorie générale de la condition et de la cause des contrats synallagmatiques (t. I, p. 146 et 156).

LA DONATION A CAUSE DE MORT. — Elle était, dans le droit de Justinien, affranchie de la plupart des formes de la donation ou du testament, ce qui la faisait assimiler au legs. *Lo Codi* (VIII, 59) rappelle ces principes en indiquant qu'à l'opposé du testament elle est permise au fils de famille : ce qui sera toujours admis et étendu à la femme mariée.

Les compilateurs du Digeste avaient, cependant, laissé subsister des fragments antérieurs à Justinien, ce qui devait provoquer l'hésitation des glossateurs au surplus hostiles à une liberté de formes qui aboutissait à valider toute donation faite, même verbalement, devant cinq témoins.

La glose (D., 39, 6, 1) admet bien que l'insinuation n'est pas nécessaire ; mais elle exige une tradition de la chose, une stipulation ou un pacte, ce qui conduit à imposer la présence des parties et l'acceptation du donataire : la donation, répète-t-on pour l'opposer au legs, *capit naturam contractus.* Bartole admettra pourtant que l'acceptation peut être faite au nom du gratifié par un mandataire et spécialement par un notaire public. Pourtant l'acte est rapproché des legs pour être soumis — non sans hésitation — aux règles de la Falcidie.

On en revient, enfin, au principe romain : le prédécès du donataire rend la donation caduque ; le donateur se préfère aux héritiers du donataire.

LE TESTAMENT. — Tous les textes romains connaissent le testament et insistent sur les caractères qui lui sont propres : ainsi le *Libellus de verbis legalibus* qui daterait du XIe siècle et qui le définit comme l'*ultimus sermo, ultimum elogium vel ultima voluntas qua quis rebus suis disposuit*, en relevant sa révocabilité, *mutabilitas*. Le *Brachylogus* (II, 21) et le *Petrus* (I, 18) imposent, comme à Rome, une institution d'héritier formelle. Tous les glossateurs reprennent et développent les règles romaines spécialement quant aux formes requises pour la validité de l'acte ; mais ils se heurtent ici aux solutions des canonistes qui ont d'autant plus de poids que, sauf dans le Midi, les officialités ont obtenu en cette matière une compétence exclusive : prenant texte d'un passage déjà cité (p. 374) de saint Matthieu (XVIII, 16), le témoignage de deux ou trois personnes suffit et il n'est pas besoin, comme en droit romain, de cinq ou sept témoins. La faveur pour le testament est telle qu'on en vient à dire (*D. Gratien*, II, 13, 2) que les dernières volontés peuvent être connues par tous moyens. Une décrétale d'Alexandre III (X, III, 26, 10, vers 1170) oppose à ce sujet la loi divine et la loi humaine en recommandant la présence d'un prêtre. L'exigence est reprise, surtout dans le Midi et après la croisade albigeoise, par les conciles, pour contrôler ainsi l'orthodoxie des mourants.

La matière apparut toujours comme l'une des plus célèbres « différences » existant entre les deux droits. Cela même aboutissait à légitimer des pratiques tout à fait étrangères au droit romain : celle, par exemple, du testament par commissaire qui permet de déléguer à un tiers le droit de faire son testament et qui est validée par une décrétale d'Innocent III (X, 3, 26, 13, de 1202).

Les glossateurs et surtout les canonistes s'employèrent enfin à faire entrer dans les cadres romains la pratique de l'exécution testamentaire : ils l'assimilèrent normalement à un fidéicommis en distinguant l'exécuteur spécial, nommé à côté d'un héritier et chargé d'une mission limitée, et l'exécuteur général dont ils font un véritable héritier. L'exécuteur est distingué dn mandataire ou du gérant d'affaire car il possède vraiment une propriété intérimaire.

La rigidité même du concept romain de propriété, les droits reconnus à l'héritier institué rendaient, cependant, cette analyse fort équivoque car elle aboutissait à donner deux propriétaires — l'exécuteur et l'héritier ou les légataires — à une même chose. Si les premiers docteurs, Irnérius, Bulgarus notamment, fort proches de la pratique, l'admettent encore (*Form. Irnerii, Bibl. jur. medii aevi*, I, p. 210), les solutions de la grande glose deviennent fort confuses.

C'est le droit coutumier qui assurera la survie de l'institution en reconnaissant à l'exécuteur non une propriété mais une saisine.

Pour les canonistes, mais aussi pour Accurse et pour Azon, l'exécution du testament intéresse l'ordre public, ce qui conduit à surveiller strictement l'exécuteur ; celui-ci doit agir dans l'année du décès et faire inventaire ; s'il ne possède pas d'immeuble, Accurse lui impose de fournir caution et les canonistes de prêter serment. Il doit rendre compte de sa gestion et n'en retirer aucun bénéfice. Certains canonistes admettent même contre lui une action populaire donnée à toute personne même sans intérêt à l'affaire.

C'est assez dire que l'exécution testamentaire est bien déchue de son importance ancienne et que, contre elle, les règles romaines l'ont emporté.

LES NOUVEAUTÉS ROMAINES. — Même si on les réduit à l'essentiel, les principes venus du droit romain s'opposent directement à la pratique : pour la donation, il s'agit de ses conditions de forme, des règles de capacité, mais aussi de l'idée que la donation est un contrat — ce qui exclut la nécessité d'une tradition et fait admettre, au contraire, la révocation. Pour le testament, il s'agit encore de règles de forme, mais surtout de sa fonction et de ses caractères propres : le testament doit contenir une institution d'héritier ; il est révocable, unilatéral et personnel : ce qui l'oppose nettement aux donations.

Il est, enfin, un autre principe toujours formulé par les romanistes à propos des testaments (cf. déjà *Exceptiones Petri*, IV, 10) qui sera d'application générale : selon la règle *locus regit actum*, la coutume du lieu a force de loi pour fixer les formes de l'acte.

On doit examiner maintenant la réception de ces diverses règles dans les coutumes et dans le droit du Midi. Cette étude fera apparaître l'évolution très nette des idées : la plupart des libéralités ne sont plus inspirées par la piété mais par les sentiments humains, l'amour, la haine, l'orgueil, la cupidité que le juriste a l'habitude de voiler sous la notion abstraite d'*animus donandi*. La liberté de disposer apparaît bien, d'après le droit romain, comme de droit naturel, ce qui sera repris et développé par l'école de Grotius ; mais les droits de la famille demeurent et ils intéressent désormais l'ordre public et la royauté. Le droit devra contenir la liberté dans des limites précises et la rigueur du droit romain sera comprise et même amplifiée. A l'opposé de ce qui se passait au XIIe siècle, la forme comptera plus que les intentions.

SECTION II. — La donation

LES CONDITIONS DE FORME ET L'INSINUATION. — Des formalités romaines, c'est la nécessité de l'insinuation — assurant à la fois la preuve et la publicité de l'acte — dont le souvenir était le mieux gardé. Mais si les curies municipales avaient survécu parfois jusqu'au VIIe siècle (Jean RICHARD dans *MHDB*, t. XXI, 1960, p. 141), leur disparition rendit la chose impossible : à Angers, en 804, un donateur raconte qu'il « a voulu en vain prendre soin de présenter son acte à la curie mais qu'il n'a pu trouver personne pour le recevoir » (QUICHERAT, *BECh*, 1860, p. 440 ; *Ampliss. collectio*, I, 54 ; cf. aussi THÉVENIN, *Textes*, p. 186). Les formulaires postérieurs contiennent encore de vagues mentions de l'enregistrement (que, d'ailleurs, le caractère public du déguerpissement rendait inutile).

Dès le XIIe siècle et comme un premier signe de la renaissance romaine, la formalité réapparaît dans le Midi, par exemple, en 1172, à Toulouse et elle est accomplie soit auprès d'une chancellerie souveraine (celle des rois de Majorque, *Cart. Saint-Victor de Marseille*, nos 905 et 998) soit auprès d'une juridiction : l'acte est présenté à un juge qui le fait copier sur un registre spécial et délivre au donateur une cédule faisant preuve de l'accom-

plissement de la formalité. Il arrive qu'au XIIIe siècle les parties renoncent expressément à l'enregistrement (M. CASTAING-SICARD, *Les contrats*, p. 553), mais aux XIVe et XVe siècles celui-ci est devenu général (Guill. DURAND, *Speculum*, II, 2, 276 ; J. FABER, *Inst. De donat.*, *alia* ; Guy PAPE, qu. 325, 350, 616). Sous l'influence de Bartole, la renonciation est tenue pour sans valeur, même s'il s'agit du serment du donateur de ne pas se prévaloir du défaut d'insinuation. Beaucoup de statuts municipaux rappellent, d'ailleurs, les règles romaines et y voient un moyen de lutter contre les donations clandestines ou frauduleuses. Les canonistes indiquent, au contraire, que le serment du donateur peut suffire (*Dec. Cap. tholosanae*, qu. 382). Les textes romains ne soumettant à l'insinuation que les donations de plus de 500 *aurei*, on se livre à des conversions difficiles et toujours discutées.

La nécessité de l'insinuation impose presque forcément — contre l'idée romaine de la validité du simple pacte, encore rappelée par la coutume de Montpellier de 1204 — la rédaction d'un acte notarié : on sait que l'apparition du notariat a été dans le Midi fort rapide et que l'intervention d'un notaire était requise même pour les actes les plus infimes. Toujours, les actes recopient des formulaires, ce qui accentue encore la romanisation des formes.

Dans les pays de coutumes, au contraire, l'insinuation se heurte à l'hostilité des familles et des praticiens soucieux de préserver le secret des contrats. Ce n'est que dans les coutumes qui exigeaient la publicité des aliénations immobilières (cf. t. II, p. 322) que, comme les ventes, les donations doivent être publiées ou enregistrées.

Il fallut attendre le XVIe siècle pour que la formalité fût généralisée : la donation apparaît désormais comme un acte dangereux pour la famille et pour les créanciers, toujours suspect s'il est clandestin, et la royauté impose, par l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 (art. 132) et, à nouveau, par l'ordonnance de Moulins de 1566 (art. 58), l'insinuation au greffe des juridictions royales de toutes les donations.

Au XVIIe siècle encore, une donation peut être faite par acte sous-seing privé : l'acte notarié ne sera exigé que par l'ordonnance de 1731.

LES INCAPACITÉS. — Le respect des formes peut s'accommoder d'intentions coupables ou immorales et les coutumes et la jurisprudence vont découvrir — souvent en marge du droit romain — de nombreuses incapacités de donner et de recevoir. Pour le *Grand Coutumier de France* (p. 200), les donations « pour noces » ou « pour aller à l'école » peuvent être traitées avec faveur, mais les motifs des donations « de simple volonté » doivent être mieux scrutés : la donation doit être « raisonnable », faite sans fraude ni « mauvaiseté », « pour bonne cause » et c'est une fraude « de donner à l'un pour enlever à l'autre » (BEAUMANOIR, nos 1972-73). C'était permettre aux tribunaux un contrôle que le climat moral de l'époque devait rendre très efficace. Une suspicion spéciale est marquée aux tuteurs, aux confesseurs, aux précepteurs, aux juges, aux médecins. Entre concubins toute donation est prohibée (Paris, A. C., art. 97 ; Anjou, Cout. 1411, no 239). Pour les bâtards, certaines coutumes (Normandie, Bretagne) leur interdisent de recevoir des héritages paternel ou maternel, mais ils peuvent généralement être gratifiés de donations à titre particulier.

Le donateur doit être non seulement sain d'esprit mais « en santé », ce qui conduit à annuler la donation faite au cours d'une maladie mortelle.

Entre époux, les donations ne sont valables, dans le Midi, que si le donateur meurt sans les avoir révoquées (*Dec. Cap. tholosanae*, qu. 262) et la règle est reprise par quelques coutumes (Poitou, art. 219) comme elle le sera par le Code civil (art. 1096). De telles donations peuvent, cependant, bouleverser les stipulations du contrat de mariage et, en général, le droit coutumier leur est hostile : la donation faite par la femme apparaît même particulièrement suspecte car elle peut être inspirée par la crainte du mari (*Etabl.*, I, 118 ; BOUTILLIER, I, 99 et 103).

La seule exception concerne la donation mutuelle, à condition qu'elle soit réciproque et ne porte que sur les meubles et conquêts de communauté. Une enquête par turbe de la fin du XIVe siècle la déclare, au moins dans la région parisienne, irrévocable, ce qui contredit nettement le droit romain. La matière est, d'ailleurs, fertile en difficultés et les solutions des coutumes sont fort variables. A Mantes, la donation est révocable. A Paris, elle ne peut porter que sur l'usufruit, en Vexin, sur les meubles. A l'occasion de la rédaction des coutumes, on l'interdit s'il y a des enfants du ménage. La même hostilité à l'institution se retrouve dans deux maximes de Loysel : « Mari et femme se peuvent entredonner mutuellement pourvu, disent quelques coutumes, qu'ils soient égaux en santé, âge et chevance » et « Don mutuel ne saisit point » (d'où il suit que les héritiers doivent faire délivrance des biens donnés).

Au cas de secondes noces, les donations entre époux sont plus suspectes encore. Dans le Midi, on fait application de la loi *Hac edictali* et *Feminae quae* (C., V, 9, 5, 6). Dans le Nord, on exige parfois pour valider la donation le consentement des enfants du premier lit. En 1560, l'édit des secondes noces défend aux veuves de donner leurs biens personnels à leur nouveau mari (cf. art. 1098 C. civ.).

« DONNER ET RETENIR NE VAUT ». — Affirmer avec le droit romain que la donation était un contrat valable par le simple accord de volonté aboutissait à dénier toute portée à l'ensaisinement du donataire ; celui-ci avait pourtant, aux yeux des praticiens et de l'Eglise, un mérite propre : en même temps qu'il était une manifestation certaine de la volonté et — avant que l'insinuation soit pratiquée — une mesure de publicité, il consacrait, au moins en fait, l'irrévocabilité de l'acte.

Beaucoup d'actes et de statuts du Midi avaient maintenu la nécessité d'une tradition réelle de la chose ; pourtant on admettait couramment les substituts de celle-ci et notamment la réserve d'usufruit au profit du donateur, qualifiée, on le sait, de constitut possessoire (cf. t. II, p. 208, 269, 325). Peut-on distinguer, à cet égard, la pratique des villes et celle des campagnes ? Celle-ci, plus fidèle à la tradition longuement décrite aux XIIe et XIIIe siècles dans les actes, celle-là abandonnant vite ces formalités pour en revenir à la logique du contrat consensuel. L'ensaisinement du donataire lui confère seulement le droit d'être préféré à tout autre acquéreur (*Cout. Toulouse*, art. 93 et 147). A Toulouse en tout cas, en 1269, Alphonse de Poitiers reconnaît la valeur d'une donation faite par un hérétique et non suivie

d'exécution (*Corr. Alph. de Poitiers*, t. I, n° 779). La réception du droit romain aura pour seul effet de faire apparaître dans les actes notariés des clauses de tradition feinte ou de constitut possessoire, des renonciations à l'exception *rei non accepte nec tradite* et à la *condictio sine causa.*

Tout autre est l'attitude des pays coutumiers et même des régions qui — comme le Dauphiné — avaient moins subi l'influence romaine. Sans dessaisissement la donation n'apparaît pas définitive : c'est ce qu'exprime la maxime : « Promettre et tenir sont deux » (LOYSEL, n° 647). C'est aussi l'attitude du droit anglais fort attaché à la saisine et celle du droit toujours archaïque de l'Orient latin pour qui « Don ne vaut sans la saisine de la chose » (*C. des Bourgeois*, art. 214). On peut remarquer le caractère réaliste de cette solution : le donateur n'attachera vraiment d'importance à la donation que si elle lui impose un dépouillement non à terme, mais immédiat. La publicité ajoutera encore à la solennité des transferts ; les témoins sont là pour garantir sinon l'acte lui-même du moins son existence ; et, s'il s'agit d'une tenure, l'intervention du seigneur viendra confirmer le droit du donataire.

Il est possible que, dès les premières années du XIIIe siècle, la première apparition du droit savant ait multiplié les clauses de tradition feinte, de constitution de précaire ou de réserve d'usufruit au profit du donateur. Beaumanoir (n° 404) admet le principe romain d'irrévocabilité — ce qui distingue, explique-t-il, le testament de la donation — mais il légitime néanmoins les clauses expresses de reprise ou de rappel (« rapiau »).

Pourtant, dès la fin du XIIIe siècle, l'attitude des coutumes se fixe. En Champagne, la coutume (art. 41) exige, si on donne une « maison ou autre héritage », qu'on « s'en dévête et revête par justice et qu'on en fasse lettres ». Un jugement de 1290 avait fixé en ce sens la coutume en décidant que si le donateur mourait avant de s'être dévêtu les biens revenaient à ses héritiers. Le *Grand Coutumier* fait allusion à une turbe qui aurait fourni la même solution (cf. LOYSEL, éd. LAURIÈRE, t. II, p. 93).

Le brocard « Donner et retenir ne vaut » qui figure dans la Coutume de Champagne ne veut pas dire, à l'origine, autre chose et c'est le sens qu'il garde dans les premières rédactions des coutumes (Paris, A. C., art. 160 ; Senlis, art. 212) et dans les coutumes dites de nantissement (Rennes, art. 231 ; Sedan, art. 109).

Vite, pourtant la pratique impose les assouplissements admis par le droit savant : ce n'est pas « retenir » que de ne faire qu'une tradition feinte ou de réserver l'usufruit, voire d'insérer une clause de dessaisine-saisine (Orléans, A. C., 218), bref de ne pas se dessaisir réellement de la chose. Le brocard perdait, de ce fait, toute signification ; les juristes allaient lui en découvrir une nouvelle qui assura sa survie : il visa, désormais, l'irrévocabilité de la donation, plus stricte pour celle-ci que pour les autres contrats. Le donateur ne peut se réserver de reprendre les biens donnés ou charger le donataire de payer ses dettes futures (Paris, N. C., art. 274 ; DU MOULIN, I, p. 912). C'est ce qu'exprime encore notre Code civil (art. 894) qui, sans reprendre la règle, impose au donateur de se dépouiller « actuellement et irrévocablement ».

Bien entendu, la révocation de la donation demeure possible pour les

cas déjà indiqués. Il existe, d'autre part, un *droit de retour* au bénéfice de l'ascendant donateur qui peut reprendre le bien de l'enfant donataire mort sans postérité ; mais tandis que, dans les pays de coutumes, ce droit est qualifié de droit de succession (dite *anomale*, cf. *supra*, p. 436), il est considéré, dans le Midi, comme résultant d'une condition résolutoire tacite (ce qui lui confère un effet réel et aboutit à faire annuler toutes les aliénations faites par le donataire).

Les donations a cause de mort. — La rigueur des règles auxquelles étaient désormais astreintes les donations enlevait presque toute utilité à la donation à cause de mort.

Celle-ci subsista, néanmoins, dans les pays de droit écrit, avec la fonction propre qu'on lui connaît : elle permet à un fils de famille, qui ne peut faire de testament, de disposer de ses biens. Elle est dispensée de toutes formes et requiert seulement la présence de cinq témoins. Justinien l'avait assimilée à un legs et on en déduira, après de longues controverses, qu'elle est soumise à la Falcidie, qu'elle ne requiert ni tradition de la chose, ni acceptation du donataire.

Les coutumes sont fort divisées : certaines (Nivernais, art. 17 ; Maine, art. 301 ; Anjou, art. 339) la rapprochent, comme dans le Midi, des legs. Elle est plus généralement assimilée au testament (Paris, art. 277 ; Orléans, art. 297) pour la soumettre à la réserve (qui n'atteint pas, dans les coutumes, la donation). La même raison fait qualifier, en droit commun, de donation à cause de mort la donation faite par un mourant. Quant aux règles de forme, elles demeurent fort incertaines, les tribunaux craignant qu'une simplification excessive ne permette de tourner les règles des donations entre vifs.

Dans ses *Arrêtés*, Lamoignon proposait la suppression de la catégorie des donations à cause de mort et cette suppression, préparée par la jurisprudence du Parlement de Paris, sera prononcée, pour les pays de coutumes, par l'ordonnance de 1731 et confirmée par le Code civil : il n'y a, désormais, que deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit : la donation et les testaments ou codicilles (O. de 1731, art. 3).

Section III. — Les testaments dans les pays de droit écrit

La réception des règles romaines. — Les conceptions romaines heurtaient trop directement les principes coutumiers pour prévaloir contre eux : le testament ne sera jamais dans le Nord qu'un pâle reflet du testament romain. Dans le Midi, au contraire, les règles du droit savant répondaient parfaitement aux idées et aux mœurs.

Qu'il y ait eu disparition totale ou — comme dans quelques régions, Roussillon, Toulousain, Rouergue — survivance limitée, les choses changent nettement dès le XIIe siècle. Les rédacteurs des actes paraissent retrouver pièce à pièce les divers éléments du testament romain : dans la région de Montpellier, par exemple, la publication apparaît dès 1121, l'institution d'héritier en 1147, le testament olographe en 1154 et le testament nuncupatif

en 1154 et 1155, les codicilles en 1166, la transmission des dettes à l'héritier en 1174.

L'évolution est presque aussi rapide en Languedoc et en Provence. Le Nord des pays de droit écrit manifeste, au contraire, un retard sensible : en Dauphiné on continue, au XIIe siècle, de pratiquer la donation *pro anima* et le don *in extremis* qui comportent l'intervention de la famille ; il faudra attendre le milieu du XIIIe siècle pour que les formes du testament apparaissent avec netteté. Il en sera de même en Forez.

Presque d'emblée, l'usage du testament devient général ; il se substitue aux donations à cause de mort et toutes les classes sociales y recourent également ; tout au plus, a-t-on pu déceler parfois que l'initiative appartenait aux bourgeois, bientôt suivis par les nobles et avec plus d'hésitation par les paysans. Dès le XIVe siècle, en tout cas, même les plus pauvres expriment leurs dispositions dernières. Il est probable que cette réception ne comporta pas toujours une pleine compréhension de la portée de l'institution d'héritier. Il n'empêche que cette institution figurera toujours dans l'acte, lui donnant son unité et sa portée propres ; l'institué est pleinement héritier et acquiert la maîtrise de tout le patrimoine du défunt. La romanisation porte sur le fond du droit autant que sur la forme et ce n'est que très fugitivement que l'on peut découvrir quelques survivances coutumières.

La romanisation des formes. — Toutes les formes romaines — qui garantissaient la volonté du testateur — vont se retrouver, sauf à être plus ou moins employées suivant les régions et parfois quelque peu altérées :

a) Le *testament nuncupatif* ou oral est valable s'il est fait de la bouche du testa eur devant sept témoins ; un condamné à mort teste, par exemple, devant le peuple assemblé avant d'être exécuté. Plus couramment, cette forme est employée à la campagne par un mourant et elle n'est pas sans rappeler l'ancienne pratique de la donation *in extremis*. On doit ensuite reconstituer le testament par une enquête — ce qui ne va pas sans défaillance de mémoire ou sans contradictions. Presque forcément un écrit va être rédigé ; celui-ci peut n'être — comme en Forez — qu'un aide-mémoire parfois rédigé par un témoin et gardé par lui ; plus souvent, il sera dressé par un notaire et deviendra le testament curieusement appelé depuis Accurse nuncupatif écrit dont l'emploi sera quasi général dans le Midi. La présence du notaire n'en fait pas un testament public ; non seulement la disparition de l'écrit ne le prive pas d'effet, mais les témoins peuvent désavouer l'écrit dressé par le notaire ; l'écriture n'est pas l'essence de l'acte mais la déclaration du testateur.

b) Le *testament solennel* (ou *mystique*, cf. art. 976 C. civ.) reprend les formes du testament tripartite déjà connues des Visigoths (*Brev. Alaric*, VIII, 2) et du *Brachylogus* (II, 19, 3) (cf. p. 374) : c'est un testament écrit, présenté ouvert ou clos à sept témoins et revêtu de leur sceau ou de leur souscription. Le secret des dispositions était ainsi préservé mais cela même suscitait la méfiance ; seuls quelques grands personnages useront de cette forme.

c) La validité du *testament olographe* n'avait pas été admise par Justinien ni, après lui, par les romanistes. Parfois mentionné par les statuts méri-

dionaux, ce testament ne servira qu'à répartir les biens entre les enfants ; on l'identifiera, suivant la *Novelle* 107, à la *divisio inter liberos*, dispensée de la présence de tout témoin.

d) Si le droit romain exigeait la présence de sept témoins, le *droit canonique*, on le sait, se contentait de deux ou trois témoins. La règle est reprise par quelques statuts méridionaux (Montpellier, art. 52 ; Toulouse, art. 123 ; Bayonne, II, 11) et elle sera maintenue à titre de privilège local ; toute généralisation sera, au contraire, réprouvée ; même dans le Comtat Venaissin, qui est terre d'Eglise, on maintient l'exigence romaine des sept témoins.

La présence du curé pose aux Languedociens un problème grave. surtout au moment de la guerre albigeoise ; l'exigence canonique est rappelée par le concile de 1229, nettement dirigé contre le catharisme, et elle est aggravée par la privation de sépulture religieuse pour le testateur et pour le notaire qui aurait instrumenté en l'absence du curé. Les commissaires d'Alphonse de Poitiers durent, en 1255, revenir sur ces mesures et la coutume de Toulouse précise que si les curés peuvent bien recevoir un testament, le même droit appartient aux notaires. On admettra désormais comme règle générale que le curé ne peut intervenir que s'il existe une coutume qui l'autorise, cette coutume étant, suivant le droit canonique lui-même, le meilleur interprète de la loi.

e) On admet enfin, dans tout le Midi, les règles du droit romain concernant le *testament militaire* et le *testament en temps de peste*. Les règles romaines relatives aux codicilles ne seront appliquées, comme il est normal, que là où sont gardées l'exigence de sept témoins et la forme de l'institution d'héritier. Quant à la révocation du testament, on adapte assez maladroitement les formes romaines : présence de cinq témoins, cancellation de l'acte (Et. BERTRAND, II[1], cons. 182 ; VII, cons. 133).

LA PUBLICATION DES TESTAMENTS. — La publication ou *probatio* du testament, imposée par la loi des Visigoths (2, 5, 12 et 14), persistait, au moins en Provence et en Septimanie, au XIIe siècle (R. CAILLEMER, Lo Codi, *AM*, 1906, p. 502 ; P. TISSET, *Placentin*, p. 70). Elle permettait, après la mort du testateur, de connaître ses volontés : au cas de testament oral de recueillir les témoignages, au cas de rédaction d'un écrit de lui donner forme authentique. Cette publication était faite devant un juge laïque, bayle ou viguier, plus souvent que devant une officialité.

Certains statuts méridionaux rappellent la nécessité de la publication (*Cart. Saint-Gilles*, éd. BLIGNY-BONDURAND, 1915, p. 87) ; d'autres, au contraire, en dispensent les héritiers. Ces différences tiennent à la conception que l'on a du rôle de notaire et de l'autorité — privée ou publique — de l'écrit. En Provence, en Languedoc où le notariat est florissant, la publication ne se maintient que dans des cas exceptionnels. En Forez, au contraire, où le notariat pénètre tardivement, la publication aboutit à un enregistrement par la cour comtale ; ce qui nous vaut d'avoir conservé des séries complètes et fort instructives de testaments.

LE CONTENU DU TESTAMENT. — L'intervention du notaire équivaut au triomphe de la formule : le notaire reçoit bien les volontés du testateur, mais il les traduit à sa façon. Le souci de la forme est primordial et conduit

à respecter apparemment toutes les règles romaines. Pourtant l'usage de la clause codicillaire suffit à les tenir en échec et, même dans les régions les plus romanisées, on peut déceler quelque trace des principes anciens (concession à l'irrévocabilité, testament conjonctif) et aussi l'apparition d'une mode nouvelle : celle des substitutions fidéicommissaires.

1) La première forme romaine est l'institution d'héritier ; elle existe toujours et elle est toujours faite dans des termes identiques. Le testateur désigne de sa bouche son héritier universel, ajoutant souvent, après Gaïus, que l'institution est *caput et fundamentum testamenti*. Plusieurs héritiers peuvent être institués simultanément, successivement à défaut les uns des autres (substitution vulgaire), ou sous condition. Un héritier peut même être appelé aux propres et l'autre aux acquêts. On admet l'institution de toute personne capable, celle des enfants posthumes, des personnes morales, des pauvres du Christ, des âmes du purgatoire, voire de son âme (PANSIER, *La langue provençale*, t. II, p. 211).

Au XIIIe siècle, certaines coutumes (Montpellier, art. 55) validaient le testament qui ne contenait pas d'institution ; mais cette dérogation au droit romain fut vite supprimée, soit par une nouvelle rédaction de la coutume (Toulouse, art. 123 *a* de 1286), soit par la pratique des tribunaux.

Le testament ne manquait pas de contenir des legs et aussi de désigner des exécuteurs testamentaires chargés de les exécuter (et auxquels on reconnaît un simple mandat *post mortem*). Enfin, toujours, le testateur fait élection de sépulture.

2) Tout cela marque un respect scrupuleux des règles romaines dont les bartolistes accentuaient la rigueur formaliste. Celle-ci heurtait trop cependant l'esprit du droit méridional pour qu'une parade ne soit pas vite trouvée. Les notaires firent déclarer au testateur que le testament, s'il ne valait pas comme tel, vaudrait au moins comme codicille ou comme donation à cause de mort. C'est la *clause codicillaire* qui est déjà recommandée par Guillaume Durant (*Speculum*, II, 2, 12, nos 18-19) et qui, selon lui, suffit à valider tout testament nul *propter defectum solemnitatis*. Si l'on emploie le futur *(valebit)*, la clause peut même valider les nullités futures qui peuvent venir de la *querela* ou de la survenance d'un posthume. Les romanistes postérieurs devaient discuter longuement sur la portée de cette clause (*Dec. Cap. Thol.*, qu. 456). Ils n'admettent pas, par exemple, qu'elle puisse transformer en donation à cause de mort le testament d'un fils de famille qui était radicalement nul *(injustum)*.

3) Jusqu'à la mort du testateur le testament n'est qu'un projet toujours révocable, ce qu'exprime la formule reprise d'Ulpien (D., 34, 4, 4) et toujours répétée dans les testaments : la volonté est « ambulatoire » *(ambulatoria)* jusqu'à la mort. Cette volonté peut être excessive, capricieuse au point d'inquiéter les proches. L'idée que le testament est un pacte de famille affleure souvent dans les actes et elle inspire le désir de la famille d'en assurer l'irrévocabilité, désir que le testateur peut nourrir de son côté justement par crainte de céder à la veille de sa mort aux sollicitations de ses parents.

Parfois le testateur promet simplement de ne rien modifier de ses dispositions et la nullité de cette promesse est couverte par un serment. L'expé-

dient était jugé valable par les canonistes qui admettaient, cependant, pour la plupart, qu'une dispense était possible. D'autres, plus rigoureux, rappelaient que, le parjure ne pouvant tester, il fallait maintenir le premier testament (OLDRADE, cons. 127).

Aux XIVe siècle on admet (BELLEPERCHE, qu. 81, éd. 1607, p. 53) que l'on puisse tout au moins soumettre à une condition la confection d'un nouveau testament. L'acte débutait par des mots convenus, une profession de foi, un chant d'Eglise, et un nouveau testament n'était valable que s'il les reproduisait : c'est la *clause dérogatoire* qui devait passer de mode au XVIe siècle et être abrogée par l'ordonnance de 1735 (art. 76).

Le testament conjonctif, par exemple le testament mutuel du mari et de la femme, paraît pratiqué en Languedoc, mais il est rare, au contraire, en Provence. La révocation du testament n'était possible que de l'accord des deux disposants, ce qui contredisait la règle romaine. On préféra user de l'institution contractuelle d'héritier et le testament conjonctif fut interdit par l'ordonnance de 1735 (art. 77).

LES SUBSTITUTIONS FIDÉICOMMISSAIRES. — La question des substitutions fidéicommissaires est d'une tout autre importance. La substitution dite vulgaire est une institution en sous-ordre : on institue *Titius* et à défaut de lui *Stichus*. La substitution pupillaire, pratiquée parfois dans le Midi dans les termes mêmes du droit romain, est déjà plus complexe : on institue un héritier à l'un de ses descendants pour le cas où il mourrait avant d'avoir l'âge de faire un testament. La substitution fidéicommissaire aboutit, en somme, à généraliser le cas précédent : le testateur dispose non seulement pour lui-même, mais aussi pour ses héritiers ; il charge le gratifié (*grevé* de substitution) de rendre les biens donnés à un tiers qu'il désigne *(appelé* ou *substitué)*. Celui-ci peut être à son tour chargé de rendre les biens à sa mort à un nouveau substitué ; et ainsi de suite (c'est la substitution graduelle). Il est ainsi disposé du bien pour plusieurs générations, le testament permettant de créer un *ordo successivus* nouveau, différent de l'ordre légal. Le substitué est le plus souvent, de génération en génération, l'aîné au profit duquel est ainsi constitué un majorat.

On trouve quelques exemples de substitution dans le Midi dès le Xe siècle ; mais les actes annoncent plutôt le droit d'aînesse des fiefs qui répond, d'ailleurs, à la même idée. La tradition romaine est, au contraire, très nettement hostile et elle apparaît déjà dans le *Brachylogus* (XXXVI, 1, 3) et dans la *Summa Trecensis* qui reprennent les solutions de Justinien : le fidéicommis permet d'acquérir « par personne interposée », il est une *rogatio post mortem heredis alii restituendi*, mais les romanistes ne conçoivent guère, avant le XVe siècle, la possibilité d'une substitution graduelle (*Diss. domin.*, p. 465), d'autant que, pour être efficace, celle-ci devrait s'accompagner d'une stipulation d'inaliénabilité des biens donnés. Bartole hésite à son habitude, mais Balde donne l'exemple de la dévolution du royaume d'Aragon pour conclure que la volonté d'un père de famille doit toujours être respectée. Les docteurs français sont du même avis et ils sont soutenus par les canonistes (*Dec. Cap. thol.*, qu. 454 et 455).

Les substitutions sont connues en Forez dès le début du XIVe siècle et

elles paraissent procéder de la substitution pupillaire (unies dans la substitution qu'on appelle compendieuse) : mais la substitution est limitée le plus souvent à une génération. Ce n'est, au contraire, qu'au XVe siècle que les substitutions apparaissent en Provence. La dévolution du marquisat de Villeneuve-Trans opposera Philippe Dèce (cons. 269) et Etienne Bertrand (III[1], cons. 300 ; cf. R. de VILLENEUVE-TRANS-FLAYOSC, dans *Mém. Inst. hist. de Provence*, 1935, p. 157-172) qui admettent tous deux la liberté du testateur de créer, même à perpétuité, une dévolution successorale particulière. Cujas et Du Moulin iront beaucoup plus loin en décidant que l'ancienneté ou l'illustration de la famille doivent toujours faire présumer la substitution.

SECTION IV. — Le testament dans les pays de coutumes

L'APPARITION DU TESTAMENT. — Il n'y a pas de matière où le Nord s'oppose plus nettement au Midi ; le conflit des pratiques anciennes se pose avec un léger retard mais dans les mêmes termes pour aboutir à des solutions totalement différentes ; ce qui tient à un sentiment plus net de la cohésion familiale, mais aussi, croyons-nous, à une compétence des officialités plus exclusive ; de ce fait, le testament gardera toujours dans le Nord un caractère religieux très net.

On peut saisir dans les actes, dès le XIIe siècle, l'évolution qui transforme la donation à cause de mort (et spécialement la donation sous réserve de jouissance) en testament. Le besoin d'un acte révocable paraît avoir été nettement ressenti au moment des croisades : les intentions peuvent changer au cours du voyage d'outre-mer et ce n'est pas forcément celui (ou celle) que l'on a gratifié au départ que l'on désire encore avantager si l'on revient. Parfois, la technique demeure hésitante ; l'évolution est, au contraire, plus rapide dans quelques régions, comme la Bourgogne, où l'on gardait les habitudes romaines et elle est toujours puissamment aidée par les canonistes.

Au XIIIe siècle, tous les coutumiers connaissent le testament, mais seul Beaumanoir (n° 426) lui consacre des développements originaux : on dispose « pour le profit de son âme », pour faire des aumônes, des legs pieux ou une élection de sépulture, mais aussi pour désigner des exécuteurs testamentaires qui payent les dettes du défunt ou « amendent les torts faits ». Les clauses profanes n'apparaissent encore qu'au second plan et comme pour acquitter les obligations morales que l'on peut avoir pour quelques-uns de ses proches. L'inspiration demeure toute chrétienne et si quelque obscurité apparaît dans les formules, il faut toujours les interpréter « selon l'entendement qu'on doit avoir pour sauver son âme ».

L'acte a bien l'apparence du testament romain : il est, en principe, révocable car « tout ce qui est promis peut être rappelé » ; il peut contenir des legs, auxquels Beaumanoir (n° 368) applique, avec beaucoup de nuances, les solutions romaines ; mais il ne possède néanmoins ni l'importance sociale, ni la force juridique qu'on lui reconnaît dans le Midi : le testateur ne pense même pas à disposer du patrimoine de la famille ou à désigner un autre

héritier que celui que la nature et la coutume lui ont donné ; il confie ses volontés à des exécuteurs testamentaires et à des témoins, marquant par là qu'il ne croit pas que le respect des formes suffise à la validité de l'acte.

On continue, d'autre part, à user couramment des formes anciennes de la donation *post mortem*. Même pour un testament, la révocabilité n'est pas pleinement entrée dans les mœurs : la révocation est parfois soumise à l'avis des exécuteurs ainsi investis d'une sorte de juridiction domestique qui peut survivre même à la révocation du testament ; souvent aussi le testateur s'interdit de modifier ses dispositions.

« INSTITUTION D'HÉRITIER N'A LIEU ». — L'institution d'héritier est la pièce maîtresse du testament romain, puisqu'elle donne au défunt le successeur qu'il a choisi : c'est cela même qui paraît avoir choqué le plus : « Dieu seul peut faire un héritier » (GLANVILLE, VII, 1), *Gignuntur heredes, non scribuntur*. Les coutumiers du XIIIe siècle traitent normalement du testament à propos du disponible, ce qui suffit à établir qu'ils n'ont aucune idée d'une vocation universelle de l'institué (*Jost.*, p. 224) rendue, d'ailleurs, impossible par la règle « le mort saisit le vif ».

Il est de maxime au Palais au XIVe siècle qu'« en pays coutumier, institution de hoirie n'a pas de lieu et la coutume ne saisit point » (OLIVIER-MARTIN, t. II, p. 502). La règle est reprise par le vieux coutumier de Poitou de 1417 (n° 548, éd. FILHOL, p. 196) sous la forme qui fera fortune : « Institution héritier n'a point de lieu » (LOYSEL, n° 289). La plupart des coutumes (Paris, art. 299 ; Anjou, art. 271 ; Maine, art. 237) répètent pareillement qu'on ne peut dans les provinces coutumières instituer par testament un héritier. Non seulement le testament ne peut contenir que des legs et le légataire doit demander la saisine à l'héritier ou à l'exécuteur, mais l'institution d'héritier n'est pas nécessaire à la validité du testament. Comme, d'après le droit romain, le codicille ne pouvait pas contenir d'institution on dira : « Entre codicille et testament (il) n'y a point de différence » (LOYSEL, n° 285). L'adage avait, d'ailleurs, une portée un peu différente suivant les coutumes. Pour quelques-unes (Nivernais, Auvergne, Bourbonnais), l'institution d'héritier était absolument nulle ; pour les autres, elle valait comme un legs jusqu'à concurrence des biens dont le testateur pouvait disposer.

FORMES DU TESTAMENT. — Cela même suffit à indiquer qu'on n'use pas des formes romaines : le testament nuncupatif et le testament mystique sont délaissés et Beaumanoir (nos 371 et 405) explique que les « seigneurs de lois » (c'est-à-dire les romanistes) exigeaient bien cinq témoins mais que la coutume a « corrompu cette loi et souffre que testament se prouve par deux loyaux témoins » (*Grand Cout.*, p. 364). On adoptait ainsi la forme du droit canonique — ce qui, au reste, était normal puisque le testament est souvent limité aux legs pieux. Le testateur peut avoir rédigé une cédule écrite de son testament qu'il doit sceller et, d'après Beaumanoir, doit faire sceller par deux témoins. L'assistance d'un prêtre n'équivaut qu'à celle d'un témoin. Si le testateur n'a pas de sceau, « il le doit faire sceller de sceau authentique comme de sceau de bailliage ou d'officialité ».

On en vient ainsi à la pratique du testament solennel qui paraît remonter à la fin du XIVe siècle : le testateur s'adresse à une juridiction et, après la

généralisation du notariat, à un notaire qui, assisté de deux témoins ou d'un autre notaire, recevra ses dispositions et les consignera par écrit.

Par une réaction normale, la simplicité de ces formes provoquera une grande rigueur des interprètes. Les susceptibilités gallicanes, propres aux gens de justice, jouèrent souvent, car la trop grande liberté laissée au testateur favorisait les suggestions de curés ou chapelains : aussi la rédaction des coutumes fut-elle souvent l'occasion de fixer les formes coutumières. La coutume de Paris (A. C., art. 96 ; N. C., art. 289), par exemple, n'admet plus que le testament olographe entièrement écrit et signé du testateur et le testament authentique ou public qui doit être dicté et signé par le testateur et peut être reçu soit par un notaire assisté de deux témoins, soit par le curé de la paroisse assisté de trois témoins. Quelques coutumes se montrèrent plus rigoureuses encore ; ainsi, pour éviter les captations, la coutume de Normandie (art. 462) exigeait que le testament soit rédigé trois mois au moins avant la mort du testateur sans enfant ; les coutumes de Bourbonnais (art. 216) et de Bourgogne (VII, 6) exigeaient que le père ou la mère survivent vingt ou quarante jours au testament qui avantageait un de leurs enfants.

L'EXÉCUTION TESTAMENTAIRE. — Tandis qu'en pays de droit romain l'institution a toujours été en porte à faux, elle garde ici, à raison même de l'absence de l'institution d'héritier, sa véritable raison d'être. Les exécuteurs jouissent vis-à-vis de l'héritier d'une pleine indépendance : souvent même ils sont investis du vivant du testateur par voie de tradition (*Coutumes... Anjou*, éd. BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, n° 182), celle-ci portant le plus souvent sur la charte contenant le testament (*Gr. Coutum.*, p. 233) et aboutissant à la mise des biens « en la main des exécuteurs ». Cela même explique qu'ils soient, comme on l'a dit, irrévocables et qu'ils puissent recevoir tout ce dont le testateur peut disposer : meubles, créances, conquêts et, pour les propres, quotité disponible ; ils jouissent de la saisine qui paraît même exclusive de toute saisine de l'héritier (BEAUMANOIR, n° 362). A partir du XIVe siècle se dessine le mouvement qui permettra à l'héritier d'écarter l'exécuteur et lui refusera la saisine des immeubles, quint des propres ou conquêts ; mais il gardera toujours la saisine des meubles.

L'exécuteur apparaît comme un homme de confiance qui doit faire après la mort du *de cuius* ce que celui-ci aurait dû faire de son vivant pour assurer son salut. Au XIIIe siècle, le testament demeure un acte religieux et l'exécution garde son caractère de tutelle de l'âme : il s'agit d'acquitter les legs pieux, de régler les obsèques, de réparer les délits ou les injures du défunt, de payer ses dettes et cette mission même suffit à expliquer la saisine des meubles (*Summa Norm.*, LIX, 12). C'est même là que le rôle de tribunal domestique de l'exécution apparaît le mieux : les créanciers sont convoqués par trois « criées » et invités à fournir leurs titres. Les exécuteurs les vérifient et procèdent au payement ou, si l'actif est insuffisant, à une répartition au marc le franc (BEAUMANOIR, n° 396) ; ce qui paraît bien impliquer qu'il n'y a pas d'obligation *ultra vires* (*supra*, p. 424). Pareillement, les exécuteurs doivent recouvrer les créances : comme l'indiquent nettement des arrêts du Parlement (*Olim*, II, p. 255), ils représentent activement et passivement le défunt.

Aux XIVe et XVe siècles, dans un milieu de juristes, la foi s'attiédit quelque peu et les intérêts de l'héritier vont souvent passer avant ceux de l'âme du défunt. La pratique incline, d'autre part, à reprendre à son compte les règles de prudence posées par les romanistes. Ainsi, la situation ancienne de l'exécuteur s'altère. Il garde bien la saisine des meubles mais celle-ci tend à être limitée à un an. La notion de« torts faits» qu'il devait« amender» disparaît. Ce n'est que par exception que les coutumes lui donnent le pouvoir de recouvrer les créances, mais à condition qu'elles aient été comprises dans l'inventaire, et de payer les dettes, mais à condition qu'elles soient « claires et connues par loyaux instruments » (Sens, art. 90 ; Orléans, A. C., art. 229 et 363). Surtout, la surveillance de l'exécuteur devient plus précise ; il doit faire inventaire (et de ce fait l'acceptation bénéficiaire lui est permise) ; il doit rendre compte de sa gestion mais l'héritier peut se substituer à lui en fournissant caution (*Grand Cout.*, p. 369). La saisine coutumière reconnue désormais à l'héritier s'accommode fort mal de droits propres reconnus aux exécuteurs ; et, d'autre part, les officiers royaux interviennent rapidement surtout si l'absence d'héritier crée la vacance de la succession (*supra*, p. 417).

Un moment, les officialités avaient tenté de faire admettre que l'évêque est exécuteur général dans son diocèse, mais cette prétention ne put survivre au XVIe siècle. Les coutumes rédigées devaient maintenir les solutions antérieures limitant la saisine de l'exécuteur aux meubles et lui imposant de toujours agir en accord avec l'héritier : le Code civil suivra en cela le droit commun coutumier, mais ajoutera que la saisine n'existe jamais de plein droit, et qu'elle doit être conférée par le testateur (art. 1026 C. C.).

Les pactes sur succession future. — L'imprécision même des règles du testament coutumier avait permis de confondre avec lui les donations à cause de mort. On était, cependant, trop attaché à l'idée d'irrévocabilité — qui aboutit à intégrer le règlement d'une succession future dans une série de règlements familiaux — pour ne pas y revenir par le biais du contrat de mariage ; celui-ci est un véritable traité entre les deux familles qui règle l'avenir et le sort de leurs biens. Ainsi, la donation entre époux qui, en règle générale, n'est permise que si elle est mutuelle ; ainsi surtout l'institution contractuelle d'héritier, la démission des biens et la renonciation à succession.

La « convenance » de succession que l'on appellera plus couramment *institution contractuelle* est présentée par les auteurs coutumiers comme une exception à la règle : « Institution d'héritier n'a lieu » ; c'est une donation, qualifiée parfois à cause de mort, qu'une personne fait de sa succession future ou de partie de sa succession à une autre personne qui se marie. Le donataire est appelé « héritier contractuel ». La donation peut émaner de collatéraux ou même d'étrangers ; mais, en fait, il s'agit souvent d'une reconnaissance d'héritier qui est la « reconnaissance de fils aîné et principal héritier» faite en faveur du premier fils à naître du mariage et qui comporte dans les coutumes les plus favorables aux nobles (Anjou, art. 245 ; Maine, art. 162 ; Touraine, art. 252 ; Normandie, art. 244) la promesse expresse de ne « rien vendre, donner ni aliéner de son héritage ». Les coutumes du groupe parisien permettent, au contraire, aux parents s'ils y sont obligés

de « s'aider de leurs biens » (LOYSEL, n° 294). La disposition est irrévocable, ce qui la faisait prohiber par la loi *Hereditas* (C., V, 14, 5) et considérer dans les pays de droit écrit comme une donation de biens présents et à venir normalement acceptée par le notaire au nom de l'enfant à naître (Guy PAPE, qu. 67).

La *démission de biens* dont on a vu l'équivalent chez les Burgondes (*supra*, p. 68) concerne plutôt les familles paysannes : c'est l'abdication du chef de famille — qui se fait mort, fait mortification — au profit d'un de ses enfants. On ouvre et on liquide la succession d'une personne vivante qui pouvait, d'ailleurs, procéder au partage entre ses héritiers (BEAUMANOIR, n° 1491 ; P. de FONTAINE, 34, 2) ; mais, au XVe siècle, on répète que « le père ne se déshabille pas avant de se coucher » et la jurisprudence et les coutumes admirent que la démission était révocable.

La *renonciation à succession future* est normalement le fait des filles dotées ; elles sont d'usage général (en pays coutumier, mais aussi en pays de droit écrit), quoiqu'elles contreviennent directement à la prohibition romaine (p. 491).

Toutes ces stipulations qui se sont développées presque en marge des coutumes et en contradiction avec les principes romains ont toujours comme seul but de maintenir l'intégrité du patrimoine familial. Les Parlements s'instituent gardiens de ce principe dont leur jurisprudence, surtout à partir du XVe siècle, développera les conséquences les plus extrêmes. C'est également l'époque où la pratique des substitutions fidéicommissaires sera généralisée par le testament comme un substitut de l'ancien droit d'aînesse.

ÉTAT DES QUESTIONS

Sur les donations à cause de mort et les débuts du testament, la bibliographie essentielle a été donnée *supra*, p. 385. L'ouvrage fondamental demeure H. AUFFROY, *Evolution du testament en France des origines au XIIIe s.*, th., Paris, 1899 ; à compléter par M. CASTAING-SICARD, Les donations toulousaines du Xe au XIIIe s., *Ann. Midi*, t. 70, 1958, p. 27-64 ; R. FOREVILLE, Les testaments agathois du Xe au XIIIe s., *C. R. Acad. Inscriptions*, 1962, p. 18-33 ; et *Bull. phil. et hist.*, 1961, p. 357-388 ; R. GÉNESTAL, Les formes du test. dans le droit normand, *C. R. Sem. Hist. dr. normand, Guernesey*, 1927, p. 225 ; R. GARAUD, Les formes du test. dans l'ancien droit poitevin, *RHD*, 1929, p. 36-68 ; LAMAIGNERIE, *Les testaments dans le coutumier de Beaumanoir*, 1943 ; J. ENGELMANN, *Les testaments coutumiers au XVe s.*, 1903 ; J. BOURDEL, *Etude sur les formes du testament*, 1913 ; G. PENOT, *Des clauses restrictives, extensives et religieuses (XVIIe-XVIIIe s.)*, 1952 ; C. ABOUCAYA, *Le test. lyonnais de la fin du XVe s. au milieu du XVIIIe s.*, 1961 (Ann. Fac. Lyon). Sur le Midi : R. AUBENAS, Trois test. militaires (Provence, XIVe s.), *Le Moyen Age*, 1934, p. 5-16 ; Autour du test. « loco defuncti », *Ann. Fac. Aix*, 1942 ; Ordinatio pro anima en Languedoc, *Rev. hist. Eglise de Fr.*, 1943, p. 257 ; P. TIMBAL, La succ. test. dans la cout. de Toulouse, *Et. Dumas*, 1950, p. 283-306. Enfin deux belles collec-

tions de testaments ont été publiées par U. ROBERT (1902-1907) pour l'officialité de Besançon et par A. TUETEY (1880) pour le Parlement de Paris.

En outre, des thèses sont limitées au droit de quelques provinces : *Bourbonnais* (G. VILLEDEY, 1933) ; *Bourgogne de 1459 à 1747* (GUIGNARD, 1907 ; F. JEANNETTE, dact. 1955) ; *Bretagne* (G. BURGOT, 1905) ; *Corse* (H. ROSSI, dact. 1957) ; *Lorraine et Bar* (P. BRETAGNE, 1906 ; L. FRISTOT, 1920) ; *Reims* (P. PELLOT, 1916) ; *Saintonge* (M. BURES, 1900) ; *Vallées alpines* (H. PECOUT, 1907) ; cf. P. TIMBAL, *RHD*, 1962, p. 434-438.

L'étude des testaments est très révélatrice de l'état social d'une époque : par ex. M. GONON a étudié à l'aide des testaments du Forez les institutions et la société (1960) et la vie familiale (1961) ; R. FOLZ a consacré un article très précieux à L'esprit religieux du testament bourguignon, *MHDB*, 1955, p. 61-83. L'étude, toujours fort utile, de la diplomatique du testament est faite (pour la Bourgogne) par J. RICHARD, même revue, p. 61-83.

Sur cette époque, les travaux fondamentaux demeurent ceux de M. CHEVRIER, cités p. 386, qui marque bien le « déclin et la renaissance » du testament et aussi l'apparition difficile de la distinction entre l'acte gratuit et l'acte onéreux : G. CHEVRIER, *Et. Dumas*, p. 67-79 ; L'évolution du testament dans le duché de Bourgogne (XIVe-XVIe s.), *MHDB*, 1948-49, p. 217-244. Sur le droit savant : C. ABOUCAYA, Les différentes conceptions de la « donatio mortis causa » chez les romanistes médiévaux, *RHD*, 1966, p. 378-432.

Le cheminement du droit romain est toujours difficile à suivre : on a souvent l'impression d'une sorte de va-et-vient qui aboutit à remettre en cause des positions qui paraissaient acquises (cf. J.-Ph. LÉVY, art. cité, p. 27). En outre, il faut toujours avoir égard au conflit de compétence toujours ouvert en matière de testaments entre officialités et justices séculières : G. CHEVRIER, *MHDB*, 1963, p. 203. Les prétentions de l'Eglise seront soulevées lors de la dispute de Vincennes de 1329 (OL.-MARTIN, *L'assemblée de V.*, 1909, p. 326). Quelques coutumes reconnaissent encore la compétence des officialités (Meaux, VII, 39 ; Sens, art. 92). La coutume de Bretagne (art. 326) distingue la « solennité » et la délivrance des biens. Le courant laïque l'emportera au XVIe s. surtout après le *Commentaire de l'édit des petites dates* de DU MOULIN. La question est enfin liée au refus de sépulture aux intestats. Un arrêt du Parlement de 1387 interdit à l'archevêque de Sens de faire le testament des intestats (J. LE COQ, qu. 107). On prohibe à la même époque d'attribuer à l'évêque les biens des clercs décédés sans héritiers.

Chapitre II

LES DROITS DE LA FAMILLE

Dès l'époque franque, l'individu agit en présence de sa famille : qu'il se marie, qu'il achète ou qu'il aliène une terre, qu'il prenne l'habit religieux, ses parents sont là qui l'assistent pour contrôler ou pour garantir son acte. Les liens familiaux se resserrent encore au XIe siècle jusqu'à prendre la place de l'Etat et à discipliner toute la vie sociale : celle des nobles mais aussi celle des paysans pour lesquels ces sentiments sont souvent renforcés par l'existence d'une communauté de biens.

Cette présence permanente de la famille apparaît bien dans la pratique de la *laudatio parentum*, consentement des parents, qui était, à l'origine, une obligation pour devenir une mesure de prudence ou de courtoisie (t. II, p. 405).

A la fin du XIIe siècle, l'intervention des parents devient plus rare, ce qui est pour l'individu le signe d'une liberté nouvelle. Il faut souvent entamer le patrimoine de la famille — pour partir à la Croisade, par exemple. D'autre part, la famille ne paraît avoir aucun droit sur les acquisitions récentes et ce sentiment devait être fort vif chez le bourgeois, fils de ses œuvres, qui en même temps qu'il acquérait le pouvoir politique et la richesse entendait disposer à sa volonté des biens qu'il avait acquis (cf. p. 461).

Ce dynamisme, propre à la société du XIIe siècle, ce conflit ouvert entre deux sociétés dont les idées s'opposent (cf. t. I, p. 65) vont s'exprimer dans les coutumes qui, suivant les régions, concèdent ici plus aux nobles, là plus aux roturiers ou même, comme dans l'Ouest, soumettront les uns et les autres à des règles distinctes. A la question posée, elles vont répondre en fixant à l'égard de chaque bien l'exacte mesure des droits de la famille et des droits de l'individu : l'acquêt sera opposé au propre ; et pour celui-ci la vente sera opposée à la libéralité. En cas de vente, les parents peuvent se substituer à l'acquéreur et exercer sur lui le retrait lignager (t. II, p. 411-418) ; la libéralité, au contraire, n'est jamais nécessaire et elle ne peut être permise que dans des proportions « raisonnables ». L'expression qui revient sans cesse au XIIe siècle dans les actes n'est pas sans rappeler la pensée d'Abélard : une volonté qui se séparerait de la raison ne peut être que mauvaise (*P. L.*, t. 178, col. 657).

La raison impose la mesure, même dans les aumônes ; et les actes

expriment bien la pensée des donateurs en déterminant la part dont ils peuvent « faire leur volonté » : on parlera bientôt de disponible ou de *quotité disponible*. Le reste est réservé à la famille et c'est en se plaçant du côté de celle-ci que les coutumes pleinement formées traiteront de l'institution sous le nom qu'elle a gardé de *réserve héréditaire* (section I).

La réserve sauvegardait les droits de la famille, mais non spécialement celui de chacun des héritiers. Le père de famille pouvait gratifier non un étranger au détriment de ses enfants, mais l'un de ses enfants au détriment des autres. Ici encore apparaît l'idée de ne pas permettre une volonté « déraisonnable ». Ce n'est pas, explique Beaumanoir (n° 1972), agir de bonne foi qu'aller « contre Dieu et contre coutumes du pays pour ses héritiers, déshériter par haine si cette haine n'a pas de cause raisonnable ». L'établissement d'un enfant, la dot consentie à une fille peuvent justifier leur exclusion de la succession, au moins pour les provinces les plus favorables à l'autorité paternelle (section II). La plupart des coutumes imposent, au contraire, le respect des droits de chaque enfant : c'est le principe d'égalité entre les héritiers (section III).

SECTION I. — La réserve héréditaire

LE PROBLÈME DES ORIGINES. — Demander à la seule raison, là surtout où la piété et l'affection s'opposent, de fixer l'étendue du disponible aboutissait à des solutions fort disparates : on a égard à l'importance et à la nature des biens, à la qualité, au nombre, à la proximité, à la fortune des héritiers, aux mérites du gratifié, aussi, dans le cas fréquent de l'aumône, aux péchés qu'il s'agit de racheter. Souvent une transaction intervient et celle-ci rétablit la paix plus qu'elle ne fixe le droit.

Les coutumes, comme le dit Olivier-Martin (t. II, p. 305), établiront au XIIIe siècle une « moyenne », mais celle-ci sera fort variable suivant les régions, ce qui pose le problème des origines et aussi de l' « esprit » des coutumes.

Faut-il, pour les comprendre, remonter aux lois barbares ? La Loi des Burgondes (51, 1) permet au père de disposer d'une partie de ses biens, ce qui rejoint l'idée de disponible. La Loi des Visigoths (IV, 5, 1) prévoit qu'un père peut disposer de ses biens jusqu'à concurrence du cinquième et aussi qu'il peut attribuer à l'un de ses enfants un dixième de ses biens en préciput (ce qui sera, en Espagne, l'origine de la *mejora* : cf. de LACOSTE, 1910 ; A. BRUN, 1931). Pourtant, ces règles paraissent bien oubliées au VIIIe siècle, et les actes de la pratique témoignent avec insistance d'une pleine liberté de disposition.

Le souvenir du droit romain, même dans le Midi, ne paraît guère mieux gardé. La donation dite de Nizezius (G. BOYER, *Mélanges*, t. I, p. 236-246 ; *Etudes... Petot*, p. 3-12) fait bien état des règles de la Falcidie, mais ce témoignage, outre qu'il est difficile à dater, demeure isolé.

Les Xe et XIe siècles marquent, on l'a déjà dit, une sorte de « vide coutumier » ; il est vain d'y chercher l'origine de la réserve qui procède de la

pratique de la *laudatio parentum* et, plus généralement, de la constitution et de l'esprit de la famille.

QUINTEMENT ET TIERCEMENT. — Vers 1200, cependant, le problème du disponible est nettement posé en Ile-de-France et en Normandie et avec quelques années de retard dans l'Ouest.

Seules les libéralités sont visées sans qu'on fasse de différence entre les donations et les dispositions testamentaires, encore mal distinguées les unes des autres. La disponibilité des acquêts est, d'autre part, générale. La règle est mentionnée dans le statut par lequel Simon de Montfort accorde en 1212 aux terres conquises du Midi le privilège d'être régies par la coutume de Paris (P. TIMBAL, *L'application de la coutume de Paris au pays d'Albigeois*, p. 25), comme dans le coutumier de Touraine-Anjou de 1246 (*Etabl.*, I, 10).

La seule différence, très apparente dès l'origine, tient à la quotité du disponible. Autour de Paris, à Orléans, à Beauvais, à Sens, à Nevers, à Chartres, il est toujours question d'un disponible du cinquième, le quintement. La quotité du tiers, le tiercement, apparaît, au contraire, en Normandie (*T. A. C.*, LVII), en Maine-Anjou, en Touraine, en Bretagne, en Poitou, en Saintonge. Et la même quotité du tiers apparaît dans les coutumes du Nord.

On retrouve, et très nettement marqué, le clivage des groupes coutumiers (cf. *supra*, p. 9) ; et à cette première opposition d'autres vont s'ajouter à partir de 1250 qui renforceront l'originalité de chacun de ces groupes.

On doit remarquer, d'ailleurs, que la fixation ainsi faite est liée aux pratiques féodales : la quotité du disponible coïncide à la quote-part du fief qui peut échoir à un puîné (*supra*, p. 402). L'assimilation se comprend parfaitement : les parents (ou l'aîné), qui peuvent distraire, dans l'Ouest par exemple, un tiers de leurs fiefs pour les cadets, ne peuvent donner davantage à un étranger ou à l'Eglise ; et par l'imitation des pratiques féodales, la règle sera étendue de proche en proche aux autres biens (cf. le témoignage très net des *Etabl.*, I, 10).

LA LÉGITIME ROMAINE. — Les structures sociales n'étaient pas, dans le Midi, différentes de celles du Nord, mais on perçoit dans les documents du XIIe siècle que les traditions et les pratiques diffèrent entre le Sud-Ouest et le Sud-Est.

Le Sud-Est et le Languedoc sont, dès le XIIe siècle, plus ouverts aux influences romaines et favorables à une liberté totale de disposition : à Montpellier en 1204 (art. 55), à Carcassonne (art. 41), à Perpignan (art. 28), la coutume permet au père de laisser à ses fils « ce qu'il veut » ; la coutume de Toulouse paraît consacrer une solution analogue (cf. p. 433).

En Gascogne et en Aquitaine, au contraire, le seigneur garde, à défaut tout au moins de descendants, le droit de prendre les immeubles et parfois aussi le tiers des meubles qui lui sont ainsi réservés. La famille prétend pareillement à une réserve complète des propres : ainsi très nettement à Marmande, à Agen. A Bazas, le disponible est limité au dixième des propres et au quart des acquêts ou au douzième de tous les biens en faveur d'un enfant. La quotité est fixée au tiers des propres à Bordeaux et dans le

pays de Marsan. La coutume de Dax donne en quelque sorte la clef de ces diversités : elle ne fixe pas de quotité, mais, rejoignant la tradition coutumière, elle permet de « léguer raisonnablement de ses biens avitins selon la faculté d'iceux ». La coutume de Bordeaux (art. 228) recommande aussi, en cas de difficulté, de recourir à la « raison naturelle ». La charte de Montsaunès en Comminges prescrit même aux parents et aux amis de l'*intestat* de disposer en son nom « de ce qui sera juste ».

A cette raison le droit romain va donner une mesure précise. Déjà le *Brachylogus* (II, 24) et le *Petrus* (I, 7-13) contiennent un titre sur la loi Falcidie et reproduisent (au moins pour les enfants et les ascendants) les règles de la *Novelle* 18 (*supra*, p. 329). Celle-ci, la *nova constitutio*, nettement visée par la *Summa Trecensis* (III, 7) et par *Lo Codi* (II, 15-21), sera longuement étudiée par les premiers glossateurs.

Dès la fin de la croisade albigeoise — et peut-être comme une conséquence des bouleversements sociaux qu'elle a provoqués — les règles de la légitime affleurent ; elles sont admises, par exemple, par la coutume des Bourgeois de Narbonne de 1232 (art. 26). Mais elles se heurtent au droit de libre disposition revendiqué par le père de famille à l'égard des filles dotées auxquelles les coutumes de Toulouse de 1283 et d'Avignon de 1298 refusent encore toute légitime. Pourtant, les changements sont très apparents à la fin du XIIIe siècle : en Quercy, en Gascogne, en Agenais, en Bordelais mais aussi en Provence et en Dauphiné les allusions à la légitime deviennent fréquentes et il faut sans doute y voir l'action des officialités désireuses de respecter l'*officium pietatis*, l'affection que l'on doit à ses enfants, que tous les textes romains donnaient comme fondement à l'institution.

Il s'en faut, d'ailleurs, de beaucoup que les règles romaines soient comprises et appliquées dans toute leur complexité.

Quant à la détermination des légitimaires, les ascendants sont rarement mentionnés et les collatéraux ne le sont jamais ; seul le droit des descendants est nettement affirmé.

Quant à la quotité, on confond (et cela depuis le Code Théodosien, V, 1, 4) légitime et falcidie. La falcidie permet à l'héritier institué de retenir le quart de la succession en face de légataires (le même droit de retenir la quarte dite trébellianique existait au cas de fidéicommis). La légitime qui était, à l'origine, également du quart donne ensuite aux descendants le droit de retenir le tiers de leur part *ab intestat* si le défunt laisse quatre enfants au moins et la moitié s'il en laissait plus de quatre.

Les textes de la pratique ne mentionnent souvent qu'une quarte ; au contraire, le droit romain et le droit canonique (dans le canon *Raynutius*, X, 3, 26, 16) distingueront les deux quartes et admettront au bénéfice du descendant institué héritier par testament le cumul de la légitime et de la falcidie (ou de la trébellianique).

Les règles romaines furent connues de bonne heure en pays de coutumes et elles exercèrent une influence sensible dans leur partie la plus méridionale. En Bourgogne, la référence à la légitime est explicite tant dans les documents du XIVe siècle que dans la coutume de 1459 mais sa quotité est fixée au tiers. En Bourbonnais et en Auvergne, les chartes de coutumes du XIIIe siècle

ne connaissent que les règles romaines qui déclineront au siècle suivant par l'effet de résurgences coutumières ; les coutumes rédigées fixeront le disponible au quart des *bona* (Auvergne, art. 41 ; Bourbonnais, art. 291), quotité qui sera également admise en Lorraine (XI, 3 et 13).

Le groupe des coutumes de l'Ouest. — La réserve des deux tiers étant admise, ces coutumes vont en étendre l'application le plus largement qu'elles le pourront.

1) L'esprit féodal inspire la conservation du patrimoine : d'où, par exemple, le fait que, de même que chaque fief doit être spécialement tiercé pour les puînés, la réserve atteint séparément chacun des biens de la succession ; d'où encore l'interdiction faite par la coutume de Normandie (*T. A. C.*, LVII) de tiercer un bien qui l'aurait déjà été à la génération précédente : le fils ne peut rien donner si son père a déjà épuisé le disponible ; d'où, enfin, le langage des textes (*Etabl.*, I, 10) qui le plus souvent ne parlent que des « gentilshommes », c'est-à-dire des tenants fief. Pour les rotures une quotité de moitié existe anciennement en Anjou.

2) Cela même implique que la vente elle-même soit réprouvée presque à l'égal d'une donation et qu'on ait tenté, au moins en Normandie, au début du XIIIe siècle, de l'interdire si elle portait sur plus d'un tiers des biens. Cette tentative avorta, sans doute à raison de la généralisation vers la même époque du retrait lignager.

La réserve atteint les donations entre vifs, mais aussi les donations à cause de mort. Quant au testament, il apparaît si suspect que le legs d'un meuble, encore autorisé en Normandie et en Bretagne au XIIIe siècle, y sera interdit au siècle suivant.

3) De même les praticiens s'ingénient à étendre l'indisponibilité à d'autres biens que les propres. Les coutumes usaient du terme équivoque de « terres » que l'on étendit très vite à l'acquêt. Pour les meubles, on ne peut, en Normandie, léguer que le tiers si l'on a des enfants et la moitié si l'héritier est un collatéral ; un système presque analogue prévaut en Bretagne pour les « gens de basse condition » (*T. A. C.*, n° 207). La solution définitive sera d'assimiler complètement les acquêts et les propres pour les soumettre à la réserve. Dans les coutumes de Maine-Anjou-Touraine et Poitou on admettra seulement la subrogation des meubles aux acquêts et de ceux-ci aux propres ; et, en outre, on réservera en présence d'enfants et même dans le cas de libéralité pieuse la totalité des propres.

Les coutumes du Nord et de l'Est. — L'esprit communautaire n'est guère favorable au disponible. En Artois et en Picardie, il est fait mention d'un disponible du quint, mais avec de singulières limitations : le quint doit être fourni non en nature mais en argent ; en outre, comme en Normandie, un héritage déjà quinté ne peut plus l'être à la génération suivante ; mieux encore, si le « quint datif » a été donné à un tiers, les puînés ne peuvent plus demander leur « quint naturel », toutes solutions qui marquent bien que le disponible provient du quintement des fiefs et qui expliquent que pour protéger les puînés on ait tenté de restreindre la quotité disponible en ne permettant, par exemple, d'en user que tous les soixante ans (Boutillier, I, 76).

Pour les biens roturiers, sauf en Artois où la donation des propres est interdite par la coutume rédigée (art. 76), beaucoup de coutumes (Luxembourg, Douai) ignorent même l'institution de la réserve et s'en tiennent à la légitime romaine.

En Flandre, la réserve est étendue au point de devenir parfois universelle : l'individu ne peut disposer d'aucun de ses biens ni par testament ni même parfois par donation. Les coutumes de l'Est ne soumettent, en général, à la réserve que les legs : à Verdun, on ne peut léguer que le revenu de trois ans des immeubles. A Saint-Mihiel, seuls sont permis les legs pieux ou nécessaires. A Sedan, à Epinal, la totalité des propres est réservée. A Metz, on interdit de disposer par testament des immeubles : ce qui devait aboutir à la curieuse institution des « gagières » ; un immeuble était acheté par un prête-nom qui le rétrocédait à titre de gage à l'acquéreur véritable, lequel n'avait sur lui qu'un droit mobilier de créance (J. IMBERT, *Ann. Est*, 1950, p. 47).

LE GROUPE PARISIEN. — Pour les coutumes de la région parisienne, les solutions « raisonnables » sont aussi des solutions moyennes. Elles avaient admis, dès le début du XIIIe siècle, qu'on pouvait « aumôner » soit par legs, soit par donation du quint, ce qui, à la quotité près, rappelait les coutumes de l'Ouest ; mais leur évolution sera bien différente, ce qui paraît tenir tout à la fois au milieu social où les liens féodaux et familiaux sont moins stricts et à l'influence des officialités et, par elles, du droit romain.

1) Vers 1240, la distinction du testament et de la donation est nettement faite ; on insiste sur l'irrévocabilité des donations (BEAUMANOIR, n° 404) pour les soustraire à la réserve, tout au moins si elles ne sont pas « outrageuses » : « en sa santé on peut tout donner ou vendre ». Au contraire, par testament, on ne peut disposer que du quint. La solution sera reprise par toutes les coutumes de la région et aussi par quelques coutumes voisines (Nivernais, XXVII ; Troyes, art. 138 ; Amiens, art. 46).

2) Les meubles et les acquêts demeurent entièrement disponibles ; il n'est fait aucune distinction entre nobles et roturiers et il n'est admis aucune subrogation des meubles ou des acquêts aux propres.

3) La réserve se trouve ainsi liée à la succession (tandis que précédemment une donation excédant le quint de l'héritage pouvait être attaquée du vivant du donateur). Les biens réservés d'une personne sont « par coutume obligés à ses hoirs » (BEAUMANOIR, n° 1025). Ce qui permet à ceux-ci d'exercer une action en réduction ; ce droit n'appartient pas au lignage tout entier, mais au seul héritier qui peut, d'ailleurs, par un consentement — qui rappelle la *laudatio parentum* — autoriser le legs excessif.

LA LÉGITIME DE DROIT. — Pour tous les auteurs coutumiers jusqu'au XVIe siècle, la réserve n'a, en doctrine, ni la solidité, ni l'importance du retrait lignager. Tandis que celui-ci sera présenté jusqu'au XVIIIe siècle comme matière de pur droit coutumier, la réserve paraît avoir, sinon son origine, du moins son équivalent dans la légitime romaine ; il est manifeste, par exemple, que Beaumanoir (n° 382) et le *Conseil à un ami* (XXXIII) connaissent les règles romaines et les rapportent à la réserve.

La légitime ne protégeait que les proches parents (et non tous les lignagers)

mais elle concernait les acquêts et les meubles comme les propres et les donations comme les libéralités testamentaires. Sur ces deux points, elle était donc plus efficace que la réserve qui était assez « cruelle » et « contre humanité » pour permettre, au moins dans la région parisienne, de faire donation de ses propres ou de léguer ses meubles ou acquêts au préjudice de ses enfants (*Conseil à un ami*, XXXIII, 10).

Le cas où « l'héritage est petit et le conquêt grand », exceptionnel au XIIIe siècle, est devenu, au contraire, assez fréquent au début du XVIe siècle pour que la question de la légitime soit nettement posée : l'*officium pietatis* du droit romain s'identifie maintenant avec le maintien de la stabilité et l'éclat des « bonnes maisons ».

Quelques coutumes admettent, dès leur première rédaction, la « querelle de donation ou de testament inofficieux » (Sens, art. 97 et aussi Bourgogne, VII, 3 ; Auvergne, art. 40 ; Bourbonnais, V, 1 où la légitime existait déjà). Du Moulin rattacha ces règles à la « raison vivante fondée sur la justice naturelle » (*Œuvres*, I, p. 255) et son argumentation devait infléchir en ce sens la jurisprudence du Parlement de Paris. Christophe de Thou introduisit la légitime dans de nombreuses coutumes réformées et ajouta même dans la coutume de Paris (art. 17) que la légitime des puînés était opposable au droit d'aînesse.

L'originalité coutumière apparaît, cependant, à deux égards : 1) la légitime n'appartient qu'aux descendants ; 2) elle est fixée à la moitié des biens du disposant, et cette quotité prévalut pour les coutumes qui ne contenaient pas une référence expresse au droit romain.

La légitime demeurait ainsi indépendante de la réserve et la complétait ; les descendants pouvaient opter, selon leur intérêt, pour l'une ou l'autre. Ailleurs, la légitime, sans être reçue comme telle, renforça les tendances coutumières. Dans l'Ouest, par exemple, l'influence romaine fit admettre la réserve des meubles en présence d'enfants (Saintonge, art. 84). Il en est de même dans quelques coutumes de l'Est (Bar, N. C., art. 98 ; Clermont-en-Argonne, VI, 1). Il arriva même que certaines coutumes étendent aux donations la réserve précédemment admise pour les seuls legs (Châlons, art. 63 ; Laon, art. 51). En Berry, le droit romain l'emporta au point que la légitime se substitua à la réserve et quelques coutumes du Nord connurent une évolution identique (Douai, II, 1 ; Thionville, X, 1).

La théorie juridique de la réserve. — La variété même de ces règles faisait dire à Lebrun : « Ces réserves sont bien bigarrées dans notre ancien droit. » Ce n'est, d'ailleurs, qu'au XVIIIe siècle que l'on parle couramment de « réserve » (et non plus de « légitime coutumière ») et que l'on s'attache à faire la théorie de l'institution.

L'application des règles de la réserve comportait tout d'abord une qualification de la libéralité (legs ou donation), une définition des propres et, dans l'Ouest, une théorie de la subrogation des acquêts et des meubles aux propres. La matière était, d'autre part, fertile en difficultés dont on ne doit retenir que les plus célèbres :

1) La réserve appartenait aux lignagers héritiers, ce qui excluait tous ceux qui étaient incapables de succéder, bâtards, aubains, serfs, exhérédés

et, dans certaines coutumes, les filles dotées ; ce qui supprimait aussi toute réserve au cas où, une ligne étant défaillante, les biens étaient dévolus à l'autre ligne. La réserve ne pouvait être invoquée que par celui qui se portait héritier : l'enfant qui renonce à la succession pour conserver une libéralité ne peut imputer celle-ci sur sa part de réserve. La question déjà débattue par Lebrun a été, au XIXe siècle, l'occasion d'une controverse célèbre.

2) La sanction de la réserve est normalement la réduction des libéralités excessives au taux de la quotité disponible. On admit, non sans hésitation, que celle-ci ne pouvait être calculée qu'au jour du décès. Dans les coutumes où la réserve atteignait les donations, celles-ci devaient être rapportées pour leur valeur au jour du décès s'il s'agissait d'immeubles et pour leur valeur au jour de la donation s'il s'agissait de meubles ou d'offices (POTHIER, *Dons*, n° 225). La défalcation des dettes posait un problème déjà connu (*supra*, p. 423). De droit commun, tous les biens de la succession devaient contribuer au payement des dettes mais certaines coutumes maintenaient une discussion préalable des meubles.

La coutume de Paris permet au réservataire d'abandonner aux légataires toute la quotité disponible (quint des propres, meubles et acquêts) — ce qui est évidemment plus simple que d'exercer une action en réduction.

3) Toutes ces solutions procédaient du fondement que les auteurs coutumiers assignaient à la réserve : elle assurait la conservation des biens dans la ligne d'où ils provenaient. En principe, il y a autant de masses indisponibles que de lignes et chaque ligne a le droit de faire réduire les legs qui entament sa réserve même si la totalité des legs ne dépasse pas le disponible calculé sur la totalité de la succession. Cependant, les biens réservés n'en sont pas moins une part de la succession ; non seulement ils doivent contribuer au payement des dettes, mais on admet jusqu'au XVIIe siècle la validité d'un legs d'usufruit dépassant la quotité disponible. Du Moulin fera même prévaloir l'idée qu'un legs dépassant la quotité disponible des propres devait être exécuté par équivalent sur les meubles (alors que le testateur n'avait pas disposé de ceux-ci comme il aurait pu le faire).

LA THÉORIE JURIDIQUE DE LA LÉGITIME. — Ces dernières solutions s'expliquent par le désir, inspiré du droit romain, de respecter les volontés du testateur. Elles marquent combien la théorie coutumière de la réserve manquait de netteté et combien elle demeurait tributaire de la conception romaine de la légitime : le fondement de celle-ci était toujours le devoir d'assistance dû aux proches parents.

De ce fondement devaient pourtant provenir dans le Nord et dans le Midi des conséquences assez différentes :

1) Les auteurs coutumiers admettent que la légitime comme la réserve est *pars hereditatis* et qu'on ne peut la demander qu'en se portant héritier ; mais, par une contradiction imposée par l'article 307 de la coutume de Paris, l'enfant renonçant peut néanmoins retenir sa légitime par voie d'exception et même, en général, cumuler le disponible et la légitime.

Le légitimaire qui n'est pas rempli de sa part peut exercer l'action en retranchement qui atteint d'abord les legs et ensuite les donations. On jugea d'abord que celles-ci étaient réduites également ; un arrêt de 1688

admit, au contraire, qu'il fallait commencer par réduire les donations les plus récentes et la solution fut reprise par l'ordonnance de 1731 (art. 34).

2) Dans les pays de droit écrit, la légitime est considérée comme *pars bonorum*. Suivant la définition romaine, les *bona* sont constitués par ce qu'il reste une fois les dettes payées et aussi par les biens donnés, rapportés à la succession. Mais il n'est pas besoin d'accepter la succession pour agir en réduction des dons et legs ; on peut retenir par voie d'exception la légitime si l'on a reçu des libéralités du *de cuius* et même si l'on renonce à la succession (ce qui rend normal le cumul de la légitime et du disponible). Le légitimaire qui n'a pas accepté n'est pas tenu des dettes héréditaires sur les biens reçus par donation et sujets à réduction (sur lesquels les créanciers n'ont pas de droit).

Les textes romains sont, d'autre part, appliqués en ce qui concerne tant la quotité de la légitime que son attribution aux ascendants et aux frères et sœurs (sous réserve de solutions particulières à chaque Parlement).

La *Novelle* 115 exigeait que le père laisse la légitime à ses enfants à titre d'institution d'héritier : la règle était appliquée par la plupart des Parlements et elle fut reprise par l'ordonnance de 1731 (art. 50, 55).

Enfin, tandis que l'on admettait souvent que les biens réservés puissent être grevés d'une substitution fidéicommissaire, la légitime doit être laissée aux héritiers franche, quitte et exempte de toutes charges sans terme et sans condition (cf. p. 531) : les enfants, malgré les formules souvent employées, ne sont pas de simples créanciers d'aliments ; ils ont droit à leur part en nature des biens successoraux.

La réserve a l'époque révolutionnaire. — Pour les Assemblées révolutionnaires la question de la réserve est liée à celle du testament et elle est commandée, comme devait dire Mirabeau, par le désir de s'attaquer « au vice de nos lois testamentaires » et à la « monstrueuse inégalité des partages qui en a été la suite ».

Le Chapelier proposa, en avril 1791, de créer une quotité disponible unique pour toute la France. Mirabeau, dans un discours posthume, demandait qu'un père ne pût léguer que le dixième de ses biens. Robespierre ajouta, en haine du droit d'aînesse, que le disponible ne pouvait être légué à un héritier, tandis que Cazalès exprimait la voix du Midi, favorable à la faculté de tester.

Le débat n'eut pas de conclusion et la question ne fut reprise que par la Convention. Par le décret des 7-11 mars 1793, elle interdit de disposer par legs ou par donation en faveur de ses descendants ; par la loi du 5 brumaire an II, elle imposa, on le sait (cf. p. 445), la rétroactivité du principe d'égalité, prononçant même la nullité des donations faites depuis le 14 juillet 1789 à un collatéral ou à un étranger et le rapport des donations faites à un descendant. Pour l'avenir, la même loi fixait, pour la France entière, le disponible qui ne pouvait être attribué qu'à un étranger au dixième s'il y avait des descendants et au sixième s'il n'existait que des collatéraux. Deux mois après, la loi de nivôse supprimait le régime des propres et aggravait encore, quant à la nullité des donations, la portée du texte antérieur.

Ainsi, le droit révolutionnaire sacrifie la liberté de disposer à l'égalité des partages ; il augmente les droits de la famille et accentue la portée de la réserve (au point de l'étendre à la quasi-totalité de la succession et d'en faire jouir même les parents les plus éloignés) dans un but politique nettement affirmé par Cambacérès : frapper « les grandes fortunes toujours dangereuses dans une République ».

Les mesures nouvelles paraissent avoir été acceptées par les anciens pays coutumiers qui n'avaient connu qu'un disponible limité. Elles heurtaient, au contraire, si gravement les habitudes du Midi que le Consulat dut revenir à des solutions plus modérées « pour ramener les divergences extrêmes de ces contrées méridionales au centre de la Révolution ». La loi du 4 germinal an VIII fixa le disponible au quart en présence d'enfants (et à une part d'enfant s'il y en a quatre ou plus), à la moitié en présence d'ascendants, de frères et sœurs ou de neveux, aux trois quarts en présence de parents plus éloignés. Des libéralités pouvaient être adressées à un successible et même dispensées de rapport. L'idée très nettement exprimée est de « préparer la restauration des mœurs », de mettre fin — après les désordres du Directoire — à l' « irrévérence des enfants » et de replacer les pères de « famille sur le trône patriarcal d'où ils étaient tombés ».

Le Code civil. — Les mêmes sentiments et le même désir de conciliation vont guider les rédacteurs du Code civil. Du droit intermédiaire, ils ne garderont rien. S'ils continuent à parler de réserve, c'est en réalité à la légitime qu'ils se référeront par crainte de l' « expérience des habitants du Midi », par fidélité à la tradition des juristes du XVIIIe siècle, mais aussi par admiration politique pour Rome.

1) Contrairement à ce qu'on a souvent enseigné, les droits de la famille — affirmés avec force dans les observations faites sur le projet par les tribunaux — sont nettement sacrifiés. La réserve des frères et sœurs et des neveux, admise par le premier projet, est progressivement diminuée lors de la discussion et abrogée enfin par le Tribunat. Il faut « laisser à l'homme une liberté absolue : que celui qui veut succéder sache le mériter ». La famille ne doit pas plus qu'aucun autre groupe naturel s'interposer entre l'Etat napoléonien et l'individu (art. 916 C. C.).

2) Le droit de l'individu, le pouvoir du propriétaire ne peuvent être tenus en échec que par « le rapport sacré que des enfants ont aux ascendants et des ascendants aux enfants ». On accorde donc aux ascendants de chaque ligne une réserve du quart (art. 915 C. C.), aux enfants une réserve de moitié, des deux tiers ou des trois quarts selon leur nombre (art. 913 C. C.). Comme le dira Bigot-Préameneu dans son rapport au Corps législatif, la réserve « fait connaître aux pères de famille les bornes au-delà desquelles ils seraient présumés abuser de leur droit de propriété en manquant à leurs devoirs de pères et de citoyens ».

3) Comme le droit romain, le Code civil admet que cette réserve permet d'attaquer non seulement les legs mais les donations entre vifs.

4) Pour la mise en œuvre technique de l'institution, le droit moderne reprendra souvent les conceptions coutumières : la réserve est une *pars hereditatis* ; elle est collective et la renonciation d'un réservataire ne modifie

pas son étendue ; on ne peut la réclamer qu'en se portant héritier ; elle est due en nature et elle est exempte de charges. La loi attribue elle-même aux héritiers qu'elle désigne la quotité des biens qu'elle leur réserve.

SECTION II. — L'exclusion des enfants dotés

LE FONDEMENT DE LA RÈGLE. — Pour les coutumes qui — telle la coutume de Normandie — fondent la vocation héréditaire sur la parenté, le fait que l'un des enfants est « établi » et a quitté la maison familiale est indifférent (c'est l' « égalité stricte » qui sera étudiée dans la section suivante).

Au contraire, pour les coutumes qui conçoivent la succession comme le partage d'une communauté familiale, les qualités d'héritier et de communiste sont forcément liées : celui qui quitte la famille — le fils émancipé ou la fille dotée — est exclu de l'hérédité. La règle est imposée par la logique communautaire qui avait inspiré pareillement les règles du droit romain contre l'émancipé (*supra*, p. 338) et qui explique encore l'institution du salaire différé du droit moderne. L'enfant dont le travail a profité à la famille doit être mieux traité que celui qui n'a acquis que pour lui-même.

Au Moyen Age, de telles idées paraissent plus nettes dans les villes et pour les roturiers que dans le plat pays et pour les familles féodales. Fait curieux, elles ne sont guère perceptibles dans les coutumes du Nord où, cependant, les idées communautaires jouent un grand rôle. Ou le fils s'est établi (ou, pour une fille plus nettement encore, s'est mariée) sans le consentement de son père et ce manquement à la discipline familiale suffit à imposer son exclusion (qui peut prendre la forme d'une émancipation, cf. p. 74). Ou, au contraire, le père a lui-même pourvu à l'établissement et en a fait les frais, procurant à ses fils un métier, dotant ses filles (et également ses fils) au moment de leur mariage. De telles dispositions doivent être tenues pour« raisonnables». Elles sauvegardent les intérêts de la famille et l'autorité paternelle ; elles permettent surtout de fournir aux filles une dot en argent et de les exclure ainsi de toute vocation ultérieure aux immeubles.

Cette exclusion — qui rejoint l'hostilité toujours marquée par le droit féodal aux filles — peut, d'ailleurs, faire l'objet dans le contrat de mariage — dont on sait qu'il constitue une véritable charte familiale — d'une stipulation précise. Pour prix de la dot qui lui est donnée, la fille renonce à tout droit à la succession de ses parents. L'exclusion n'est plus ici commandée par la coutume mais par le contrat et il sera, de ce fait, possible de l'adapter à chaque situation, mais aussi de l'étendre bien au-delà de sa sphère primitive d'application : la renonciation des filles dotées constituera un fait social de portée générale en même temps qu'une institution juridique dont il appartiendra à la jurisprudence des Parlements de fixer exactement le contenu.

L'EXCLUSION COUTUMIÈRE. — Nous ignorons presque tout des pratiques suivies par les communautés familiales qui — du fait même qu'elles étaient « taisibles » — n'ont laissé que fort peu de traces écrites : des témoignages

sporadiques ou des survivances permettent de distinguer deux types de coutumes :

1) Les coutumes « communautaires » admettent que l'enfant — fils ou fille — sorti de « sele » perd toute vocation successorale ; la règle s'applique aux filles mariées, mais aussi aux fils mariés ou émancipés ; elle apparaît dans les coutumes « communautaires » qui normalement n'admettent pas la représentation (p. 397) ; la coïncidence est logique puisque, les enfants dotés étant exclus de la succession, leurs propres descendants ne peuvent les représenter.

Cette exclusion est nettement formulée dans le droit orléano-parisien qui la rattache toujours à l'idée que « tout ce que père et mère font raisonnablement au mariage de leurs enfants est valable » (*Jost.*, XII, 6, 17) ; *Etabl.*, t. II, p. 418) ; dès lors que l'établissement a été réalisé avec des biens communs et qu'il est « raisonnable » l'enfant établi perdra tout droit à la succession de ses parents.

Le même droit existe à Amiens et à Lille (*Livre Roisin*, chap. 128). Il est attesté également par les plus anciens statuts méridionaux (Montpellier, chap. 58 ; Toulouse, art. 123 *d*) et aussi par les coutumes de l'Orient latin.

A raison même de sa rigueur, cette exclusion heurta vite le sentiment commun. En pays coutumier, on reconnut au père le droit de consentir par contrat de mariage ou même par testament à l'enfant qu'il a doté (et éventuellement aux petits-enfants) un *rappel à succession*. Le système persistera à Paris jusqu'à la rédaction de la coutume de 1510. L'enfant rappelé peut ainsi venir au partage avec ses frères et sœurs, mais il doit rapporter la libéralité reçue. Il peut aussi s'en tenir à celle-ci et renoncer à la succession : c'est l'*option* qui sera caractéristique des coutumes du groupe parisien (cf. p. 493).

2) Les coutumes de l'Ouest sont d'esprit trop « lignager » pour admettre qu'un fils puisse être privé de ses droits ; elles sont toujours, au contraire, foncièrement hostiles aux filles. La règle est rigoureuse en Normandie puisque la fille n'a droit, même après la mort de ses parents, qu'à un mariage avenant (R. Besnier, *TR*, 1930, p. 488-506). En Anjou, Maine, Touraine, Poitou, l'exclusion ne vise que les filles nobles dotées (J. Yver, *RHD*, 1952, p. 49, 1954, p. 153) qui n'ont même pas droit à leur légitime (cf. p. 492). Au contraire, le partage égal était de règle entre roturiers.

3) Dans tout le Midi (et dans les coutumes de lisière, Auvergne, Bourbonnais, Berry, Bourgogne) l'exclusion est générale et elle atteint les filles roturières ou bourgeoises comme les filles nobles. La règle est attestée, dès le XIIe siècle (à Avignon, à Arles et à Bordeaux, par exemple) et elle est déjà donnée pour ancienne — ce qui fait croire qu'elle est autochtone et non, sauf peut-être en haute Provence, d'origine italienne. La plupart des statuts anciens précisent, d'ailleurs, que la fille ne peut même pas revendiquer sa légitime ; si ses parents (ou même ses frères) lui laissent dans leur testament une part, si modique soit-elle, elle n'a plus rien à prétendre. L'exclusion concerne tout aussi bien la succession du père et de la mère que celle des frères et sœurs. Elle n'atteint pas, en général, les filles *nondum*

dotatae, ce qui marque bien que le titre de leur exclusion est leur dot et non leur sexe.

Les idées communautaires sont certes bien atténuées dans les villes du Midi au XIIIe siècle ; les règles de la légitime vont s'imposer avec le droit romain (à Avignon dans les statuts de 1441) ; mais l'exclusion des filles répond trop au désir de conserver le patrimoine aux mâles et d'assurer l'autorité du père de famille pour ne pas être reprise dans une clause expresse des contrats de mariage.

LA RENONCIATION DES FILLES DOTÉES. — Lors du mariage il devient usuel de faire renoncer la fille à tous ses droits successoraux moyennant le payement d'une dot : l'exclusion qui était autrefois à la discrétion du père dépendait désormais de la volonté de l'enfant qui trouvait ses limites dans la discipline familiale mais qu'on ne manquait pas de faire confirmer par un serment.

La renonciation pouvait intervenir dans un contrat de mariage mais, le plus souvent, elle était l'occasion d'un acte séparé. A l'origine, la fille renonce à tout droit paternel ou maternel ; mais vers la fin du XVe siècle, les clauses s'amplifient ; on renonce à tous les biens qui peuvent échoir à quelque titre que ce soit, aux successions collatérales, on renonce pour ses enfants ou ses héritiers, le serment suffisant à valider les renonciations des filles dès l'âge de sept ans. On admet même que les filles puissent renoncer en faveur d'autres filles ou même que les fils dotés puissent renoncer à la succession de leurs parents.

La portée de telles renonciations dépendait des termes employés — qui devaient toujours être très strictement interprétés. Les glossateurs avaient été hostiles à de telles clauses ; ils les considéraient justement comme un pacte sur succession future et exigeaient tout au moins que celui-ci soit conclu entre la fille et ses frères, bénéficiaires de son exclusion. Les canonistes, au contraire, accordaient pleine valeur au serment : la décrétale *Quamvis* de 1299 de Boniface VIII (VI, II, 11, 2) confirma cette thèse, tout au moins si le pacte était intervenu entre le père et la fille au moment du mariage et moyennant le payement d'une dot : la dot fut considérée comme la cause de la promesse. C'était poser la question de la cause suffisante et équitable (cf. t. I, p. 146) :

a) On admit très généralement que la dot devait répondre aux facultés des parents et au nombre des enfants (BALDE, sur XII, 28, 25) et plus précisément qu'elle devait être équivalente à la légitime. Cependant, si la fille est exclue par une coutume certaine, elle ne peut exiger sa légitime et elle peut également y renoncer à condition de le mentionner expressément. Du Moulin justifiera la solution par l'idée de forfait : le père aurait pu dilapider son patrimoine après avoir marié sa fille et la dot met celle-ci à l'abri de ce risque. On dira plus tard que seule la lésion énorme peut faire rescinder l'engagement.

b) On subordonne le consentement de la fille à des conditions sous-entendues : si ses frères viennent à mourir après la renonciation mais avant leurs parents, la fille recouvre son droit. De même, la renonciation ne peut profiter à des fils posthumes. Enfin, la fille a supputé qu'elle survi-

vrait à ses parents : sa renonciation n'est donc pas opposable à ses propres enfants (que, d'ailleurs, son serment ne peut engager).

LES DIVERSITÉS COUTUMIÈRES. — A partir du XVIe siècle, l'application de ces règles va être fort diverse selon les régions. Les renonciations étaient sans objet dans les provinces où les filles étaient exclues par les coutumes. Dans beaucoup de régions méridionales, l'exclusion est contenue non dans un contrat de mariage, mais dans le testament du père qui lègue à sa fille sa dot (ce qui reprend la pratique romaine) ou l'institue pour cinq sous.

Les renonciations n'en seront pas moins très largement pratiquées et provoqueront de grandes diversités dans la jurisprudence des Parlements :

1) Dans le Midi, les Parlements étaient dans l'ensemble fidèles aux principes dégagés par les bartolistes et désireux d'assurer la stabilité des dispositions. La fille renonçante pouvait, cependant, se plaindre d'avoir été omise dans le testament de ses parents, au moins d'après les Parlements d'Aix et de Toulouse. A Bordeaux on exigeait, en outre, que l'héritier institué soit un étranger. La fille pouvait également, sauf dans les pays romains du ressort du Parlement de Paris, demander un supplément de légitime. A Bordeaux et à Toulouse, la coutume ne le permettait pas, mais les Parlements admettaient facilement l'existence d'une lésion énorme.

2) Dans les pays de coutume, la décrétale *Quamvis* était discutée (le *Sexte* n'étant pas reçu en France, à raison même de son auteur) et Du Moulin (*Cons.* 55) devait dire que la renonciation était admise pour « une raison politique », ce qui permettait au Parlement de prendre de plus grandes libertés avec les textes. Le Parlement de Paris autorisait même les renonciations faites par un fils ou par une fille au profit d'autres filles. Il admettait les renonciations tacites et les étendait même, sauf pour les acquêts, à toutes les successions collatérales. Quelques coutumes (Poitou, art. 221 ; Auvergne, XII, 25) indiquaient que les descendants de la fille renonçante ne pouvaient, même après la mort de celle-ci, venir à la succession de leurs aïeuls.

Sur l'action en supplément de légitime, les coutumes étaient enfin fort divisées. L'action était généralement accordée à la fille par les coutumes du Centre (Berry, Orléans, Chartres), mais elle était refusée par les coutumes les plus romanisantes (Auvergne, Bourbonnais) comme par les coutumes de l'Ouest où « fille dotée d'un chapel de roses n'a plus rien à prétendre ». Le Parlement de Paris étendait la même solution aux coutumes fort nombreuses qui ne contenaient aucune disposition. On jugeait, en revanche, que quand les autres enfants ne trouvaient pas dans la succession de quoi les remplir de leur légitime dans la succession de leurs parents, ils pouvaient faire rapporter à la fille renonçante ce qui était nécessaire pour remplir leur légitime (Ord. 1731, art. 35).

L'exclusion coutumière des filles dotées devait être abrogée par la loi du 8 avril 1791 (p. 445). Les renonciations ne disparurent qu'avec la loi du 17 nivôse an II dont l'article 11 prohibait la renonciation par contrat de mariage de l'héritier présomptif à la succession future (mais non les traités faits hors mariage). L'effet rétroactif attaché à cette disposition fut révoqué en l'an IV : dans toutes les successions ouvertes après le 5 brumaire an II, les filles purent normalement réclamer leurs droits héréditaires.

SECTION III. — L'égalité des enfants

LA DIVERSITÉ COUTUMIÈRE. — Si l'on met à part la succession aux fiefs pour laquelle l'inégalité est de règle, le droit coutumier admet, comme principe général de dévolution, l'égalité des enfants : le père ou la mère ne peuvent avantager un de leurs enfants, « donner à l'un plus qu'à l'autre », avoir « enfant chéri » et cela ni par une donation faite au contrat de mariage, ni surtout par un testament dont ce n'est pas la fonction. La règle apparaît même si logique qu'elle sera étendue à tous les héritiers : on ne peut être, répètent à l'envi les coutumes, à la fois héritier et légataire, « aumônier et parçonnier ».

On conçoit, d'ailleurs, que ce principe soit susceptible d'applications fort diverses : très net pour les descendants, il l'est beaucoup moins à l'égard de collatéraux ; la disponibilité des acquêts et des meubles sera toujours plus grande que celle des immeubles ; enfin, les legs seront plus suspects que les donations.

Surtout, chaque coutume va réagir devant ce problème avec son esprit propre, ce qui fait de la matière un domaine de choix pour l'*Essai de géographie coutumière* que M. Yver a réalisé avec tant de bonheur. Trois zones coutumières peuvent être définies qui correspondent à trois solutions possibles du même problème :

1) La solution la plus nette est, ici encore, fournie par les coutumes de l'Ouest et spécialement par la coutume de Normandie, dite d'*égalité stricte*. Les droits du lignage l'emportent sur toute disposition (ce qui conduit, on le sait, au système de représentation à l'infini).

2) A l'inverse, les *coutumes préciputaires*, plus ou moins inspirées par le droit romain, laissent au père de famille la faculté d'avantager un de ses enfants au détriment des autres (et, par conséquent, d'exclure une fille dotée).

3) Enfin, les *coutumes d'option*, dont le type demeure la coutume de Paris, après avoir admis l'exclusion des enfants dotés — et par conséquent le maintien des dispositions paternelles — en sont venues à permettre à l'enfant donataire ou légataire un choix entre la libéralité reçue et le retour à succession, sauf dans ce cas à rapporter la libéralité reçue.

On remarquera que, pour maintenir l'égalité des héritiers, le rapport à succession joue un rôle essentiel. Mais sa portée sera très différente dans chacun des trois groupes coutumiers : toujours imposé par les coutumes du premier groupe même à l'héritier renonçant, il n'est pas exigé pour les libéralités préciputaires par les coutumes du second groupe (d'où le nom donné à ces coutumes). L'option laisse, enfin, à l'héritier la possibilité de refuser tout rapport en renonçant à la succession.

LES COUTUMES D'ÉGALITÉ STRICTE. — La dévolution imposée par la coutume doit être strictement observée et aucune disposition ne peut la tenir en échec. Pour les successions nobles, les puînés ont droit à leur part coutumière et ne peuvent y renoncer. Si l'aînesse ne joue pas, l'égalité des parts voulue par la coutume doit être maintenue (GÉNESTAL, *NRH*, 1921, p. 671) : un père peut bien allotir ses enfants de son vivant, mais à sa mort toutes

les dispositions tombent et tous les biens qu'il possédait doivent être rapportés à sa succession ; comme le dit le *Très ancien coutumier de Normandie* (X, 2) : « Les partages ne seront pas tenables après sa mort. »

En Normandie, la règle qui ne concernait à l'origine que les immeubles (*Summa*, XXXV, 1) sera étendue aux meubles. Ecrite pour la succession des fils, elle prévaudra aussi pour les successions dévolues à des filles ou à des collatéraux. En Anjou, en Touraine, en Bretagne, sauf quelques atténuations, le rapport est pareillement dû par le renonçant. En Anjou, on accorde une option limitée à l'enfant gratifié qui peut conserver les biens qu'il a reçus s'ils n'excèdent pas sa part héréditaire (*Etabl.*, I, 136) : c'est le rapport en moins prenant. En Poitou, la rigueur des coutumes de l'Ouest s'atténue : l'enfant peut conserver la dot qui n'excède pas la part coutumière, même s'il renonce à la succession et il peut, d'autre part, être avantagé en meubles ou acquêts (J. Yver, *RHD*, 1963, p. 544).

Tous ces traits marquent bien, ici encore, la cohérence des coutumes de l'Ouest dont la parenté avec le droit scandinave — lui aussi fort préoccupé des droits du lignage et d'égalité des héritiers — est frappante (J. Yver, *RHD*, 1962, p. 495).

La Champagne — qui adopte souvent les mêmes solutions que l'Ouest — connaît aussi, au moins dans sa partie septentrionale, le principe d'égalité. On le retrouve encore vers le Nord et le Nord-Est, à Bar, à Saint-Mihiel, à Sedan comme à Reims. Il n'est pas jusqu'aux coutumes de Sens ou de Meaux, si proches de celle de Paris, qui ne conservent, jusqu'au XVIe siècle, quelques traces d'un régime ancien d'égalité stricte.

Les coutumes de préciput. — La liberté de disposition et, par conséquent, le droit de consentir un avantage à l'un de ses héritiers sont trop nettement affirmés par le droit romain pour ne pas apparaître dans toutes les coutumes qui ont subi son influence ; mais la règle se retrouve également dans l'Est et dans le Nord.

1) Les coutumes méridionales accordent au père de famille le droit de disposer « à son plaisir et volonté » allant même parfois, comme certaines coutumes du Sud-Ouest, jusqu'à lui reconnaître le droit de « laisser le tout à l'un » (Bayonne, XI, 11). La règle ne peut être isolée du contexte social et juridique qui l'explique : la rigueur de la puissance paternelle, la fréquence du testament, la consistance dans les villes (que concernent normalement ces coutumes) du patrimoine familial, toutes choses qui expliquent aussi la règle parallèle de l'exclusion des enfants dotés. Les règles de la légitime fixent à cette liberté une première limite (cf. *supra*, p. 481). La seconde résulte des règles de la *collatio* qui, au moins entre frères et sœurs, sont connues dès le XIIe siècle (*Lo Codi*, XVI) et qui vont être strictement appliquées.

2) Les coutumes du Centre, toujours romanisantes, adoptent des règles presque identiques qui, anciennes en Auvergne, ont été introduites sans doute aux XVe et XVIe siècles en Bourbonnais, Nivernais, Berry et, après une évolution originale, en Bourgogne.

3) Pour être moins nettes, les tendances sont les mêmes dans des coutumes de l'Est : à Verdun et en Lorraine, la dispense de rapport peut être accordée à l'un des enfants mais cette liberté n'existe qu'à l'égard des meu-

bles et acquêts. En Vermandois, l'héritier est anciennement dispensé de rapporter les meubles, mais les règles parisiennes apparaîtront à l'époque de la rédaction des coutumes.

4) Dans le Nord, enfin — Artois, Wallonie, Hainaut, Flandre française — se retrouve l'extrême libéralisme du Midi : au point même que des coutumes — Arras, Douai — ignorent le rapport et que toute libéralité est réputée préciputaire, à moins de clause contraire.

Les coutumes d'option. — L'option a été admise comme un moyen de concilier le principe communautaire — qui, strictement appliqué, impose l'exclusion de l'enfant doté ou émancipé — et les droits du lignage — qui confèrent une vocation héréditaire incommutable. A partir du XIIIe siècle, on accorde moins à la vie commune et plus à la parenté et cela même explique — dans les coutumes du groupe parisien anciennement hostiles à la succession de l'enfant doté (*supra*, p. 490) — le progrès de la faculté d'option.

L'option est déjà admise en Beauvaisis par Beaumanoir (nos 499 et 1972) ; elle était impliquée par la pratique du rappel à succession de l'enfant doté (cf. p. 490) et même exigée par l'idée d'égalité des enfants si la dot de l'un d'eux était inférieure à sa part successorale ; elle apparaît en pleine clarté au moment de la rédaction des coutumes : en Beauvaisis, Vexin, Valois, à Melun, Meaux, Troyes, enfin dans les coutumes d'Orléans et de Paris où l'option va prendre sa forme classique.

On reprend bien l'ancien principe du maintien des donations faites pour l'établissement ou le mariage des enfants ; on affirme l'égalité des héritiers en répétant que « père et mère ne peuvent avantager l'un de leurs enfants plus que l'autre en leur succession » (Paris, art. 124 ; Orléans, art. 226) ou, comme dira Loysel (no 296 ; cf. Paris, art. 121), qu'« en succession directe on ne peut être héritier et légataire, aumônier et parsonnier » ; mais pour aboutir à permettre l'option : « Enfants mariés de biens communs de père et de mère après leur trépas peuvent venir à leur succession avec les autres enfants, leurs frères et sœurs qui n'ont été mariés de biens communs desdits père et mère, en rapportant ce qu'il leur aurait été donné en mariage, ou moins prenant ès dites successions » (Paris, art. 123).

L'option se retrouve, avec bien des nuances, dans les coutumes du groupe « français » à Montargis, à Sens, à Auxerre, à Blois. Elle existe aussi — ce qui demeure assez énigmatique — en Flandre maritime où le non-cumul des quotités d'héritier et de légataire est exprimé par l'interdiction de faire « enfant chéri », *lief Kindr*.

La faculté d'option comporte pour l'enfant le droit de s'en tenir aux libéralités reçues soit par donation, soit par legs : tout au moins si ceux-ci n'atteignent pas la légitime des autres enfants. Si, au contraire, l'enfant gratifié préfère rapporter la libéralité reçue, il vient au partage avec ses frères et sœurs. La différence avec les coutumes préciputaires — et elle est essentielle — vient de ce que la volonté du père ou de la mère est impuissante à changer l'ordre coutumier : aucune dispense de rapport — permettant de cumuler la part héréditaire et le legs ou la donation — ne peut être accordée ; aucune exclusion de la succession ne peut être prononcée.

LE RAPPORT A SUCCESSION. — A partir du XVIe siècle, l'égalité des héritiers n'est plus, dans les coutumes d'option — que l'on appelle, désormais, coutumes d'égalité simple et qui représentent le droit commun — qu'une formule vide : elle ne concerne pas normalement les collatéraux ; l'égalité n'est imposée qu'aux enfants qui acceptent la succession. Au cas de renonciation à la succession, « la qualité d'héritier cessante, la nécessité de l'égalité cesse pareillement » (BOURJON, t. I, p. 847).

Le père de famille doit avoir la liberté de répartir comme il l'entend ses biens entre ses enfants. L'égalité est maintenue seulement au cas d'acceptation. L'enfant qui prétend venir au partage avec ses frères et sœurs ne peut réclamer ses legs et doit rapporter ce qu'il a reçu par donation : c'est le « rapport aux fins d'égalité » (cf. art. 843 C. C.).

La jurisprudence ancienne va fixer les règles en s'inspirant de la *collatio* de Justinien.

1) Le fils doit rapporter ce qu'il a reçu de son père. On excepte les frais d'éducation et les petits présents, mais on exige le rapport des prêts consentis (ce qui est la conception originaire de notre rapport de dettes) et aussi des donations faites aux enfants de l'héritier (rapport pour autrui).

2) Pour la manière de rapporter, on distingue suivant la nature du bien donné : l'argent donné ou prêté est imputé normalement sur la part héréditaire (rapport en moins prenant) et il en est de même du prix de l'office acheté par le père pour son fils (mais non de l'office déjà exercé par le père et transmis au fils). Les immeubles sont rapportés en nature (cf. art. 859 C. C.) et, s'ils ont été vendus, suivant leur estimation au temps du partage.

3) La dispense de rapport était possible dans les coutumes de préciput. Dans les coutumes d'égalité simple, au contraire, les parents ne pouvaient dispenser leurs enfants du rapport. Le rapport était, on le sait, imposé aux renonçants et, le plus souvent même, aux héritiers collatéraux.

Toutes ces diversités cessèrent avec la loi du 17 nivôse an II qui fut calquée sur les coutumes d'égalité parfaite (cf. p. 447). La loi du 4 germinal an VIII en revint au système du préciput en autorisant les donations aux héritiers ; mais elle ne précisa pas si la dispense de rapport était de droit ou si elle devait être exprimée. L'article 843 du Code civil devait exiger que la disposition soit faite « expressément à titre de préciput et hors part ».

ÉTAT DES QUESTIONS

Le livre de G. BOISSONADE (1873) sur *la réserve* est vieilli ; au contraire, la matière est parfaitement exposée par E. BRIDREY, *La réserve héréditaire dans l'ancien droit normand*, 1926, et J. de LAPLANCHE, *La réserve coutumière dans l'ancien droit français*, 1925. Cf. également R. BESNIER, Le cumul des qualités d'héritier et de légataire dans les coutumes de préciput, dans *Etudes Dumas*, 1950, p. 25-35 ; P. VASSEL, *La légitime de droit dans les pays de coutume*, 1907 ; F.-Ch. JEANTET, *Le droit à la réserve en nature*, 1939.

La question de *l'égalité des successibles* est traitée avec une admirable érudition dans le livre de M. YVER, *Egalité entre héritiers et exclusion des*

enfants dotés. Essai de géographie coutumière, 1966 (et le c. r. de G. CHEVRIER, *RHD*, 1966, p. 470-479), qui suffit à enlever tout intérêt aux études antérieures de CAQUERAY (*RHD*, 1859, p. 449, 1860, p. 528), d'A. ESMEIN (1872) et d'IBLED (1905).

D'excellents travaux ont été consacrés à l'*exclusion des filles dotées* : Noël DIDIER, Les dispositions du statut et Guillaume II de Forcalquier (1162), dans *Le Moyen Age*, 1950, p. 247-278 ; et Le texte et la date du statut de Guillaume de Forcalquier, dans *Etudes Dumas*, 1950, p. 114-129. Jean MAILLET, Les renonciations à succession future des filles dotées... aux XVIIe et XVIIIe siècles, dans *Etudes Dumas*, 1950, p. 215-251 ; De l'exclusion coutumière des filles dotées à la renonciation future dans les coutumes de Toulouse et de Bordeaux, dans *RHD*, 1952, p. 514-545. J. YVER, Note sur quelques textes coutumiers poitevins relatifs à l'exclusion successorale des filles dotées, dans *Etudes... Noël Didier*, 1960, p. 351-361.

La plus ancienne manifestation certaine de l'exclusion est la charte d'Avignon de 1154 (ALBANES, *Gallia chr. nov.*, p. 245). C'est à tort, croyons-nous, que CAILLEMER avait prétendu que cette coutume n'était pas générale au XIIe siècle, *Ann. Midi*, 1908, p. 97. Cf. sur Avignon P. OURLIAC, *Droit romain et pratique méridionale*, 1937, p. 137-150.

Les renonciations des filles dotées sont des *pactes sur succession future* dont on ne peut les séparer (cf. art. 791 et 1130 C. C.). Elles sont pratiquées dès le XIIe siècle dans le Midi, et spécialement à Montpellier : on peut suivre leur progrès dans les testaments des comtes Guillem V (1121), VI (1146), VII (1172) et VIII (1202) ; cf. également *Olim*, t. I, p. 139 (1261). Aux siècles suivants, la pratique gagne le Centre et le Nord.

Dans son dernier état, le droit romain (C., II, 3, 30) admet la validité des *pactes sur succession future* à la condition que le *de cuius* y ait consenti et qu'il ait persévéré dans cette volonté jusqu'à sa mort. Au contraire, tout pacte qui comporte un *votum mortis* est nul : d'où l'attitude du *Petrus*, du *Codi* et des premiers glossateurs. ACCURSE prohibe tout pacte successoral — c'est-à-dire aussi bien l'institution contractuelle que la renonciation, le père ne pouvant, d'ailleurs, contracter avec sa fille puisqu'elle est sous sa puissance. De son côté, PLACENTIN inclinait à admettre la renonciation confirmée par un serment. Les canonistes (Guill. DURAND, IV, 1, 1) admettent bien la validité du serment mais conseillent d'user des expédients admis par la glose : par exemple, de faire conclure le pacte entre la fille et ses frères. Le canon *Quamvis* trancha la controverse et c'est en le commentant que les canonistes des XIVe et XVe siècles firent la théorie des renonciations, reprise presque exactement par les bartolistes.

Au XVIe siècle, comme dira Guy COQUILLE (Nivernais, XXIII, 24), on n'a plus « égard aux serments qui sont accessoires » et les « constitutions de Boniface VIII qui se déclara ennemi de cette couronne » n'ont plus effet en France.

Les coutumes vont prendre le relais. La *ratio politica* invoquée par DU MOULIN sera reprise après lui par tous les auteurs, par exemple, par LEBRUN (*Succ.*, III, 8, 1) écrivant : « La politique a eu la meilleure part à cet établissement ; elle a considéré la préférence des mâles comme un point

essentiel au soutien de l'Etat. » Ce qui permettra d'étendre très largement la validité des renonciations. Cf. les thèses de M. NAST (1905), A. de DAINVILLE (1905), P. PASCAN (1907) et P. GUÉRIN (1931).

Cela même explique la réflexion faite à ce propos par PORTALIS : « On cherche à niveler toutes les fortunes après avoir nivelé tous les rangs », et l'interdiction faite par le Code civil pour éviter le retour aux anciennes inégalités, de tout « trafic » sur les successions de personnes vivantes.

Chapitre III

LE DROIT FRANÇAIS

Section I. — Le droit commun des donations

La doctrine et la jurisprudence. — Jusqu'au XVIe siècle, la donation est couramment pratiquée mais l'institution n'a pas de contours très précis. Les formes hybrides — donation à cause de mort, institution contractuelle, donation entre époux — sont les plus fréquentes et cela même contribue à obscurcir la matière.

Le caractère commun de ces donations spéciales est de concerner les rapports de famille et spécialement le mariage. De ce fait, le droit romain, les coutumes et, plus encore, à partir du XVIe siècle, la jurisprudence les voyaient favorablement et elles ont toujours joui d'un régime spécial (§ 2).

Les donations ordinaires (§ 1) ne jouissent pas de la même faveur. Au droit romain remontent quelques règles restrictives qui concernent les incapacités spéciales, l'insinuation et la révocation. Les coutumes ne contiennent sur le sujet que des articles épars visant les incapacités et, là où elle atteint les donations, la réserve.

C'est à l'aide de ces divers éléments que la doctrine et la jurisprudence vont élaborer, à partir du XVIe siècle, la théorie de l'institution. Elles obéiront à un sentiment souvent exprimé par les textes romains : la liberté de donner est accordée à tout homme par le droit naturel ; on dira, au XVIIIe siècle, que la donation est un acte du droit des gens (contrairement au testa-

ment qui est un acte de droit civil) ; il n'empêche que toute donation inspire la méfiance : elle n'a pas de caractère commutatif et appauvrit le donateur sans contrepartie ; en outre — ce qui au XVIe siècle heurte l'esprit public — elle peut aboutir à priver les héritiers naturels de leurs droits et démentir toutes les prévisions de la famille, d'autant que celle-ci ne peut invoquer, à l'encontre d'une donation, ni le retrait, ni, dans beaucoup de coutumes, la réserve.

Le premier remède avait été trouvé dans la règle « donner et retenir ne vaut » qui, imposant un abandon immédiat, met en conflit l'esprit d'avarice et la volonté de bienfaisance. Celle-ci devra du moins être clairement exprimée : non seulement toutes les restrictions du droit romain vont être reprises, mais des exigences précises de forme seront imposées ; la donation sera par essence un contrat formaliste, soumis à une publicité spéciale, nécessitant une acceptation expresse du donataire et comportant des causes propres de révocation.

L'ORDONNANCE DE DAGUESSEAU. — Nulle matière n'était plus favorable à cette « réformation de la justice » qui hantait les esprits au début du XVIIIe siècle. Le silence relatif des coutumes laissait le champ libre aux nouveautés ; la diversité de jurisprudence des Parlements, du fait même de la fréquence des évocations, « blessait la justice et le bien public » ; enfin, il existait en la matière peu d'opposition entre le droit romain et les coutumes. On comprend que Daguesseau, dans son désir d'unifier le droit français, se soit attaché, en premier lieu, aux donations : un minutieux travail de préparation auquel furent associés les Parlements aboutit en février 1731 à l' « ordonnance pour fixer la jurisprudence sur la forme, les charges ou conditions des donations ». Daguesseau avait négligé tout ce qui concernait la réserve et la légitime — réglées par les coutumes — et aussi la matière des incapacités — car, disait-il, « on ne peut régler tout en même temps » : mais, en quarante-sept articles, sont tranchées toutes les questions les plus controversées. L'œuvre eut la fortune qu'elle méritait ; elle a été la première grande tentative d'unification du droit, et elle a comme cristallisé le droit commun des donations. Elle passera presque textuellement dans le Code civil.

§ 1. Le régime juridique des donations

Les formes des donations. — Quelques coutumes (Normandie, Provence) imposaient que les donations soient faites devant un juge royal. Dans le Midi, où l'institution du notariat était fort ancienne, elles étaient reçues par un notaire qui devait, en outre, rédiger une minute (et non une cédule remise à l'une des parties) ; mais la règle n'allait pas sans exceptions locales : la donation sous seing privé était, par exemple, validée par le Parlement de Toulouse si elle était faite par des parents à leur fils (Ricard, *Donations*, I, 88).

Les articles 1 et 2 de l'ordonnance de 1731 imposèrent que l'acte soit « passé devant notaire et qu'il en reste minute sous peine de nullité ». On maintint, en outre, les formes spéciales prévues par certaines coutumes : en Dauphiné, par exemple, la donation pour être valable doit être faite en présence des parents et alliés du donateur (cf. encore Cass. Req., 23 février 1820). La forme est ici intrinsèque ; elle n'est pas seulement exigée *ad probationem* mais bien comme un élément constitutif et substantiel de l'acte, *ad solemnitatem* : elle ne pourrait être suppléée ni par l'aveu des parties, ni par le dépôt chez le notaire d'un acte privé. La minute de l'acte doit assurer, d'autre part, l'irrévocabilité de la donation.

Une seconde exigence de forme est la nécessité d'une acceptation expresse que rien ne peut suppléer, ni la présence du donataire à l'acte, ni sa signature, ni même sa mise en possession des biens donnés (art. 6). La règle, inconnue du droit romain, remonte à l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 (art. 132) qui avait entendu prohiber une pratique des notaires qui se déclaraient acceptant pour le donataire. La jurisprudence donnera à cette forme, surtout en pays de coutumes, une portée absolue : jusqu'à l'acceptation, le donateur peut révoquer la donation qui n'est encore qu'une offre (Louët, D., 4, n° 6) ; des tiers peuvent acquérir de son chef des hypothèques ; enfin, l'acceptation doit intervenir avant la mort du donateur.

L'ordonnance (art. 19 à 33) impose, dans les quatre mois, l'insinuation de toute donation supérieure à mille livres au greffe du bailliage du lieu de l'immeuble ou, s'il s'agit de meu-

bles, au greffe du domicile du donateur. En Flandre, on maintint la pratique du nantissement. La mesure, reprise de nombreux édits antérieurs qu'elle codifia, avait une portée fiscale qui la rendit souvent impopulaire ; du point de vue civil, elle fut à l'origine de la théorie qui devait être appliquée au XIXe siècle à la transcription (art. 939 C. C.) : la donation reste valable entre les parties même sans insinuation ; mais elle est inopposable aux « tiers ». On comprenait sous ce nom tous ceux qui pouvaient avoir intérêt à la nullité : les acquéreurs du bien donné, les légataires ou les créanciers du donateur, enfin, les héritiers du donateur. On n'établissait, en général, aucune distinction entre créanciers chirographaires et hypothécaires ; cependant, la donation insinuée après le délai de quatre mois ne pouvait leur porter préjudice.

Les incapacités de donner et de recevoir. — Daguesseau avait projeté de consacrer une ordonnance à la question (cf. Mme Follain-Le Bras, thèse 1941) ; mais le projet n'aboutit pas et la matière demeura du domaine de la jurisprudence.

La situation des incapables est connue. Les religieux, considérés comme morts civils, sont incapables de recevoir par donation. Une condamnation capitale annule toutes les dispositions postérieures au crime. Les sourds-muets sont frappés d'une incapacité complète. L'ordonnance de 1629 et quelques coutumes déclarent nulles les donations faites à une concubine (sauf si elles rémunèrent des services rendus ou des soins donnés). Enfin, les Parlements accueillent parfois l'action *ab irato* pour annuler des dispositions dictées par la haine ou la vengeance « dans des instants de frénésie ».

Plus spéciales étaient les incapacités de recevoir qui atteignaient les « affranchis et personnes de couleur » demeurant aux colonies (édit de 1723), les communautés ou corporations supprimées (par exemple, les jésuites après l'édit de 1764), les aubains et les bâtards. Pour ceux-ci, l'ancienne rigueur est fort atténuée à partir du XVIe siècle. Non seulement on admet en Dauphiné (Guy Pape, qu. 289) et dans quelques coutumes flamandes qu'ils succèdent à leur mère (« Nul n'est bâtard de par sa mère »), mais leur père et leur mère peuvent leur faire

des donations modérées. Pour les bâtards adultérins ou incestueux (auxquels on assimile les enfants de prêtres ou de religieux) on leur reconnaît tout au moins le droit de recevoir des aliments : « Qui fait l'enfant doit le nourrir » (LOYSEL, nº 41 ; cf. la décrétale *Cum haberet*, X, IV, 7-5).

Quant à l'incapacité du bâtard de disposer par donation ou par testament, elle n'est gardée que dans quelques coutumes (Bretagne, art. 277 et 480 ; Hainaut, chap. 85 ; cf. BOUTILLIER, I, 115) et encore admet-on que le roi puisse dispenser de cette incapacité ; mais au moins depuis 1328 le Parlement distingue la condition du bâtard de celle du serf et lui reconnaît une pleine capacité, ce qui sera justifié par Du Moulin et admis sous son influence comme règle générale.

Quant aux aubains, on applique généralement l'adage que, s'ils vivent libres, ils meurent serfs. Ils sont donc capables de disposer de leurs biens entre vifs, mais non par testament. S'ils ne « laissent des enfants nés et demeurant au royaume ou d'autres parents naturalisés et y demeurant, le roi leur succède » (LOYSEL, nº 52). Le Français établi pour toujours en pays étranger est également incapable de recevoir de ses parents demeurant en France ou de leur succéder. L'incapacité ouvrant le droit de confiscation du roi (substitué, sauf dans quelques régions, au droit du seigneur), une lettre de naturalité accordée par la chancellerie royale peut toujours permettre aux aubains de disposer à cause de mort (CHOPIN, *Du domaine*, I, 11, nº 29).

Enfin, certaines incapacités étaient relatives : elles avaient pour objet d'interdire tout abus de fonctions. Pour les tuteurs, l'incapacité de recevoir de son pupille a été prononcée par des ordonnances (de 1539, de 1549) comme par certaines coutumes (Paris, N. C., art. 276). Contre les médecins, on admettait une action rescisoire (et non révocatoire). Pour les clercs, l'incapacité n'atteignait que les confesseurs et les directeurs de conscience (RICARD, t. I, nº 515).

L'IRRÉVOCABILITÉ DES DONATIONS. — Comme il est courant dans l'histoire des brocards, la règle « Donner et retenir ne vaut » perd, à partir du XVIe siècle, sa signification première sans cesser pour autant d'être alléguée. Pour les auteurs coutu-

miers, elle sert à protéger les intérêts de la famille en fixant une limite à la liberté naturelle de disposer : on compte que le donateur hésitera à se dépouiller de son vivant s'il ne peut revenir sur la donation qu'il a faite. Pour la sagesse populaire : « Qui se hâte trop se fourvoie », « Qui le sien donne avant mourir, bientôt s'apprête à bien souffrir » (LOYSEL, n° 655).

Le changement de sens s'accomplit, on le sait (cf. p. 467), au XVIe siècle et à propos des clauses de révocabilité. Celles-ci, qui avaient toujours été assez fréquentes en pays de droit écrit, paraissent s'être répandues en pays coutumiers. La jurisprudence validait encore, à la fin du XVIe siècle, certaines d'entre elles, par exemple la faculté de vendre au cas de nécessité ou même de donner à l'Eglise le bien déjà donné. Par réaction contre de telles clauses, les coutumes réformées (Paris, art. 274 ; Sens, art. 108 ; Melun, art. 230) décideront que « C'est donner et retenir quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose donnée ».

Partant de là, la doctrine des XVIIe et XVIIIe siècles — déjà annoncée par Du Moulin (t. I, p. 912) — va donner sa portée nouvelle à la maxime au point même de lui dénier tout autre sens ; c'est en particulier ce qu'indiquera Daguesseau : « Tout ce que signifie la maxime « donner et retenir ne vaut », c'est que le donateur ne peut se réserver la propriété des choses au temps qu'il les donne ou le droit d'en dépouiller le donataire. » On admit, en général, la validité des clauses de réserve d'usufruit puisque le donataire est irrévocablement saisi de la nue-propriété ; mais toute autre réserve annulait, en principe, la donation tout entière :

1) La *donation de biens à venir* est nulle, car le donateur peut, jusqu'à sa mort, aliéner ou ne pas acquérir. La solution, douteuse au XVIIe siècle, fut acquise après deux arrêts de 1713 et 1716 et elle passa dans l'ordonnance de 1731 (art. 15). Pour la donation de biens *présents et à venir*, elle était réputée valable dans les pays de droit écrit (CUJAS, sur la loi *Si quis*, C., VIII, 53, 26), à charge pour le donataire de payer les dettes tandis qu'en pays coutumiers on distinguait deux donations dont l'une était valable et l'autre nulle (LEBRUN, IV, 2, 2, 42). L'ordonnance de 1731 (art. 15 à 18) déclare la donation nulle

pour le tout en n'exceptant que les donations faites par contrat de mariage.

2) La donation faite sous la condition de *payer les dettes* du donateur est également nulle car le donataire pourrait être grevé d'après le caprice du donateur (cf. art. 945 C. C.). La solution, même après 1731, fut, d'ailleurs, contestée en ce qui concernait la charge d'acquitter les legs pieux ou les frais funéraires.

3) La *donation sous condition potestative* est également nulle (cf. art. 944 C. C.). On hésite, cependant, à annuler la donation faite sous la condition de mariage du donateur. Quant aux conditions casuelles, elles sont licites (ce qui permet la stipulation de retour conventionnel au cas où le donataire meurt avant le donateur).

4) L'ordonnance de 1731 trancha, enfin, la vieille controverse sur la donation *mortis causa* en supprimant celle-ci dans les pays de coutumes (cf. BOURJON, t. II, p. 78 et 108) et en lui assignant, dans le Midi, les mêmes formes qu'aux testaments et aux codicilles.

LA RÉVOCATION DES DONATIONS. — Le principe de la stabilité des donations souffre exception non seulement dans le cas du non-accomplissement d'une condition casuelle, mais chaque fois que les prévisions normales du donateur ont été démenties par les faits.

1) L'*ingratitude du donataire* fut admise par Justinien pour toutes les donations dans cinq cas (C. 8, 55, 10). L'ancienne jurisprudence y ajouta les quatorze causes d'exhérédation prévues par la *Novelle* 115 et assimila à l'ingratitude le fait, pour des enfants, de s'être mariés sans le consentement de leurs parents.

Le Code civil a retenu trois cas qui résument toutes les causes anciennes : l'attentat à la vie du donateur, les sévices, délits et injures graves, le refus d'aliments (art. 955). La révocation doit être demandée en justice et l'action est intransmissible aux héritiers ; elle ne peut avoir d'effet si le bien donné a été aliéné (car, la donation étant parfaite, la révocation ne peut léser les droits des tiers) ou si le donateur a pardonné à l'ingrat. Dans le Midi, l'action pouvait être intentée *de plano*.

Dans le Nord, on exigea jusqu'au XVIIe siècle des lettres de chancellerie, car le moyen était tiré du droit romain (cf. t. I, p. 103).

2) La *survenance d'enfants* au donateur n'avait été admise par la loi *Si unquam* (C. 8, 56, 8) que pour la donation faite par le patron à l'affranchi. Les canonistes (*Décret*, C. XVII, qu. 4, c. 43, *Quicumque*) et les bartolistes étendirent le texte à toutes les donations en y découvrant cette condition tacite que le donateur préfère ses propres enfants à un étranger. Quelques coutumes (Normandie, art. 446 ; Nivernais, XXVII, 13 ; Statuts d'Avignon, I, 20) admettaient, d'ailleurs, expressément que la survenance d'enfants révoquait les donations.

La théorie romaine, perfectionnée par le juriste comtadin Etienne Bertrand, reprise en 1535 par Tiraqueau, fut adoptée, en 1551, par le Parlement de Paris à l'occasion des démêlés familiaux de Du Moulin. Celui-ci, pour se consacrer à l'étude du droit, avait donné, en 1531, tous ses biens à son frère, Ferry ; fatigué du célibat, il se maria en 1538 et eut un enfant ; il se pourvut en rescision de la donation et obtint gain de cause (*Opera*, III, p. 527).

Bien des difficultés demeuraient, néanmoins, qui ne furent réglées que par l'ordonnance de 1731 (art. 39 ; cf. art. 930 C. C.) : la révocation a lieu de plein droit, mais le donataire ne doit restituer, d'après l'opinion courante, les fruits perçus que du jour de la demande (LOUËT, D. 52 ; O. 1731, art. 41).

Après quelques hésitations, la jurisprudence considère comme nulles les renonciations au bénéfice de la loi *Si unquam* (O. 1731, art. 44). La révocation était enfin étendue à toutes les donations : les donations faites à l'Eglise, les donations mutuelles ou rémunératoires (pour lesquelles, jusqu'en 1731, il y eut divergence de jurisprudence), les donations en contrat de mariage (comme celle qui avait été faite à Ferry Du Moulin). Seules sont exceptées les donations entre époux (qui sont toujours révocables) et, depuis 1731, là où elles subsistent, les donations à cause de mort.

L'extension ainsi donnée à la loi *Si unquam* avait été vivement critiquée par Donneau et par Voët. A ces critiques firent écho sur le projet de Code civil Treilhard et Tronchet qui

soutinrent, non sans raison, que la révocation qui pouvait intervenir après un temps considérable supprimait la sécurité de la propriété. La fidélité à l'ancien droit l'emporta ; et le texte de l'ordonnance de Daguesseau — qui avait été appliqué même sous l'empire de la loi de nivôse (Req. 29 messidor an XI) — passa presque mot pour mot dans le Code civil.

3) L'*inexécution des charges* mises à la donation entraîne la révocation. La charge est parfois assimilée à une condition ; elle établit une réciprocité des obligations qui apparente la révocation à la résolution des contrats synallagmatiques (FURGOLE, *Testam.*, XI, 1). Cependant, les anciens auteurs voyaient dans l'inexécution des charges un simple cas d'ingratitude (RICARD, *Donat.*, III, 6, 2).

Le cas d'une condition impossible était fort discuté et toujours en fonction des textes romains. La donation était nulle si le fait était absolument impossible et avait joué le rôle de condition. Elle était, au contraire, maintenue si l'impossibilité n'était que relative et si le donataire parvenait à surmonter la « grande difficulté ». Domat distinguait à ce sujet les conditions et les motifs (*Lois civiles*, I, 10, 1 ; III, 8, 18) et l'on étudiait concurremment l'impossibilité morale, c'est-à-dire les conditions contraires aux bonnes mœurs ou à l' « intérêt de l'Etat » : la condition de ne pas se marier était, par exemple, tenue pour valable, au moins si elle était limitée à certaines personnes ; il en était de même dans le cas où la donation du mari interdisait à la femme de se remarier.

Par un décret du 5 septembre 1791, repris dans la loi du 17 nivôse an II, la Constituante réputa, au contraire, non écrites de telles conditions. La mesure était destinée à combattre « la haine de la Révolution qui se cache sous la forme de la volonté des mourants ou de la générosité des donateurs ». Dans la discussion, on se référa aux règles de l'ancien droit pour opposer les conditions illicites (qui étaient annulées) aux conditions impossibles (pour lesquelles les règles anciennes étaient maintenues). C'est, au contraire, en confondant les deux choses que l'article 900 du Code civil décida que « les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois et aux mœurs, seront réputées non écrites ».

§ 2. Les donations dans les rapports de famille

Les donations par contrat de mariage. — Montesquieu (*Espr. Lois*, XXXI, 34), ramenant tout à la féodalité, a indiqué que « les contrats de mariage devinrent pour les nobles une disposition féodale et une disposition civile. Dans un acte pareil, fait sous les yeux des seigneurs, on fit des dispositions pour la succession future dans la vue que le fief pût être servi par les héritiers ». C'était bien plutôt sous les yeux de la famille qu'était fait le contrat de mariage. L'exemple est donné par la famille royale ou par les grandes familles féodales pour qui le mariage est l'occasion de combinaisons politiques autant que patrimoniales ; mais, à leur niveau, les nobles, les bourgeois et même les paysans font de même. Pour tous, le mariage crée bien la « société conjugale », mais il fixe aussi la place de celle-ci dans le lignage plus étendu. Le mariage tend à maintenir et à faire prospérer le patrimoine familial, à assurer la « splendeur des maisons ». Un noble « fume ses terres » en épousant une bourgeoise qui doit hériter d'un riche patrimoine. Un aîné ne pourra faire un mariage avantageux que si ses parents le « déclarent héritier principal » et lui garantissent irrévocablement une part importante de leur patrimoine. L'exemple déjà cité de Ferry Du Moulin est typique : il était, semble-t-il, un assez pauvre sire, et pour le marier son frère avait « publié » qu'il lui donnerait trois seigneuries et les constituerait en douaire à sa femme. Encore fallait-il que de telles « espérances » ne soient pas démenties et que les promesses faites soient tenues. Un testament dont la révocation est toujours possible n'offre à cet égard aucune garantie. La donation, au contraire, est par sa nature irrévocable et elle aura normalement place dans un contrat de mariage dont il est admis, en principe, « qu'il est susceptible de toute convention ».

Il peut s'agir de simples donations de biens présents pour lesquelles il n'y aura que fort peu de dérogations aux règles normales : dispense d'insinuation pour les donations en ligne directe (supprimée par la loi de l'an VII et le Code civil), dispense d'une acceptation expresse (cf. art. 1087 C. C. ; décl.

du 17 février 1731), impossibilité d'invoquer l'ingratitude du donataire, caducité de la donation si le mariage ne se fait pas ou est annulé. Plus fréquemment, il s'agira de donations de bien à venir qui, si elles portent sur toute la succession du donateur ou sur une partie aliquote de celle-ci, constituent l'institution contractuelle d'héritier. Pratiquée au Moyen Age (p. 476), celle-ci deviendra à l'époque moderne une pièce essentielle du droit familial.

Elle ne concernait, au XVe siècle, que les familles nobles et les coutumes de l'Ouest (Anjou, art. 245 ; Maine, art. 262) ne l'admettent expressément que pour elles. Mais, dès le XVIe siècle, elle fut acceptée partout et, comme l'indique bien Coquille, par les pays de droit écrit avec plus de faveur encore que par les pays coutumiers.

LA NATURE DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE. — On la qualifiait couramment d'institution « amphibie » ou *sui generis* par cela même qu'elle était soumise à des règles empruntées à la fois au testament et à la donation (FURGOLE, sur art. 13, O. 1731) :

a) Comme le testament romain, elle comporte institution d'héritier. Si elle n'assure à l'institué aucun droit actuel, elle lui assure tout au moins tous les biens que comprendra la succession du disposant.

b) Le droit est irrévocable comme dans la donation, ce qui incline à l'assimiler à celle-ci (POTHIER, *Cout. d'Orléans*, XVII, 18 ; MAINARD, VI, 62). Bourjon (V, 3, 1) dira exactement qu'elle est une donation entre vifs du titre et de la qualité d'héritier.

Les coutumes de l'Ouest qui connaissent la « promesse de garder succession » admettront logiquement qu'elle emporte prohibition d'aliéner (p. 476). Pourtant, en règle générale, l'irrévocabilité est imparfaite puisqu'elle ne porte que sur une expectative. L'institué trouvera dans la succession les biens que le disposant aura conservés jusqu'à sa mort, ce qui fait assimiler plus exactement par Laurière et par Ricard l'institution à une donation à cause de mort telle que la connaissait le droit romain. Cujas développera l'idée qu'elle est, comme celle-ci, une *datio successionis* (*ad African.*, II, 55). Elle en

diffère, cependant, par l'irrévocabilité qui lui est toujours reconnue.

Aux XVIe et XVIIe siècles, on justifiera l'institution contractuelle par l'utilité publique : comme le dit Du Moulin, elle est admise *propter amplificationem et dignitatem familiarum.* Au XVIIIe siècle, sous l'influence des romanistes (VOËT, *De pactis*, 16) et de l'école du droit naturel, on préfère ne pas la rattacher à l'organisation sociale et politique et lui donner comme but de favoriser les mariages et la formation de familles nouvelles : c'est, évidemment, la justification que reprendront les rédacteurs du Code civil.

LES RÈGLES DE L'INSTITUTION. — L'institution doit précéder le mariage ; elle peut exister dans un contrat de mariage, même sous seing privé, et est dispensée d'acceptation et d'insinuation. Elle doit être faite au profit de l'un des conjoints ou de leurs enfants et descendants. Ceux-ci succèdent *jure suo* (même s'ils renoncent à la succession de leur père) comme s'ils étaient appelés par une substitution vulgaire tacite. Dans quelques provinces (Auvergne), on autorise l'instituant à associer à l'institué un tiers, par exemple un frère qui ne se marie pas. Enfin, en Languedoc, il est admis que l'instituant peut élire après le décès de l'institué l'un des enfants de ce dernier pour recevoir sa succession (DOLIVE, V, 14).

La doctrine considéra, on le sait, comme institutions contractuelles, les convenances de succession (p. 476) : de telles clauses consistaient dans les coutumes d'égalité, dans la promesse faite par un père à son fils de lui garder sa succession ou de le maintenir dans ses droits d'aîné et de principal héritier ; dans les coutumes d'option, le père fait une déclaration d'aîné qui étend le droit d'aînesse aux biens sur lesquels ne portait pas le préciput coutumier, ce qui est admis même dans le ressort des coutumes de Paris et d'Orléans qui interdisent d'avantager un enfant. En Bourbonnais, en Nivernais et dans tout le Midi, les mêmes clauses établissent ou renforcent le droit d'aînesse. Il arrive, d'ailleurs, à l'inverse, que l'institution consiste dans une « promesse d'égalité » (Paris, Picardie) ou une « promesse de garder succession » qui entraîne pour son auteur déchéance du droit d'avantager un de ses enfants ou même de disposer

de ses biens. Le « rappel à succession » fut anciennement pratiqué en faveur des filles dotées dans le droit parisien. Il ne fut plus stipulé après 1510 puisque sa coutume admettait les filles dotées à venir au partage, mais on les fit, en revanche, renoncer à la succession de leurs parents (p. 490).

La faveur du mariage conduit à étendre la portée de l'institution. Elle est admise, au moins pour certains biens, en Berry, où la coutume l'interdisait. Elle est étendue aux roturiers dans l'Ouest où les coutumes (Anjou, art. 245) la réservaient aux nobles. Surtout, pourvu qu'elle soit faite à l'occasion du mariage, elle peut être faite par d'autres que les père et mère : dans le cas où le disposant n'a pas de descendants, l'institution d'héritier apparaît comme intermédiaire entre l'adoption et le testament.

Quant aux effets de l'institution, les Parlements de droit écrit l'assimilent, en général, à une donation universelle entre vifs pour en tirer cette conséquence que l'instituant ne peut plus disposer de ses biens sauf en certains cas exceptionnels (MERLIN, *hoc v°*, VIII, 9 ; *contra*, FURGOLE, sur art. 13, O. 1731). Dans le droit commun coutumier, au contraire, on maintient la règle déjà mentionnée par Loysel (p. 477) et l'on permet la disposition faite sans fraude tout au moins, précise-t-on parfois, s'il ne s'agit pas de disposition universelle à titre gratuit (cout. Auvergne, XIV, art. 51 ; cf. aussi O. 1747, I, art. 12). Comme l'avait déjà dit Du Moulin (sur Bourbonnais, art. 222) : « On peut léguer des *particularia* pourvu que l'institution demeure *in sua quota* » (cf. LOUËT, 5, 9, 5). On admet, enfin, que l'héritier contractuel peut renoncer à l'institution (Bourbonnais, art. 223) et qu'il est saisi de plein droit à la mort de l'instituant.

L'institution contractuelle était souvent critiquée par les anciens auteurs. Laurière dira d'elle, par exemple, que, « de tous les pièges qu'on peut tendre par contrat de mariage, il n'en est pas de plus à craindre ». On conçoit que ce genre de libéralités tout entachées de pratiques aristocratiques ait été réprouvé par la législation révolutionnaire. La loi du 7 mars 1793 supprima la faculté de disposer de ses biens en ligne directe par donation contractuelle. La loi du 17 nivôse

an II défendit toutes les dispositions à titre universel et déclara nulles les institutions contractuelles dont les auteurs étaient morts après le 14 juillet 1789 ou vivaient encore. L'ancien esprit familial survivait néanmoins et le Code civil (art. 1082) devait rétablir l'institution. Elle devient la « donation de biens à venir », mais elle garde la plupart de ses anciennes règles. Dans son exposé des motifs Bigot-Préameneu fait bien allusion aux « procès sans nombre que le temps rendait le plus souvent inextricables qui s'étaient jadis élevés », mais pour conclure que l'institution devait être maintenue car une « loi qui ne chercherait pas à encourager les mariages serait contraire à la politique et à l'humanité ».

Les donations entre époux. — Les donations que peuvent se faire de futurs époux avant le mariage ont toujours été vues favorablement ; faites par contrat de mariage, elles bénéficient de la faveur qui s'attache à celui-ci. Leur importance est débattue entre les deux familles ; elles peuvent servir à équilibrer leurs apports et aussi à assurer le rang ou la subsistance de la femme veuve : tels les donations de survie, le droit de bagues et joyaux, le droit d'habitation dans une maison du mari, le droit de coffres, hardes et trousseaux, le droit de chambre garnie ou tapissée, tel enfin, l'augment conventionnel des pays de droit écrit (p. 281). Les seules restrictions apparaissent dans les coutumes de l'Ouest (Bretagne, art. 220 ; Tours, N. C., art. 207 ; Blois, art. 160) qui, pour conserver les biens dans la famille, interdisent aux fiancés de se donner tout ou partie de leurs propres.

Bien entendu, si un veuf, et plus encore une veuve, se remarient, les prohibitions spéciales aux secondes noces leur seront applicables (*supra*, p. 466).

Au contraire, pendant le mariage, les donations que peuvent se faire les époux ont toujours été tenues pour suspectes. Cujas en faisait remonter l'origine jusqu'aux lois de Solon (*Opera*, t. I, p. 784) et dénonçait, après Ulpien (p. 97), les « excès du mutuel amour » qui les inspiraient. On craignait que, soustrait à l'influence de leur famille, l'un des époux ne subisse l'excès d'autorité de son conjoint et n'achète sa tranquillité par un abandon de ses biens.

Les pays de droit écrit s'en tinrent toujours au principe romain de la révocabilité. Au contraire, dès le XIIIe siècle, les coutumes n'admettent que les dons mutuels et à cause de mort ou même, comme dans le Nord (BOUTILLIER, I, 99), interdisent toute donation entre vifs soit au mari (Ass. Jérusalem, *C. Bourgeois*, 173), soit à la femme (*Etabl.*, chap. 118).

Dans son dernier état, le droit coutumier apparaît fort divisé sur la question (POTHIER, *Donat. entre mari et femme*) :

a) Dans toutes les coutumes romanisantes, les donations devaient être exécutées si le donateur mourait sans les avoir révoquées. La même solution était reçue à Mantes et Meulan et aussi en Touraine-Anjou.

b) Dans quelques coutumes (Beauvaisis, art. 63 ; Chartres, art. 87), on admettait les legs entre époux, mais le droit commun, reprenant la règle de la coutume de Paris, interdisait, au contraire, toute libéralité même testamentaire (à l'exception du don mutuel).

La règle devient plus rigoureuse au XVIe siècle en même temps que progressent les idées aristocratiques ; pour la justifier, les auteurs invoquent désormais la nécessité de maintenir les biens dans la famille qui doit faire préférer au conjoint un collatéral même éloigné.

LES DONS MUTUELS. — Les donations mutuelles que peuvent se faire pendant leur mariage les deux époux sont, au contraire, vues favorablement par les coutumes (sauf Normandie, art. 410) : elles sont réciproques et sauvegardent sinon en fait — les époux ne sont pas « égaux en santé, âge ou chevance » — du moins, en principe, l'équilibre des patrimoines (LOYSEL, nº 112). Les époux peuvent s' « entredonner » à titre universel ou particulier, en propriété ou en usufruit, mais leurs engagements doivent être symétriques ; ils sont normalement contenus dans un même acte, ce qui assure leur irrévocabilité (cf. p. 466).

Là où la coutume a pourvu à la situation de l'époux survivant — dans le Nord, par exemple, en lui attribuant par le ravestissement le patrimoine entier du ménage (*supra*, p. 253) — la donation n'a pas de raison d'être. Dans la région parisienne, au contraire, elle complète l'agencement de la commu-

nauté et porte normalement sur la totalité ou sur une quote-part des meubles et des conquêts.

A partir du XVIe siècle, cependant, des restrictions vont être apportées à cette liberté :

a) Quelques coutumes rompent l'égalité en interdisant toute donation de la femme au mari (Auvergne, Lorraine) tandis qu'elles permettent au mari de faire une libéralité à sa femme.

b) Dans la région parisienne, le don mutuel n'est pas autorisé s'il existe des enfants du ménage : la règle est prescrite dans la coutume de Paris de 1510 à la demande de la noblesse et elle passe dans bien d'autres coutumes.

c) On tend également à ne permettre que les dons en usufruit. La règle était ancienne, semble-t-il, à Paris, mais elle est étendue au XVIe siècle (par exemple, à la Champagne où, anciennement, la donation en propriété était permise).

d) Enfin, tandis que le don mutuel n'allait pas, anciennement, sans tradition — ce qui permettait au survivant d'entrer en possession dès le décès de son conjoint —, on admet maintenant la maxime : « Don mutuel ne saisit point » (LOYSEL, n° 113). Bien qu'elle soit contredite par d'assez nombreuses coutumes, la règle représentera, au XVIIIe siècle, le droit commun.

Le donateur pouvait disposer des meubles après avoir fait inventaire et fourni caution ; il devait avancer les frais d'obsèques et aussi les dettes de la communauté, mais il était dispensé du payement des legs qui incombent aux seuls héritiers (BOURJON, t. II, p. 278). Le système aboutissait, bien souvent, à conférer au conjoint survivant un usufruit viager sur les biens de la communauté.

La loi du 17 nivôse an II permit aux époux de se faire des donations mutuelles même dans les pays où la coutume les interdisait et ces donations furent jugées irrévocables (Cass. 16 juin 1818). Au contraire, le Code civil prononce la nullité des donations mutuelles faites dans un même acte (art. 1097). S'il n'accorde aucun droit au survivant, il permet, tout au moins, toutes les donations mais les déclare essentiellement révocables (art. 1096) : ce qui marque, ici encore, un retour à la tradition romaine.

SECTION II. — Le droit commun des testaments

Au XVIe siècle, la laïcisation du testament est accomplie : il échappe désormais à la compétence des officialités, même s'il contient des legs pieux ou une élection de sépulture. Il a acquis, à part quelques rares exceptions, le caractère qu'il possède dans notre droit : il est un acte unilatéral, un acte formel, un acte révocable ; ce qui marque bien le progrès des conceptions romaines qui se sont imposées à raison même de leur technique et d'autant mieux que les règles coutumières, en la matière, étaient fort rares.

NORD ET MIDI. — Sur bien des points, l'opposition du Nord et du Midi s'atténue ; elle ne demeure, en définitive, catégorique que sur deux questions : les formes de testament et l'institution d'héritier. Ce seront justement les questions qu'abordera Daguesseau dans l'ordonnance de 1735. L'unification du droit n'est pas faite, mais elle est habilement préparée : des cent cinquante formes de testament du droit coutumier, il n'en subsistera que deux ; l'institution d'héritier est rapprochée du legs universel.

Il demeura, pourtant, entre pays coutumiers et pays romains une différence d'esprit essentielle. Les coutumes pourvoient à l'établissement des aînés et ne laissent, en définitive, qu'assez peu de place aux dispositions testamentaires. Au contraire, dans le Midi, le testament renferme les dernières volontés d'un père qui sont choses sacrées. L'autorité paternelle est gardienne des vertus du lignage comme de son patrimoine. Cette idée est très nette dès le XVIe siècle chez Jean Bodin (*Républ.*, I, 4) qui évoque Sparte pour vanter la « loi testamentaire » permettant « à chacun de faire héritier qui il voudrait ». Aux XVIIe et XVIIIe siècles, dans les familles opulentes comme pour de simples paysans, le testament permet d'organiser, dans le Midi, un droit d'aînesse plus précis et plus fort qu'il ne l'avait jamais été dans le Nord. C'est au droit méridional que pense Montesquieu en découvrant dans le droit anglais que « la loi naturelle ordonne aux pères de nourrir leurs enfants ; mais qu'elle ne les oblige pas à les faire héritiers » (*Esprit des lois*, VI, 16).

LES RÈGLES DE CAPACITÉ. — Le testament doit être le résultat d'une inspiration libre, ce qui implique que l'interdit peut tester dans les intervalles lucides (cf. les plaidoyers de JOLY DE FLEURY sur arrêts de 1703 et 1704) mais qu'en revanche le testament *ab irato* — la colère étant une courte folie (MERLIN, v° *ab irato*, 7) — et le testament du suicidé (BOURJON, II, p. 295) doivent être annulés. Les faits de captation, de suggestion ou de violence peuvent être allégués mais la preuve ne pouvait en être rapportée par témoin. L'ordonnance de 1629 (art. 132), comme quelques coutumes, avait bien interdit les dons entre concubins, mais la preuve du concubinage devait être rapportée.

Pour les auteurs de l'ancien droit, tandis que la faculté de donner était un droit naturel, la faculté de tester — comme la *factio testamenti* du citoyen romain — était conférée par le droit civil. L'incapacité des serfs a disparu, sauf dans quelques provinces. On connaît déjà la situation faite aux femmes mariées et aux mineurs. Pour ceux-ci, la jurisprudence leur permettait, dans le Midi, de faire une donation à cause de mort et, dans le Nord, généralement de disposer de leurs meubles et conquêts et même, faute de meubles, du quint de leurs propres (Paris, art. 294), soit à vingt ans, soit après leur mariage (Melun, art. 155). Dans les coutumes muettes, on voulut d'abord introduire la règle romaine ; mais au XVIIIe siècle la coutume de Paris fut tenue pour l'expression du droit commun (BOURJON, t. II, p. 296).

Quant à la capacité de recevoir par testament, elle était, en principe, la même que celle de recevoir par donation. Le legs à une personne incertaine était validé tout au moins s'il avait un prétexte raisonnable (RICARD, XIII, 11, n° 560). Les communautés ne pouvaient recevoir aucun legs si elles n'étaient approuvées par le roi et l'édit de 1749 leur interdira même de recevoir des immeubles. Enfin, les enfants naturels sont, après le XVIe siècle, traités plus rigoureusement : s'ils peuvent recevoir des legs particuliers, ils ne peuvent être institués héritiers ou légataires universels.

LES FORMES DE TESTER DU DROIT ÉCRIT. — Le Midi conserve, comme formes communes, le testament mystique

et le testament nuncupatif dont la jurisprudence s'attache à préciser les règles.

Le testament mystique comprend deux actes, un acte secret ou censé tel qui contient les dispositions — et qui peut être écrit par un tiers — et un acte public ; le testament est présenté clos à un notaire qui dresse l'acte de souscription, écrit normalement sur l'enveloppe ou la feuille extérieure du testament, daté et signé du notaire et de sept témoins.

Le testament nuncupatif peut être purement oral, au moins dans les ressorts des Parlements de Toulouse, de Grenoble et de Besançon, ce qui impose d'en établir la teneur par une enquête qui ne manque pas d'être périlleuse. Il est plus souvent écrit, l'écrit n'ayant qu'une valeur de preuve préconstituée ; de telle sorte qu'anciennement la présence d'un notaire n'était même pas obligatoire et que la nullité de l'écrit n'empêchait pas d'établir par témoins la volonté du testateur. Cela même pouvait permettre tant de fraudes que les Parlements tendirent à faire de l'écriture une formalité intrinsèque de l'acte ; ils imaginèrent d'abord de le soumettre aux règles de preuve imposées aux contrats par l'ordonnance de Moulins (t. I, p. 106) ; ils imposèrent l'intervention d'un notaire ; celui-ci n'était, à l'origine, qu'un simple témoin, mais, par habitude, il donnera à l'acte qu'il rédige une forme authentique. On exigera couramment, au XVIIe siècle, que l'acte soit signé du testateur, du notaire et des sept témoins requis.

Les formes coutumières de tester. — Dans les pays de coutumes la diversité était la règle. Certaines coutumes (Bourgogne, VII, 9 ; Bourgogne-Comté, III, 43) adoptaient les formes romaines. D'autres (Hainaut, 32, 16 ; Amiens, III, 55) admettaient le testament fait devant les échevins ou le testament purement oral et même, dans l'extrême Nord, permettaient au testateur d'user de la forme qu'il lui plairait. Dans la majorité des coutumes prévalaient, avec bien des différences de détail, les deux formes, olographe et authentique, qui ont été mentionnées (p. 475).

Le testament olographe doit exprimer la volonté du testateur et il suffit, comme aujourd'hui, qu'il soit écrit, signé et daté par le testateur. Il est donc une simple écriture privée qui

doit être vérifiée en justice si elle est contestée (à Paris, par la corporation des maîtres écrivains dont un membre, Jacques RAVENEAU, a publié en 1666 le premier traité sur l'expertise des écritures).

Le testament authentique est, au contraire, rédigé par personne publique qui peut être soit un notaire, soit le curé ou son vicaire assisté de deux témoins. La compétence du curé est reconnue dans de nombreuses coutumes rédigées et par les ordonnances d'Orléans et de Blois ; mais, sauf en cas de nécessité ou pour les legs pieux, les parties préféraient se confier à un notaire. Cela même devait aboutir à livrer la matière à la routine et au formalisme : la valeur d'un testament dépendra de l'emploi des mots mêmes dont usaient les coutumes ou de l'usage de mentions telles que « dicté et nommé », « lu et relu », « sans suggestion ».

L'ORDONNANCE DE 1735. — Cette variété de formes était une source de complications d'autant plus grandes qu'en vertu de la règle *locus regit actum* (imposée ici par l'autorité de CUJAS, *cons.* 36), la coutume applicable au testament public est celle du lieu où il a été fait tandis que pour le testament olographe (que le disposant peut dater du lieu et du jour qui lui conviennent) on tend à adopter la loi du domicile. La doctrine, le Parlement de Paris souhaitaient qu'on instituât, pour tout le royaume, une forme commune de tester. Daguesseau reprit l'idée en la justifiant par l'utilité publique et il conçut le projet d'étendre au Midi la forme authentique du droit coutumier. Il ne manqua pas de se heurter à la fois au conservatisme des Parlements de Bretagne et de Normandie et au particularisme des Parlements du Midi.

Abandonnant l'idée d'une forme unique, l'ordonnance de 1735 devait tout au moins tendre à l'unification. Elle supprima le testament purement oral du Midi et les particularités des pays coutumiers ; le testament mystique et le testament olographe furent maintenus, celui-ci était même étendu au ressort du Parlement de Paris et bientôt considéré comme de droit commun coutumier.

Quant au testament nuncupatif écrit, l'évolution qu'il avait subie l'avait beaucoup rapproché du testament authen-

tique des pays coutumiers (dont il ne différait que par le nombre des témoins) ; on hésite, néanmoins — tant apparaissait invincible l'opposition du Nord et du Midi —, à les identifier ; mais, sous des noms différents, on les astreignit aux mêmes formes : l'écriture constitue l'essence de la disposition ; les formalités et les mentions prescrites seront identiques et ce sont celles mêmes du testament par acte public du Code civil : le testament doit être dicté et signé par le notaire (cf. art. 972 C. C.), en présence de témoins (sept dans le Midi, deux dans le Nord, sauf si la coutume en exige un plus grand nombre).

Pour les formes exorbitantes du droit commun, testament militaire, testament en temps de peste, testament entre les enfants du disposant, l'ordonnance les unifie en permettant d'user soit de la forme olographe (déjà admise dans ces cas par le droit écrit), soit de la forme publique avec deux témoins. Le testament-partage est assimilé à un testament *inter liberos*, non seulement dans le Midi, mais par les coutumes qui l'admettaient (Bourbonnais, art. 216 ; Bourgogne, VII, 6 ; Nivernais, 34, 17 et nombreuses coutumes du Nord) et même par le droit commun coutumier. Quant au testament maritime reçu par l' « écrivain du vaisseau » dont pouvaient user tous ceux qui « voyageaient sur mer », il est et demeure régi par l'ordonnance sur la marine de 1681 (XI, 1 et 2).

Daguesseau eut, enfin, à statuer sur les formes des codicilles : en pays coutumiers, elles n'étaient pas différentes de celles des testaments, ce qui faisait dire que tout testament n'y était qu'un codicille (*supra*, p. 474). En pays de droit écrit, seul le testament peut contenir une institution d'héritier, mais la validité d'un codicille *ab intestat* — qui n'est l'accessoire d'aucun testament et qui ne requiert la présence que de cinq témoins — est généralement admise. L'ordonnance (art. 14) maintient la validité des codicilles faits en présence de cinq témoins dont le notaire.

L'INSTITUTION D'HÉRITIER. — Elle constitue, on le sait, la différence essentielle entre le droit coutumier et le droit du Midi où elle demeure, comme en droit romain, *Caput et fundamentum testamenti*. Cela n'empêchait pas les romanistes de

rappeler que tout successeur universel est *loco heredis* (D. 50, 17, 128, 1), ce que Loysel (n° 298) traduira « légataires universels sont tenus pour héritiers ». De ce brocard, la jurisprudence du XVIIe siècle va faire une réalité.

1) Les formes de l'institution d'héritier perdent de leur rigueur ancienne : on peut la faire figurer en fin de testament ; elle ne comporte plus de termes sacramentels ; on admet l'institution des « pauvres », des enfants qui ne sont ni nés ni conçus lors de la mort du testateur ; on admet même l'institution à charge d'élire par laquelle le testateur charge un tiers, généralement son conjoint, de choisir après sa mort son héritier.

2) Les coutumes subissent, d'autre part, l'influence romaine. Pour les plus romanisantes (Berry, XVII, 7 ; Bourgogne, VII, 4), l'institution d'héritier est nécessaire ; d'autres, assez rares, persistent à lui refuser tout effet ; mais, de droit commun, l'institution, si elle existe, ne peut vicier le testament et elle doit être interprétée comme un legs, qu'elle soit *in re certa* ou universelle. Justifiée par Du Moulin (sur art. 120 A. C. Paris), reprise par la coutume de Paris (N. C., art. 299), la solution sera admise par le Parlement et généralisée par lui.

3) En pays de droit écrit, un père devait, en principe, instituer ses enfants (ou les déshériter) nommément : il ne suffit pas de leur faire un legs, même s'il excède la légitime, il faut que celle-ci leur soit laissée à titre d'institution et, en outre, franche et quitte de toute charge, sans terme et sans condition. L'institution est à la fois un « titre d'honneur » et un titre utile.

Dès lors qu'il y a prétérition d'un enfant — serait-il posthume — la *Novelle* 115 prononce la nullité du testament qu'au contraire la jurisprudence s'efforce d'éviter : en interprétant la volonté du testateur, en validant le testament dans lequel l'héritier universel est un des enfants, même si la légitime n'est pas laissée aux autres enfants à titre d'institution, en admettant que les filles peuvent être instituées pour leur dot ou même que les enfants peuvent n'être institués que pour cinq sous. Si l'on ne peut sauver le testament, on essaye, tout au moins, de maintenir certaines de ses clauses ou de limiter les droits du légitimaire à la détraction de sa légitime : on

admet, par exemple, que si l'institution est nulle, le testament ne l'est pas ; on distingue la prétérition volontaire et la prétérition faite par erreur (qui imposerait seule la nullité) ; enfin, si la clause codicillaire (p. 471) a été stipulée, elle « soutient » le testament qui vaut au moins comme codicille, l'institution devenant alors un fidéicommis qui oblige l'héritier *ab intestat* à rendre la succession à l'héritier institué en retenant seulement sa légitime.

Il y a peu de matières où la jurisprudence soit aussi touffue et où les solutions apparaissent parfois plus contradictoires. Les arrêts interprètent souvent la volonté du testateur avec une subtilité qui déconcerte (Domat, III, 16). La méthode a pourtant servi fort efficacement l'unification du droit : le legs d'une universalité et l'institution d'héritier sont devenus à peu près équivalents. L'ordonnance de 1735 ne fit qu'entériner ces solutions qui, respectant les apparences mais unifiant le fond du droit, convenaient fort bien à la méthode prudente de Daguesseau.

L'institution d'héritier est maintenue dans « les pays où elle est nécessaire » et elle doit être nominative (art. 50) ; si les légitimaires ont été institués même pour une somme modique, ils n'auront qu'une action en supplément et le « vice de prétérition (comportant nullité) ne pourra être opposé contre le testament encore que le testateur ait disposé de ses biens en faveur d'un étranger » (art. 51). En cas de prétérition complète, le testament sera nul quant à l'institution d'héritier (et ne pourra plus valoir même comme fidéicommis), mais « le surplus des dispositions » devra être exécuté (art. 53). L'institution à charge d'élire est maintenue en faveur des enfants (art. 62). Si le testateur est domicilié « dans un pays où le droit écrit n'est pas observé », l'institution d'héritier « ne vaudra que comme legs universel et (si elle a été faite *ex re certa*) comme legs particulier » (art. 71), mais ceux « au profit desquels elles seront faites auront les mêmes avantages et seront sujets aux mêmes lois que les héritiers institués » (art. 73).

La saisine. — Une différence subsiste, néanmoins, entre les deux situations : jusqu'à la fin, le droit coutumier reste fidèle à l'idée que seul l'héritier du sang est saisi (*supra*, p. 474).

La saisine affirme toujours ce droit de la famille et elle ne peut être transmise par testament. L'ordonnance de 1735 précisera que « les institutions d'héritier (qui) ne vaudront que comme legs particulier seront sujettes à délivrance » (art. 73). Dans le Midi, au contraire, « l'héritier testamentaire est saisi de plein droit en sorte qu'il peut se mettre en possession de l'hérédité sans être tenu de demander la délivrance aux successeurs *ab intestat* » (FURGOLE, *Test.*, VIII, 1).

Quant au légataire, il ne peut prétendre à la saisine ; mais sa situation n'a jamais été pour autant nettement précisée :

1) En pays coutumier, « la qualité de légataire ne fait jamais un titre universel » (LEBRUN, *Succ.*, IV, 2, 1), ce qui implique qu'il ne peut continuer la personne du défunt et qu'il n'est tenu aux dettes qu'*intra vires*.

2) En pays de droit romain, on fait couramment une distinction : au lieu d'un testament contenant institution régulière d'héritier, s'il s'agit d'un codicille désignant un fidéicommissaire d'hérédité, celui-ci doit demander la délivrance ; mais il paraît bien qu'il est tenu des dettes *ultra vires* comme l'héritier lui-même (BOUTARIC, *Inst.*, II, 23, 9). Au contraire, le légataire universel proprement dit est considéré comme un successeur aux biens et n'est tenu que dans la limite de son émolument (MERLIN, v° *Légataire*, VII, 1, 13).

On aboutit ainsi à des disparités qui, aujourd'hui encore, obscurcissent la question de l'obligation aux dettes successorales. Pour Laurière (sur LOYSEL, n° 313) qui reprend Cujas (sur D., 31, 1, 9) : « Les légataires universels sont tenus pour héritiers » et notamment le fidéicommissaire est *vice heredis*. Pour Pothier (*Succ.*, V, 3), au contraire, qui ne pense qu'au droit coutumier : « Les légataires universels ne succèdent point à la personne du défunt mais seulement à ses biens ; ils ne sont tenus des dettes que parce qu'elles sont une charge des biens ; ils n'en sont point débiteurs personnels. »

LES DROITS DES LÉGATAIRES. — Les droits reconnus à l'héritier aboutissent à réduire d'autant le rôle de l'exécuteur testamentaire. Celui-ci demeure chargé de l'exécution des legs mobiliers, mais il doit agir en accord avec l'héritier (BOURJON, t. II, p. 329). La doctrine met désormais l'accent sur les droits

des légataires en reprenant la plupart des solutions romaines (par exemple, pour le droit d'accroissement) mais en les adaptant ou en les précisant :

1) On distingue le legs universel et le legs particulier. Les legs d'une bibliothèque, de tous les meubles, de ses fiefs, d'une succession échue au testateur sont considérés comme particuliers car ils ne concernent pas une quotité du patrimoine ; au contraire, le legs de tous ses meubles et droits mobiliers serait universel (LEBRUN, *Succ.*, IV, 2, 2 ; BOURJON, II, p. 353).

2) Les legs ne sont pas des dettes mais des charges de la succession : l'aîné et les puînés doivent les acquitter selon leur émolument ; les legs universels ne se payent pas, le légataire se contentant d'en demander la délivrance mais le légataire universel doit acquitter les legs particuliers (ou y contribuer avec les héritiers au prorata de leur émolument). S'il n'y a pas de légataire universel les héritiers doivent contribuer entre eux au payement des legs à proportion de leur émolument et non selon leurs parts viriles et ils doivent toujours payer les dettes avant les legs.

3) La volonté du testateur est « despotique et plus capricieuse que la volonté conventionnelle ». Elle doit être interprétée par le juge dans l'espace compris entre la clarté parfaite et l'obscurité complète (qui fait considérer une disposition comme non écrite). On ne peut recourir à une preuve testimoniale et il faut s'en tenir à l'acte lui-même (DOMAT, III, 1, 6). Pothier fournit vingt-cinq règles d'interprétation tandis que Bourjon donne un principe essentiel qui est bien dans l'esprit du droit coutumier : en cas de doute, il faut préférer l'héritier au légataire. Le droit romain (D., 50, 16, 9) indiquait de même : *Semper in obscuris quod minimum est debetur.*

4) Enfin, le légataire possède toujours contre les héritiers (et aussi, pour les legs mobiliers, contre l'exécuteur) l'action romaine *ex testamento*. Il n'a droit, au moins au XVIIIe siècle, aux fruits qu'à partir de la délivrance puisqu'il n'a pas la saisine (cf. art. 1014 C. C.). Il peut, cependant, garder l'objet s'il l'avait en sa possession (MAINARD, VII, 1). Outre l'action en délivrance, les légataires ont, au moins depuis un arrêt

de 1710 (BOURJON, t. II, p. 330), une action hypothécaire ; mais on admettait généralement (contrairement à la solution fournie par l'article 1017 du Code civil) que l'hypothèque se divisait entre cohéritiers comme l'action personnelle. Pothier accorde, enfin, au légataire de corps certain une action en revendication contre l'héritier ou le tiers détenteur.

LA RÉVOCATION DES TESTAMENTS. — L'ordonnance de 1735 (art. 76) supprime le dernier vestige d'irrévocabilité en prohibant la clause dérogatoire (*supra*, p. 472). La révocation expresse ne peut résulter, dans les pays de droit écrit comme en droit romain, que d'un autre testament ; dans les pays coutumiers, une simple manifestation écrite de volonté suffit (FURGOLE, XI, 91), celle-ci équivalant, d'ailleurs, si elle ne mentionne que la révocation, à une institution de l'héritier *ab intestat* (DOMAT, II, 3, 1, 5). La matière était, comme aujourd'hui, fertile en difficultés, d'autant qu'on admettait la révocation tacite s'il existait une incompatibilité entre des dispositions successives.

Enfin, au moins pour le testament olographe, le fait de le lacérer, de biffer ou de bâtonner des dispositions équivaut à une révocation (MERLIN, v° *Révoc. test.*, 4). Au contraire, la lacération par un autre que le testateur n'opère pas révocation et le testament doit être exécuté si l'on peut en prouver l'existence et le contenu par tout moyen de preuve (FURGOLE, XI, 78).

L'EXHÉRÉDATION. — Le testateur peut écarter de sa succession les héritiers naturels en désignant un héritier ou un légataire universel. Mais le droit romain lui reconnaissait, en outre, le droit d'exhéréder ses héritiers et lui imposait même d'instituer ou d'exhéréder nominativement ses enfants (pour éviter le vice de prétérition).

Il s'agissait initialement d'une règle de forme dont la jurisprudence des pays de droit écrit qui l'admettait a constamment travaillé à diminuer les effets : en tirant argument, par exemple, de la clause codicillaire ou encore en admettant que l'institution pour cinq sous suffisait à éviter la nullité du testament (mais non l'action en supplément de légitime ; cf. O. 1735, art. 50 et 53, et *supra*, p. 521).

Mais l'exhérédation peut aussi tenir à une cause précise et constituer une peine. Le droit romain prévoyait quatorze cas d'exhérédation des descendants analogues au cas d'ingratitude qui entraînaient la révocation des donations (*supra*, p. 505). L'ordonnance de 1566 y ajouta le cas de l'enfant qui s'était marié contre la volonté de ses parents, ce qui fut étendu, en 1639, à ses propres descendants. En outre, certaines coutumes (Maine, art. 269 ; Anjou, art. 251 ; Tours, art. 286) permettaient d'exhéréder les filles nobles qui, avant vingt ans, avaient perdu leur innocence. La jurisprudence admit toujours que l'exhérédation — qui doit être prononcée par le testateur — prive, pour indignité, l'héritier de sa légitime.

En pays coutumier, on étendit l'exclusion à la réserve (FURGOLE, *Test.*, VIII, 2, 146) en ajoutant, il est vrai, que l'exhérédation est nulle en ligne collatérale si elle est motivée sur une cause injurieuse pour l'héritier (BOURJON, t. II, p. 274). Pour les descendants, une action *ab irato* leur permet, comme au cas de donations, d'attaquer tout legs, même du disponible, fait par haine ou par colère (cf. art. 26 de l'édit de Nantes pour les « exhérédations et privations faites pour cause de religion »).

La pratique, sur le fondement de la loi *si furioso* (D., XXVII, 10, 16, 2), admet, enfin, l'*exhérédation officieuse* par laquelle le disposant ne laisse à son fils, prodigue ou malade, que l'usufruit de sa part en instituant les enfants de l'exhérédé. La jurisprudence du XVIIIe siècle devait développer cette institution qui lésait souvent les créanciers du fils plus que le fils lui-même.

Le projet de Code civil rejeta, malgré les protestations des tribunaux du Midi, l'exhérédation, mais maintint la disposition officieuse. Bien que celle-ci ait été défendue par Bonaparte et Cambacérès, elle disparut du texte définitif, car il apparut qu'elle réalisait une substitution portant sur la légitime.

LE DROIT RÉVOLUTIONNAIRE. — Au XVIIIe siècle, le rapprochement qui s'était accompli entre le Nord et le Midi, le poids de la technique romaine — plus précise pour les testaments que pour les donations —, enfin, l'effort des Parlements et de Daguesseau avaient abouti à la constitution d'un droit commun des testaments très proche du droit romain qui sera repris

par le Code civil. Celui-ci termine l'œuvre en unifiant le testament nuncupatif écrit et le testament authentique, en réduisant à trois les formes de tester et en réalisant la fusion du legs universel et de l'institution d'héritier. Il n'y a plus, désormais, de différence entre testament et codicille ou d'obligation d'instituer les légitimaires.

La part du droit révolutionnaire est, au contraire, en la matière, très mince. Pour l'Ecole du droit naturel, le testament est dans sa substance inhérent à la propriété et appartient de ce fait au droit naturel. Leibniz lui assignait même une portée surnaturelle puisqu'il prouve l'immortalité de l'âme et permet aux morts d'imposer leur volonté aux vivants. Au contraire, pour Montesquieu (*Esprit des lois*, XXVI, 6) comme pour Mirabeau (*supra*, p. 446), le testament n'est qu'une création de la société que le droit peut interdire : ce que fit la Convention en prohibant, en haine de la puissance paternelle, « toute faculté de disposer de ses biens en ligne directe » (*supra*, p. 487). On sait que, dès l'an VIII, la réaction se dessina car « pour éviter l'abus d'une liberté », il ne faut pas « en enchaîner l'exercice ». Trois ans après, le Conseil d'Etat adopta, après une discussion très approfondie, les textes qui devaient devenir les articles 893 et 1100 du Code civil. Du droit intermédiaire et de l'égalité absolue qu'il avait imposée entre les enfants, il ne restait que l'abolition de l'institution à charge d'élire et du testament *inter liberos* ; encore permettait-on aux parents, comme dans l'ancien droit, de faire un testament-partage pour répartir de leur vivant leurs biens entre leurs enfants.

A côté de vestiges du passé — qui ont souvent conduit la jurisprudence du XIXe siècle à reprendre celle du XVIIIe siècle et même à accentuer encore sa rigueur formaliste —, la véritable innovation du Code civil a été à la fois de rejeter la tradition romaine qui assurait la prééminence au testament et la tradition coutumière qui donnait une réserve à tous les lignagers. Comme le dira Bigot-Préameneu : « Le défunt peut déroger à l'ordre commun des successions et se créer un héritier de son choix » et, d'autre part, la succession devient « la combinaison la plus juste du droit de disposer et des devoirs de paternité ».

SECTION III. — Les substitutions fidéicommissaires

La pratique des substitutions se répand, on le sait (*supra*, p. 472), aux XVe et XVIe siècles. Elles sont, comme les institutions contractuelles (p. 509), le fait des familles nobles et tous les auteurs de l'époque leur donnent pour fondement le désir « d'accroître la grandeur et l'opulence de leur maison et de conserver comme à l'immortalité la mémoire de leur nom » (LE BRET, *Decis.* 3), éternité « des noms » que Montaigne (II, 8) trouve « ridicule ». On ajoutera même que « la conservation du royaume dépend principalement de la puissance de la noblesse » (FERRIÈRE) et que les substitutions « conviennent aux gouvernements monarchiques » (MONTESQUIEU).

Il en avait été de même au Moyen Age des règles qui évitaient le morcellement des fiefs et qui assuraient la prééminence de l'aîné et des mâles. Les fiefs n'étant plus le seul élément important du patrimoine, les substitutions permettent d'étendre le droit d'aînesse à d'autres biens et de consolider la situation des aînés. Elles comportent, en outre, la « charge de conserver et de rendre » qui met les biens substitués à l'abri de toute dissipation. La vanité bourgeoise n'est pas moindre que la vanité nobiliaire. L'ambition peut remplacer l'orgueil du nom, mais elle inspire un zèle égal pour dépouiller les cadets et les filles.

Quelques coutumes (Bourbonnais, Auvergne, Bretagne, Normandie, Hainaut) avaient bien exclu ou resserré dans des bornes très étroites la liberté de substituer ; mais partout ailleurs on substitua indéfiniment en contradiction avec la *Novelle* 159 qui limitait à quatre degrés le droit d'un testateur d'immobiliser ses biens. Les substitutions pouvaient être contenues dans une donation entre vifs ou dans un contrat de mariage ; le plus souvent, surtout dans le Midi, elles étaient insérées dans un testament et imposées à l'héritier présomptif. Elles créaient, pour la famille, une véritable coutume successorale ou, comme le dira Daguesseau, « un nouveau genre de succession où la volonté de l'homme prend la place de la loi et produit un nouvel ordre de jurisprudence ». Orgueilleuse-

ment, le testateur prétendait imposer sa volonté à ses successeurs, déjouer leurs initiatives et maintenir hors de toute atteinte la fortune qu'il possédait.

INCONVÉNIENTS DES SUBSTITUTIONS. — De telles conceptions tenaient autant à la psychologie qu'à l'économie d'un siècle pour qui la permanence du patrimoine n'est qu'un aspect de la stabilité nécessaire des institutions : « Demeurer ; éviter tout changement qui risquerait de détruire un équilibre miraculeux, c'est le souhait de l'âge classique » (P. HAZARD, *La crise de la conscience européenne*, t. I, p. 3). Les substitutions étaient, pour les particuliers, ce qu'était pour le roi l'inaliénabilité du domaine : elles assuraient la transmission intégrale du patrimoine à l'héritier.

Cette stabilité n'allait pas pourtant sans de multiples inconvénients : non seulement les substitutions provoquaient des procès innombrables, mais elles mettaient ces biens hors du commerce et privaient les créanciers de leur gage, le substitué n'étant pas tenu des dettes du grevé. Comme le dira Guy Coquille : « La substitution fait quelquefois l'hérédité coquine de celui que l'on pensait être bien riche. »

Le chancelier de L'Hôpital voulut interdire, par l'ordonnance d'Orléans de janvier 1560 (art. 59), de substituer au-delà du sixième degré après la première disposition. L'ordonnance de Moulins (art. 57) de février 1566 confirma cette défense en ajoutant que les dispositions antérieures à l'ordonnance d'Orléans seraient restreintes au quatrième degré. Elle prescrivit, en outre, des mesures de publicité et, notamment, l'insinuation des substitutions dans un intérêt de crédit public.

Le Code Henri III, œuvre privée due à Barnabé Brisson (éd. 1593), répondant au vœu des Etats de Blois, résuma toutes les règles antérieures en un seul article : « Dorénavant toutes substitutions seront restreintes au quatrième degré, outre l'institution et première disposition » ; mais cela n'empêcha pas de nombreuses divergences d'interprétation des Parlements : à Paris et à Aix, on limitait la substitution au deuxième degré ; à Toulouse et à Bordeaux, seulement au quatrième. Le Parlement de Dijon faisait de même en Bourgogne, mais n'admettait aucune limitation en Bresse et en Bugey. En Bourgogne et en

Béarn, les ordonnances, antérieures à la réunion de ces provinces, n'étaient pas applicables. Il en était de même en Artois et dans le Comtat Venaissin. Enfin, un édit de 1711 permit de faire des substitutions perpétuelles des duchés-pairies.

L'ORDONNANCE DE DAGUESSEAU. — De telles variétés étaient irritantes pour des esprits épris de logique. La stabilité du patrimoine — au moment surtout du système de Law — apparaissait dangereuse ou illusoire. Elle sera, à partir de 1756, condamnée par les physiocrates comme tous les obstacles à la libre circulation des biens : « La liberté des échanges est la première conséquence du droit de propriété » (LE TROSNE).

Déjà Daguesseau pensait que l'abrogation des substitutions serait, peut-être, la meilleure des lois. Il se borna pourtant à les soumettre, dans l'ordonnance d'août 1747, à des règles précises : comme dans l'ordonnance d'Orléans, le droit de substituer est limité à deux degrés, outre le donataire, l'institué ou le légataire (art. 30). En outre, comme l'indique le préambule, Daguesseau entendait mettre fin aux difficultés qui s'étaient élevées « sur l'interprétation de la volonté du testateur, sur la composition d'un patrimoine et sur les distractions dont les fidéicommis sont susceptibles, sur le recours subsidiaire des femmes quant aux biens grevés de substitution, sur les formalités nécessaires pour rendre les substitutions publiques » et c'étaient, en effet, les questions qui faisaient le plus de difficultés.

L'INTERPRÉTATION DE LA VOLONTÉ. — La volonté du testateur est la seule règle qui doive être suivie en matière de fidéicommis ; encore faut-il donner à cette volonté sa véritable portée :

1) Tandis qu'aujourd'hui, dans le doute, on doit exclure l'idée de substitution, il y avait peu de clauses avant 1747 où, en se référant aux lois romaines, l'on ne parvînt « à découvrir une substitution conjecturale au point de faire de cette matière un chaos et un labyrinthe inextricables » (FURGOLE, sur art. 19 de l'O. de 1747 ; VOËT, *De usufr.*, 12). Daguesseau voulut « prévenir les interprétations arbitraires et obliger les donateurs et testateurs de s'expliquer d'une manière plus expresse ». Par exemple, s'il est écrit : « J'institue *Primus* et s'il meurt sans enfants je substitue *Secundus* », les enfants ne sont mis que

dans la condition et ne sont ni appelés ni substitués (I, art. 19). De même, la représentation est défendue si le substituant ne l'a pas expressément ordonnée (art. 21).

2) Toute substitution suppose une première disposition au profit du grevé : *Nemo oneratus nisi honoratus* (cf. art. 896 C. C.). Le grevé, par l'effet de l'ordre successif existant entre les deux transmissions, n'est pas seulement un débiteur (on dira, sur le fondement de D., 31, 1, 17, un « ministre »), mais un propriétaire dont le droit est résoluble : ce qui impose de distinguer la substitution de l'institution fiduciaire qui fait de l'héritier un simple administrateur chargé de rendre, non au jour de son décès, mais à terme ou dès que l'intérêt du substitué le permet (MERLIN, v° *Fiduciaire*).

3) Une seconde disposition doit être faite en faveur du substitué ; ce qui implique à la fois l'emploi de termes « dispositifs et obligatoires » et la création de l'ordre successif ; une prière et un conseil ne sont pas forcément une charge. Le legs *de residuo* comporte bien l'obligation de rendre (ce qui restera) mais non la charge de conserver. L'institution « d'un tel et de ses enfants » peut être conjonctive et non successive.

4) L'institution ou le legs conditionnels étaient souvent confondus avec la substitution (LAMBERT, *Exhérédation*, n° 782). Cependant, en Auvergne et en Bourbonnais où la coutume prohibe les substitutions, on interprète, au XVIIIe siècle, comme simplement conditionnel le legs fait par le mari à sa femme « en cas que ses enfants meurent avant elle ». De même, la disposition : « *Primus* recueillera mes biens mais il les rendra à son fils s'il atteint sa majorité » est résolutoire pour *Primus* et suspensive pour son fils, mais la condition n'étant pas le décès de *Primus*, elle ne comporte pas substitution. Il y a bien substitution réciproque toutes les fois que, un bien étant légué conjointement à deux personnes, le dernier mourant doit le rendre à un tiers. Au contraire, la stipulation de retour au profit des héritiers du donateur ne crée pas un ordre successif. La jurisprudence admettait, d'autre part, un certain nombre de conditions sous-entendues : par exemple, lorsqu'un père substitue à son fils héritier un de ses frères ou un étranger on suppose toujours que c'est à la condition que le fils ne laissera

pas de fils, mais le testateur peut toujours déclarer qu'il préfère le substitué aux filles de son fils.

5) En ce qui concerne le droit d'usufruit, il pouvait faire la matière d'une substitution. La disposition par laquelle on fait nus-propriétaires les enfants du légataire de l'usufruit ne constituait pas plus qu'aujourd'hui une substitution ; mais l'ancienne jurisprudence sous-entendait souvent en pareil cas une substitution toute conjecturale. Le Code Michau de 1629 (art. 125) accentuait, enfin, le caractère aristocratique des substitutions en interdisant « qu'elles aient lieu dans le testament des rustiques » ; mais l'ordonnance devait rester lettre morte sauf, semble-t-il, à Dijon.

Les biens substitués et les distractions. — La charge de rendre suppose que l'institution du grevé et celle du substitué portent sur les mêmes biens : les meubles mêmes devaient être rendus en nature (cf. cependant O. 1629, art. 125), spécialement d'après l'ordonnance de 1747 (I, art. 4 à 8), les cheptels et les meubles « servant à l'ornement des châteaux et maisons ». Les Parlements de droit écrit admettaient même, par faveur pour les substitutions, que l'on pouvait imposer par testament la restitution de biens déjà donnés entre vifs sans cette charge (Ricard, *Donations*, III, 7, 5) : c'est la substitution après coup prohibée dans un testament par l'ordonnance (art. 13), mais permise dans une donation si le donataire l'accepte (art. 17). On admettait même sur le fondement de textes romains (D., 31, 1, 67 ; C., 6, 42, 25) que le testateur pouvait charger son héritier de rendre, outre les biens laissés, les biens que l'héritier possédait de son chef ; si l'héritier a accepté la succession, il doit accomplir la charge du testament.

A cela s'opposait la conception même de la réserve et de la légitime : le testateur ne devrait pouvoir substituer que les « biens dont il a la faculté de disposer » (cf. art. 1048 C. C.). Pourtant, le principe fléchit souvent en présence de fidéicommis qui, mieux que la réserve, paraissent susceptibles de préserver les droits de la famille. Le grevé, prétend-on, était libre de refuser la libéralité pour ne pas se soumettre à la charge. Le Parlement de Paris (arrêt du 25 août 1662) et Lebrun tenaient que le droit du légitimaire ne peut pas être plus fort que celui

de la famille. Pothier admettait, au contraire, que le grevé ne tient du disposant que ce que ne lui alloue pas la loi.

On admettait cependant, généralement, que le grevé pouvait tout au moins retenir la quarte trébellienne dont le droit canonique reconnaissait qu'elle pouvait être cumulée, si le grevé était en outre légitimaire, avec la quarte légitime (cf. *supra*, p. 482) ; c'est la question classique du cumul des quartes, admis très généralement par les Parlements tout au moins si ce cumul n'a pas été interdit par le testateur. L'ordonnance de 1735 (art. 56) décida bien que la légitime devait être exempte de toute substitution ; pour la trébellianique, le testateur peut défendre même « par un codicille postérieur » toute détraction (art. 60).

Les droits du grevé et de l'appelé. — Les anciens auteurs hésitent beaucoup à reconnaître au grevé une pleine propriété ; on lui reconnaît le droit d'administrer (Pothier, V, 1), mais on discute même de l'opposabilité au substitué, qui n'est pas son ayant cause, des baux qu'il pourrait conclure (Denisart, v° *Substitutions*, 125).

Avant l'ordonnance de 1747 (qui n'admit plus que la requête civile), on recevait la tierce opposition du substitué contre le jugement rendu contre le grevé. Même la prescription ne pouvait être invoquée contre le substitué.

La tendance est d'assimiler le grevé à un usufruitier et de le soumettre à la même responsabilité et aux mêmes charges que celui-ci. L'ordonnance (I, art. 17) accordait une hypothèque légale à l'appelé non seulement sur les biens substitués mais sur tous les biens du grevé. La vente n'était possible qu'en cas de nécessité absolue, après autorisation de justice et à charge de remploi.

La *Novelle* 39 donnait à la femme du fils grevé d'un fidéicommis une hypothèque sur les biens substitués. Les Parlements hésitaient à étendre ce texte à tous les degrés et en ligne collatérale (Louët, D., 21). L'ordonnance de 1747 (I, art. 49) admit que l'hypothèque garantirait le douaire ou l'augment de la femme pourvu que la substitution soit faite en faveur des enfants du grevé. Quant à l'appelé, s'il n'est pas l'ayant cause du grevé, il jouit à l'égard du disposant d'un véritable droit

de succession, ce qui posait la question dite de la transmission : l'espérance d'un fidéicommis est-elle transmise si le grevé meurt avant le disposant ? On l'admettait à Toulouse, Bordeaux et à Aix jusqu'à l'ordonnance de 1747 (I, art. 20) qui l'interdit et qui décida également que la représentation n'aurait point lieu sauf disposition expresse du testateur.

La publicité des substitutions. — L'indisponibilité que crée la substitution était, on l'a vu, fort dangereuse pour les créanciers. Pour les protéger et aussi par un souci fiscal, la royauté ordonna, dès le XVIe siècle, que comme les donations (*supra*, p. 465) tous testaments « portant substitution soient publiés, insinués et enregistrés dans les juridictions royales par les greffiers » (O. mai 1553 ; O. 1560 et 1566). L'ordre dut être fréquemment répété (déclar. 25 nov. 1690 ; édit. déc. 1703 ; déclar. 18 janv. 1712), ce qui prouve qu'il était fort mal appliqué.

Le fidéicommis devait être insinué à l'audience et transcrit sur le registre des greffes des bailliages ou des sénéchaussées. S'il résultait d'une donation, il devait être publié et enregistré tandis que la donation devait être insinuée suivant l'ordonnance de 1731.

Le défaut de transcription entraînait, d'après l'ordonnance de 1553, la privation de la succession mais cette sanction ne fut jamais appliquée ; on priva seulement l'héritier ou le légataire des fruits et revenus des biens substitués. Les substitutions qui n'auraient été publiées qu'après six mois ne pouvaient être opposées aux créanciers ou aux tiers acquéreurs qui auraient contracté auparavant (cf. art. 1070 C. civ.), même si le substitué se trouvait en même temps l'héritier du grevé.

Cependant, certains Parlements n'ayant pas enregistré les ordonnances n'en appliquaient pas les dispositions. L'ordonnance de 1747 eut, ici encore, pour effet d'unifier la jurisprudence et de préciser les solutions anciennes. Pour assurer la publication, le grevé ne pouvait entrer en possession qu'en vertu d'une ordonnance du juge (II, art. 35, 41). Diverses formalités étaient, d'autre part, prescrites dans l'intérêt de l'appelé : confection d'un inventaire à peine de la privation des fruits (O. 1747, II, art. 33, 42), vente des meubles et emploi des

deniers (art. 11 à 17) ; enfin, nomination d'un curateur (art. 5, 12) auquel la pratique préférait, à la veille de la Révolution, un tuteur à la substitution, ce qui aboutissait à personnifier celle-ci (cf. art. 1055 C. civ.).

Le droit révolutionnaire et impérial. — Après 1789, les substitutions apparurent doublement odieuses : économiquement par l'indisponibilité des biens qu'elles créaient, politiquement par les souvenirs de « féodalité » qu'elles gardaient (c'est « l'indisponibilité aristocratique » des textes de l'an II). L'Assemblée Nationale les prohiba par deux décrets des 2 septembre et 14 novembre 1792 et déclara sans effet celles qui avaient été faites antérieurement, mais n'étaient pas encore ouvertes. Un décret du 22 ventôse an II leur appliqua la rétroactivité instituée par le décret du 17 nivôse pour les donations postérieures au 14 juillet 1789 (*supra*, p. 512). Les grevés gardaient les biens qu'ils détenaient, non sans provoquer les pétitions des héritiers naturels (décret du 9 fructidor an II).

Le Code civil demeure fidèle à la prohibition (art. 896 C. civ.), mais il annule la libéralité même à l'égard du grevé. L'argument invoqué est maintenant que « l'agriculture et l'industrie ont besoin de la circulation des propriétés » et qu'il faut « répartir les patrimoines » (Bigot-Préameneu). Au contraire, les considérations familiales peuvent recommander certaines substitutions, ce qui fait dire que la Convention avait « dépassé le terme » car « tout détruire est un abus ». Il y aura donc des substitutions permises par lesquelles « les biens dont les père et mère auront la faculté de disposer pourront être donnés aux enfants nés et à naître au premier degré des donataires ». La charge devra être stipulée au profit de tous les enfants « sans exception ni préférence d'âge ou de sexe » (rapport du tribun Favard).

La jurisprudence du début du XIXe siècle — qui eut à résoudre de nombreuses questions transitoires — prouve tout au moins que beaucoup de familles gardaient, en usant de divers expédients (donation d'usufruit, legs conditionnels), les pratiques anciennes.

Sous l'Empire, l'édition du Code Napoléon de 1807, reprenant un sénatus-consulte du 14 août 1806, institua des *majorats*

pour « conserver dans les familles les biens nécessaires au maintien des titres » : c'étaient des substitutions à perpétuité dans la descendance masculine de l'institué et par ordre de primogéniture d'une propriété immobilière affectée d'un titre noble et héréditaire (en Italie, on parla ouvertement de provinces érigées en « grands fiefs »). Un décret du 1er mars 1808 fixa leur statut en même temps qu'était créée la noblesse nouvelle.

La Restauration alla plus loin encore dans cette voie : non seulement elle favorisa le développement des majorats, mais, par une loi du 17 mai 1826, elle étendit les substitutions à deux degrés et permit de les faire à un seul des enfants du grevé.

Après la révolution de 1830, la loi du 29 décembre 1831 en abolissant l'hérédité de la pairie rendit les majorats presque sans objet ; ils furent restreints à deux degrés le 12 mai 1835, sauf les majorats de propre mouvement qui avaient été institués par l'Etat. Après la révolution de février, une loi du 11 mai 1849 abrogea la loi de 1826 et abolit, mais pour l'avenir seulement, l'institution des majorats.

ÉTAT DES QUESTIONS

Les donations. — Les traités de RICARD (1652), POTHIER (1778, éd. BUGNET, t. VIII), FURGOLE (1733), DU ROUSSEAU DE LA COMBE (1733), BOUTARIC (1744), SALLÉ (1752), SERRES (1766), qui subissent tous l'influence romaine, ont constitué, pour les rédacteurs et les interprètes du Code civil, les ouvrages de base. Sur le droit écrit, les thèses de REVERDY (1896) et L. FABRE (1930). Sur les institutions contractuelles, Eusèbe de LAURIÈRE, *Traité des institutions et des substitutions contractuelles*, 2 vol., 1715 ; BOUCHEUL, *Conventions de succéder*, 1727 ; VULSON, *Election d'héritier contractuelle*, 1753 ; Flavien MAURY, *Etude historique sur l'institution contractuelle*, Caen, 1902 ; NAVIÈRE DU TREUIL, *Etude historique sur la promesse d'égalité*, Paris, 1907. Sur l'ordonnance de 1731 : Henri REGNAULT, *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau*, t. I : *Les donations et l'ordonnance de 1731*, 1929. Sur le don mutuel, R. DAVROU (1932) ; H. LEPLINGLE (1938).

Les témoignages littéraires relatifs aux donations (*Malade imaginaire*, I, 9 ; *Légataire universel*, II, 8) pourraient être utilement recherchés (cf. PACILLY, th., Caen, 1936). Ils font apparaître l'importance pratique des dons manuels auxquels on applique la règle : « En fait de meubles possession vaut titre » (BOURJON, t. II, p. 109). L'article 931 du Code civil repris textuellement de l'article 1 de l'ordonnance de 1731 a justement pour but de les dispenser de la forme écrite.

Les testaments. — Outre les ouvrages cités dans les chapitres précédents, on peut trouver des indications intéressantes dans HOTMANN, *De testamentis*, Cologne, 1593, et S. STRYKE, *De cautelis testamentorum*, Halle, 1738. Le livre de base est celui de Henri REGNAULT, *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau ; les testaments et l'ordonnance de 1735*, t. I, 1965 ; t. II, 1938. Cf. également, les indications très fines de Ed. LAMBERT, *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, 1895.

Sur la pratique du testament, outre l'étude citée (p. 477) de C. ABOUCAYA, le mémoire de E. BEYERLYNCK, *Etude sur... le testament à Versailles de 1787 à 1807*, 1963. Cf. aussi H. BEAUNE, *Cl. de Rubys et la liberté de tester au XVIe siècle*, 1881 ; V. TAMON, *L'exhérédation à titre de peine*, 1907.

Sur les diverses incapacités : R. CAILLEMER, *Etudes sur la confiscation et l'administration des successions par les pouvoirs publics au Moyen Age*, 1901 ; G. BARIL, *Le droit de l'évêque aux meubles des intestats en Normandie*, 1912 ; M. BAUDOT, Les intestats et la juridiction civile en Normandie, dans *RHD*, 1933, p. 738 ; H. GUIGON, *La succession des bâtards dans l'ancienne Bourgogne*, 1905 ; H. REGNAULT, *La condition juridique du bâtard*, 1922 ; L. CHEVAILLER, Note sur le testament du bâtard dans les coutumes du Nord, dans *Mél. Monier*, 1958, p. 75 ; P.-C. TIMBAL, La confiscation, *RHD*, 1943, p. 44-79 ; 1944, p. 35-60. Sur la mainmorte, *supra*, p. 394.

Les substitutions fidéicommissaires. — Il n'a jamais été fait une étude sérieuse de la portée sociale des substitutions. Il serait pourtant fort utile de rechercher dans quelles provinces ou dans quelle classe sociale elles ont été les plus répandues. Elles sont inspirées soit par une« réaction de défense» de la noblesse (contre l'importance nouvelle de la richesse mobilière), soit par le complexe social de la bourgeoisie (qui veut imiter la noblesse). En créant une coutume propre à la famille, la substitution reprend une tradition ancienne (cf. p. 25) ; mais elle manifeste aussi que la coutume appliquée ne répond plus aux désirs de certaines familles. La généralisation des substitutions au XVIe siècle (et leur maintien au début du XIXe siècle) révèle bien, d'autre part, la conception « aristocratique » de l'époque dite moderne.

L'étude juridique a été faite par les bartolistes et les canonistes (cf. *Tract. univ. juris*, t. X, et PEREGRINUS, 13e éd., 1725) et par tous les auteurs des XVIIe et XVIIIe siècles : RICARD (*Œuvres*, éd. 1713, t. II, p. 244) ; SALLE (*Esprit des ordon. Louis XV*, 1752) ; SERRES (1756) ; FURGOLE (1769) ; THÉVENOT D'ESSAULE (1778) ; POTHIER (1777) ; BOURJON (t. II, p. 153) ; et également par les arrêtistes DENISART, GUYOT et les recueils spéciaux à chaque Parlement.

On trouvera quelques indications excellentes dans le livre d'Ed. LAMBERT cité *supra* et chez les premiers commentateurs du Code civil (spécialement TOULLIER, t. V, 1830-33, et TROPLONG, t. III et IV, 1855).

On peut suivre facilement le progrès en la matière de l'idée de droit commun coutumier : RICARD (*Donations*, 3e éd., p. 1013) l'identifie encore au droit romain, tandis que LEBRUN (*Succ.*, II, 2, 3, 3) et BOURJON (t. I, p. 378) se réfèrent à la coutume de Paris; ce sont toujours les lois romaines qui sont alléguées et suivies pour les questions techniques mais le droit coutumier fournit les « principes » (cf. Arrêtés de LAMOIGNON, éd. 1768,

p. 412) ; c'est très nettement la position de DAGUESSEAU avant même qu'il soit chancelier. On conserve toujours les règles romaines relatives à l'interprétation des fidéicommis, mais on restreint la règle gênante *Nemo partim testatus* (qui interdit de faire de la transmission héréditaire l'œuvre combinée de la loi et du testateur), et l'on qualifie de propres les biens transmis par substitution en ligne collatérale (DAGUESSEAU, *Œuvres*, t. IV, p. 245). Il n'empêche que l'ordonnance de 1747 comme le Code civil — ne serait-ce que pour ménager les habitudes méridionales — concèdent plus au droit romain qu'aux coutumes : par exemple, l'article 21 du titre I admet que pour interpréter une substitution il faut se référer non aux règles de la succession *ab intestat*, mais à la volonté du disposant.

INDEX DES MATIÈRES

Les chiffres renvoient aux pages ; les astérisques* précisent l'endroit où la matière est principalement traitée.

Abandon noxal, 46.
Abus de confiance, 93.
Accession, 45.
Achasius, 185, 245.
Acquêts, 257, 369, 371, 393, 438 ; — de succession, 407, 410.
Acte conservatoire, 229 ss., 351, 352.
Action *adiecticiae qualitatis*, 46* ss. ; — *de in rem verso*, 47 ; — de la loi, 86, 105 ; — *de peculio*, 47 ; — en complément de part, 330 ; — en désaveu, 52 ; — *ex stipulatu*, 227, 228, 231, 237 ; — *ex testamento*, 322, 523 ; — *familiae erciscundae*, 258 ss. ; — *furti*, 229 ; — populaire, 105 ; *rationibus distrahendis*, 95 ; — *rei uxoriae*, 227* ss., 231, 237 ; — *rerum amotarum*, 229 ; — *tutelae*, 95 ; — *tributoria*, 48 ; — utile, 93, 95.
Adfinitas, v. Alliance.
Adiudicatio, 359.
Administration légale, 73, 81.
Adoption (droit romain), 41, 54* ss., 169, 326 ; (ancien droit), 79*, 81.
Adrogation, 41, 54*, 326, 332.
Adultère (droit romain), 52, 164, 170, 179, 180, 221, 230, 346 ; (ancien droit), 132, 149, 153, 155, 184, 196, 198, 201, 206, 215, 252.
Affatomie, 60, 372, 375, 386.
Affectio maritalis, 166.
Affiliation, 79, 286.
Affrèrement, 64, 83, 281.
Agape, 173.
Agnatio, v. Parenté agnatique, 92.
Agnatus proximus, 339* ss., 354.
AGRIPPINE, 168.
Aînesse, 339, 380, 393, 398, 401*, 409, 428, 445.
Aliéné, 123 ; v. Fou.
Alieni iuris, 40* ss., 165, 166, 223, 309, 312, 341.
Alliance (empêchement mariage droit romain), 167 ; (ancien droit), 195.
Alsacien (droit —), 27.
Ambitus, 94.
Ami charnel, 31, 62.
Andorre, 31, 434.
Animus, v. Possession.
ANTONIN LE PIEUX, 50, 54.
Arbitres de famille, 212.
ARGENTRÉ (d'), 16.
Armoiries, 61, 84, 405.
Arrêtistes, 17.
Arrhes, 164.
Ascendant (succession), 344 ss., 447.
Assises de Jérusalem, 26.
Aubains, 18, 417, 444, 465, 505.
Auctoritas, 91, 97, 103, 104.
Auctoritatis interpositio, 91.
Augment de dot, 281, 290, 497.

AUGUSTE, 50, 52, 98, 99, 170, 171, 180, 225, 237, 350.
Authentique *Aequalitas*, 283 ; — *Cessante*, 428 ; — *Praeterea*, 290, 435 ; — *Sacramenta pubertum*, 118 ; — *Sed hodie*, 149 ; — *Si qua mulier*, 142, 151 ; — *Sive a me*, 282.
Autorisation maritale (midi), 141* ; v. Puissance maritale ; — paternelle, v. Puissance paternelle.
Autorité relative de la chose jugée, 330.

Bagues et joyaux, 290.
Bans de mariage, 202, 205, 211, 215.
Basnage, 16.
Bâtards, 198, 380, 417, 465, 502, 516 ; — (légitimation), 209 ; v. Enfant naturel.
Béarn, 280, 382, 403, 429.
Bénédiction religieuse, 173.
Bénéfice de compétence, 229, 231 ; — d'émolument, 261, 268 ; — d'inventaire, 357, 425, 440.
Bien de famille, 227, 233, 310, 311.
Biens adventices, 49, 51.
Bigamie, 166.
Bonorum emptor, 332.
Bonorum possessio, 310, 327, 340, 350, 359, 362.
Bon père de famille, 94.
BOURJON, 17, 19.
Bref de mariage encombré, 135, 254.
BRETONNIER, 19.
BRODEAU, 16, 17.

CAMBACÉRÈS, 20, 21.
Capitis deminutio, 56, 90, 342.
Captation d'héritage, 334.
CATON, 99, 299, 311.
Cautio Muciana, 334.
Caution, 44.
Censeur, v. *Nota censoria*.
Centumvirs (tribunal des), 328.
Charivari, 138, 159.
CHARONDAS, 15.
CHASSENEUZ, 15.
Chevetaigne, 62.
CHOPIN, 15.
Chrenecruda, 60.
CICÉRON, 97, 351.
Circumscriptio adulescentium, 102.
Clan totémique, 30, 31, 32.
CLAUDE, 168.
Clause codicillaire, 318, 471, 521, 524 ; — dérogatoire, 472, 524 ; — pénale, 164, 319, 335.
Code civil, 21, 28 ; — d'Euric, 369 ; — Henri III, 528.
Codicille (droit romain), 89, 318* ; (ancien droit), 474, 519.
Coemptio, 98, 174*, 310.
Cognatio, 92 ; v. Parenté cognatique ; — *Spiritualis*, 30, 187, 201.
Cohabitation (obligation de), 220.
Cohéritier (droit romain), 314* ss., 334, 357.
Collatéral ordinaire, 345 ; — privilégié, 344 ss.
Collatio bonorum emancipati, 341, 359 ; — *descendentium*, 360 ; — *dotis*, 360 ; (ancien droit), 496.
COLUMELLE, 234.
Comitatus, 59, 61.
Commercium, 311.
Communauté (droit romain) ; — de biens entre époux, 234*, 238 ; — familiale, 58, 337* ss., 347, 358 ; (ancien droit) — (origine), 252, 259 ; (aux XVIe-XVIIIe s.), 260* ; (dans le Midi), 281 ; — continuée, 256, 270, 277 ; dettes de —, 258, 388 ; liquidation de la —, 267* ; — réduite aux acquêts, 263 ; — universelle, 276, 413.
Communautés, 6, 70*, 82 ; — taisibles, 63, 83, 270, 395, 489 ; — de village, 83.
Compensation, 229, 231.

Concubin (donations), 465, 502, 516.
Concubinat (droit romain), 52, 174* ss., 182 ; (ancien droit), 185, 242.
Condition immorale ou illicite, 313 ss., 318 ; — impossible, 313 ss. ; — résolutoire, 313 ; — suspensive, 313 ss., 318, 334.
Confarreatio, 174*.
Confiscation, 417.
Congrès (preuve par), 206.
Conjoint survivant, 343, 345.
Conquêts, 246, 257, 263 ; (pouvoir du mari), 264 ; v. Acquêts.
Conseil judiciaire, 101, 122 ; — de tutelle, 116.
Consortium, 43, 55, 163, 222, 358.
CONSTANTIN, 50, 52, 94, 96, 178, 179, 221, 312, 333, 351.
Continuation de la personne, 338, 349, 424, 434.
Contre-augment, 282.
Contribution des héritiers aux dettes, 355*, 423*.
Conubium, 167* ss.
Conventio in manum, 172, 181, 332.
Copropriété, 43, 327, 347.
COQUILLE, 15.
Corpus, 39 ; v. Possession.
Correction (droit de) des enfants, 50, 69, 73, 80, 117, 122 ; — de la femme, 129, 133, 140.
Coseigneurie, 65.
Cotutelle, 90.
Courtoisie d'Angleterre, 252.
Coutumes, 24, 26 ; géographie des —, 7 ; groupes de —, 8, 26 ; — familiales, 25 ; — d'option, 490, 495 ; — de préciput, 494.
Coutumiers, 25, 26.
Cretio, 351 ss.
Crimen suspecti tutoris, 95, 97, 105.
Culpa levis in abstracto, 95.
Culte domestique, 41, 43.
Curatelle (droit romain), 86 ss., 350 ; — des fous et des prodigues, 100* ss., 350 ; — des mineurs de vingt-cinq ans, 102* ss., 356 ; (ancien droit), 120 ; — de la femme, 141.
Curiales, 297.

DAGUESSEAU, 19.
Debitum coniugale, 132, 197.
Décrétale *quamvis*, 491, 497.
Deductio uxoris, 172* ss.
Defensor civitatis, 90.
Délai, v. *Spatium*.
Démission de biens, 477.
Dépouille, 417.
Descendants, v. *Liberi*.
Desponsatio, 184, 190.
Dessaisine-saisine (clause de), 467.
Dettes, v. Communauté, Femme, Succession, Transmission des —, 422.
Devoir d'affection, 50, 326* ss. ; — de fidélité, 221.
Dévolution de ligne à ligne, 438 ; — (cout. du Nord), 392, 399, 428.
Dexterarum iunctio, 172* ss.
DIDEROT, 210.
Diei cessio, 320, 321.
Dies cedens, v. *Diei cessio*.
Dies veniens, 321.
Dieux lares, v. Pénates.
Diffareatio, 176.
Disparité de culte, 170.
Dispense (succession : *remissio*), 313 ; — des empêchements de mariage, 197, 206.
Disponible, 457, 480*.
Divorce (droit romain), 49, 163, 169, 171, 176* ss., 230 ; (ancien droit), 198 ; (ép. révolutionnaire), 153, 212, 218 ; — par consentement mutuel, 212, 215.
Dol, 95, 99, 305.
DOMAT, 16.
Dominica potestas, 43.
Dominium, 43.
Domus, 39, 40, 51, 338, 358.

Don mobilier, 254 ; — mutuel, 513.
Donation (droit romain), 49, 89, 95, 223, 455* ss. ; — *ante* ou *propter nuptias*, 233* ss., 457 ; — d'ascendants, 457 ; — entre époux, 232, 234, 239, 456* ; — *mortis causa*, 316 ss., 323* ss., 334, 336 ; (ancien droit), acceptation, 501 ; capacité, 465, 502 ; conditions, 505, 507, 512 ; droit commun, 501* ; insinuation, 462, 464, 501 ; révocation, 462, 505* ; tradition, 461, 466 ; — à cause de mort, 77, 374*, 459, 462*, 468, 505 ; — entre époux, 254, 262, 466, 476, 506, 512 ; — de biens à venir, 504, 509 ; — par contrat de mariage, 276, 508 ; — *post obitum*, 375 ; — *pro anima*, 374, 383 ; — *propter nuptias*, 283, 284.
« Dormition » des actions, 109, 112, 118.
Dot (droit romain), 53, 93, 96, 99, 165, 173, 178, 219, 223* ss., 331, 347, 360 ; (époque franque), 242 ; inaliénabilité de la —, 141, 254, 282, 288* ; — mobilière, 289 ; restitution de la —, 285, 290.
Dotalicium, 246.
Douaire, 246, 248* ; (XVIe-XVIIIe s.), 271* ; — d'acquêts, 257 ; — des enfants, 18, 273*, 400, 428.
Double lien, 411*, 451.
Droit commun coutumier, 12, 28 ; — d'accroissement, 314 ; — de garde, v. Garde ; — de vie et de mort, 50 ; — français (professeurs de), 16 ; — romain (réception), 27 ; — vulgaire, 3, 23, 237, 377.
Du Moulin, 14.

Economie des formes, 326.
Edit *de alterutro*, 228, 231 ; — *de suspecto herede*, 356 ; — des mères, 436 ; — des secondes noces, 25, 290, 466 ; — *unde vir*, 435, 439.
Egalité des héritiers, 339 ss., 493.
Elemosinarius, 375, 460.
Emancipation (droit romain), 41, 49, 51, 55, 341, 359 ; (ancien droit), 74*, 77, 85, 114, 489 ; (ép. franque), 69, 387 ; — par mariage, 72, 74, 78, 81, 157 ; — par séparation, 71, 75.
Empêchement de mariage (droit romain), 167* ; d'ordre, 171.
Emptor familiae, v. *Familiae emptor*.
Enfant naturel (droit romain), 53* ss., 57, 89, 346 ; (ancien droit), 447, 449* ; v. Bâtard ; — chéri, 493, 495 ; — « pleurant », 252, 277, 282,
Engagement militaire, 74.
Enrichissement, 47, 92 ss., 231, 350, 352.
Envoi en possession, v. *Bonorum possessio*.
Entravestissement, v. Ravestissement.
Erasme, 34, 199.
Error communis, 333, 361.
Estimation, 225.
Etat civil, 211, 217.
Exception (procédure romaine), 93, 305.
Exclusion des filles, 380 ; — des filles dotées, 223, 280, 489*, 497.
Excuses légales, 89, 90.
Exécuteur testamentaire, 347, 355 ; (ancien droit), 375, 383, 460*, 463, 475*, 522.
Exhérédation (droit romain), 50, 166, 223, 325* ss. ; (ancien droit), 76, 207, 208, 505, 524* ; — officieuse, 525.
Exogamie, 168* ss.
Exposition (nouveau-nés), 50.

Factio testamenti, v. *Testamenti factio*.

Falcidie, v. Loi.
Faderfium, 371.
Familia pecuniaque, 55.
Familiae emptor, v. *Mancipatio familiae*, 302, 332, 355.
Famille (droit romain), 29* ss., 39* ss., 55, 337 ss. ; (ancien droit : généralités), 30 ; — souche, 65, 84.
Fara, 59.
Favor liberorum, 175, 177.
Favor testamenti, 90, 299* ss., 319, 327.
Femme (droit romain), v. Tutelle, 96* ss., 347 ; (ancien droit : autorisation de justice), 146, 155 ; (droit méridional), 140 ; (marchande publique), 137, 142, 149, 154 ; condition de la —, 126* ; contrats de la —, 136 ; dettes de la —, 137, 264 ; droits successoraux de la —, 58, 368 ; fidélité de la —, 132, 155, 188 ; hypothèque légale de la —, 261, 266* ; incapacité de la —, 144, 145* ; mandat tacite de la —, 142 ; obéissance de la —, 154 ; procès de la —, 136, 151, 155.
Fente, 344, 406, 411, 412*, 438, 448, 451.
Fiançailles, 164*, 190.
Fiction, 91, 93, 98, 300, 308, 318, 325, 328 ss., 353, 363.
Fidéicommis, 316* ss., 321*, 334 ; v. Substitution.
Fidepromissio, 355.
Fiduciaire, v. Fidéicommis.
Fils de famille, 44* ss.
Finport, 62.
Fisc (succession), 354.
Folie (v. Curatelle), 42, 328 ; (ancien droit), 108, 120, 193.
For, *forum*, 24, 28.
Formalisme, 300 ss.
Frérage, 406.
Fruits consommés, 361 ; — existants, 361.
Gage, 94, 225.
Gagières, 484.
Gain de survie, 234.
Garde, 51 ; — seigneuriale, 109*, 114 ; — royale, 110 ; — noble, 110, 113 ; — bourgeoise, 111, 114.
Gens, 39, 40, 42, 55, 100, 338.
Gestio pro herede, 351.
Gestion d'affaires, 92, 93, 101, 350, 361.
Grossesse (dissimulation), 52, 181.
GUENOYS, 16.
Guerre privée, 62.

HENRION DE PANSEY, 453.
Hereditas, v. Succession.
Hérédité jacente, 107, 352* ss.
Heres, 89, 293* ss. ; — *extraneus* ou *voluntarius*, 311, 350 ; — *suus et necessarius*, 43, 301, 311, 324 ss., 338* ss., 350.
Héritier apparent, 361.
HEVIN, 16.
Honor matrimonii, 166.
HORACE, 334.
Houdenisse, 112.
Hypothèque, 94, 96, 225, 231, 234.

Imbecillitas sexus, 97.
Impenses, 229* ss., 362.
Impubère, v. Tutelle.
Impuissance du mari, 52, 194, 206.
In iure cessio hereditatis, 360, 363.
Inaliénabilité, 94, 226, 234 ; (substitution), 528, 533 ; — des conventions matrimoniales, 262 ; — de la dot, v. Dot.
Incapacité, v. Tutelle.
Inceste, 168, 175, 186, 346.
Indignité, 333*.
Indivision, 357.
Infamie, 164.
Infantia, 38, 100.
Infirmitas concilii ou *sexus*, 97.
Ingratitude, 505, 525.
Insinuation (donation), 462, 464, 501 ; (substitution), 528, 533.

Insolvabilité, 87, 92, 96, 350, 352, 354, 356.
Institution contractuelle, 476, 509*, 535 ; — d'héritier, 309, 312* ss., 463, 469, 471, 474*, 509, 519 ; — conditionnelle, 530 ; — conjonctive, 314.
Intercessio, 99, 225, 226 ; — de la femme, 143.
Interdiction, 121, 123 ; v. Curatelle.
Interdit *adipiscendae possessionis causa*, 362 ; — possessoire, 235 ; — *quorum bonorum*, 362.
Intestat, 383 ; v. Succession *ab intestat*.
Inventaire, 95.
Irrévocabilité (des donations), 460, 484, 501, 503*, 509 ; (du testament), 471, 474.
Ius abstinendi, 356 ; — *capiendi*, 333, 351 ; — *liberorum*, 98, 351 ; — *prohibendi*, 358.

Joint-family, 358.
Jouissance légale, 49.
Juridiction domestique, 50.
Jus, 23.
Juveigneur (droit du), 382, 430.
JUVÉNAL, 176.

LAMOIGNON (Guill. de), 16.
LAURIÈRE (Eusèbe de), 15.
LA THAUMASSIÈRE, 16.
LEBRUN, 16.
Légitimation, 53* ss., 198, 209, 217.
Légitime, 481*, 491 ; — de droit, 484* ; v. Quarte.
Legitimi, 342.
Legs, 89, 228, 231, 316* ss., 334 ; — *de residuo*, 530 ; — partiaire, 322 ; — particulier, 522 ; — *per damnationem*, 317 ; — *per praeceptionem*, 317, 335 ; — *per vindicationem*, 317 ; — *sinendi modo*, 317 ; — universel, 520.
Lésion (partage), 442 ; — des mineurs, 103*, 118, 123.
Levitas animi, 97.
Liberi, 341 ss., 359.
Licitation, 442.
Lignage, 61, 66, 84, 381.
« Lit brisé », 71, 414, 416.
Loi (droit romain), *Cincia*, 336, 456 ; — des XII Tables, 42, 43, 101, 299, 339, 358 ; — *Falcidia*, 320, 323, 324 ; — *Furia testamentaria*, 320 ; — *Julia de adulteriis*, 170, 177, 220, 221, 225 ; — *Julia de fundo dotalis*, v. Loi *Julia de adulteriis* ; — *Julia de maritandis ordinibus*, 351 ; — *Papia Poppaea*, 351 ; — *Plaetoria* (ou *Laetoria*), 102 ; — *Voconia*, 311, 320, 322, 348 ; (ancien droit) — *Assiduis*, 266, 285, 289 ; — Falcidie, 482 ; — *Hac edictali*, 290, 466 ; — *Hereditas*, 477 ; — *Julia*, 288, 289 ; — *Majoribus*, 442 ; — *Scimus*, 425 ; — *Si familiae*, 442 ; — *Si pupilli*, 441 ; — *Si unquam*, 462, 506.
Loi Gombette, 22.
Loi Ripuaire, 22, 130, 369, 370.
Loi Salique (titre *de alodis*), 127, 368, 385.
Lois caducaires, 180, 324, 350* ss.
Lois germaniques, 22.
Lois de nivôse an II, 274, 447, 496, 507, 512, 514.
LOUET, 17.
LOYSEL, 15.
Lupercales, 39.
LUTHER, 34, 200.

Macédonien (sénatus-consulte), 56, 78.
Mainbournie, 69.
Main-commune (copropriété en), 277, 280, 382.
Maineté, 430.
Mainmorte, 380, 394*, 417, 418.
Mainplévie, 254, 278.

Maison, 32, 61, 65 ; v. *Domus*.
Majorat, 82, 472, 480, 534.
Majorité (ép. franque), 68 ; (droit féodal), 113 ; — des femmes, 113, 138.
Mancipatio familiae, 302* ss., 332, 360.
Mancipium, 43.
Mandat, 355.
Manus, 43, 220, 223 ; v. Mariage *cum manu*.
MARC AURÈLE, 90, 354.
Marchés (droit des), 24, 26.
Mariage (droit romain), 163* ss. ; conditions du —, 165 ss. ; dissolution du —, 175 ss. ; formes du —, 171 ss. ; — *cum manu*, 40, 97, 171* ss., 220, 343 ; — par achat, 174, 233 ; — putatif, 171 ; *sine manu*, 97, 171* ss., 220, 225, 232, 310, 360 ; (ancien droit), 33, 183* ; — à l'essai, 277 ; — avenant, 401, 490 ; — clandestin, 191, 201 ; contrat civil de —, 211 ; empêchement de —, 192 ; — des impubères, 190 ; indissolubilité des —, 186, 188*, 210 ; — par achat, 128, 184, 241; — par rapt, 243 ; — putatif, 198 ; sacrement de —, 188* ; théologie protestante du —, 200 ; — de la vassale, 113, 193 ; (ép. révolutionnaire), 211.
Masculinité, 339, 380, 400, 428.
Materfamilias, 175* ss., 219, 220.
Maternité légitime, 52 ; — naturelle, 52.
Matriarcat, 30, 126, 370.
Matrimonium, v. Mariage.
Matrona, 219.
Maxime, « Au coucher gagne la femme son douaire », 249 ; « Donner et retenir ne vaut », 466, 500, 503 ; « Douaire sur douaire n'a lieu », 249 ; « En mariage trompe qui peut », 193 ; « Feu et lieu font mancipation », 74 ; « Fiefs ne remontent », 415 ; « Fille dotée d'un chapel de roses... », 492 ; « Institution d'héritier n'a lieu », 474, 476 ; « Jamais mari ne paya douaire », 249 ; « L'acquêt du père est propre à l'enfant », 407 ; « Le mari est bail de la femme », 134 ; « Le mort saisit le vif », 418, 436 ; « Les tutelles sont datives », 116 ; *Minor restituitur*, 118 ; *Odiosa restringenda*, 13, 17 ; *Mobilia ossibus inhaerent*, 410, 420 ; « Propres ne remontent », 414, 438 ; « Puissance paternelle n'a lieu », 70 ; « Qui épouse le corps, épouse les dettes », 258 ; « Tous biens sont réputés acquêts... », 263 ; *Ubi emolumentum ibi onus*, 423 ; « Un parti tout est parti », 64.
Meilleur catel, 394.
Mésalliance, 192, 208, 217.
Meubles (succession aux —), 110.
Mineurs, v. Tutelle ; — en garde, 112 ; (donation), 462, 468, 471, 516 ; restitution du —, 118.
Mineur de vingt-cinq ans, v. Curatelle.
MIRABEAU, 446, 487, 526.
Morgengab, 243, 245, 249, 283.
Mort civile, v. *Capitis deminutio*.
Mucienne (présomption), 141, 285, 287.
Mundeburdium, 69.
Mundium, 67 ; — de la femme, 127, 157.

Negotiorum gestio, v. Gestion d'affaires.
Negotium claudicans, 91.
Nota censoria, 44.
Nouveau-né, v. Exposition.
Novelle, 18, 482 ; — 39, 352 ; — 115, 487, 505, 520 ; — 118, 411, 416, 432, 434* ; — 159, 527.
Nullité relative, 87.
Nuncupatio, 303, 305, 307.

Obligation alimentaire, 50, 52 ; — d'éducation, 52 ; — de doter, 50, 284, 287 ; — *ultra vires*, 355, 424, 434, 440, 475.
Odieux (droits), 13, 17.
Officium pietatis, v. Devoir d'affection.
Optio tutoris, 98.
Oratio Severi, 94, 101, 104, 225.
Ordonnance de 1454 (Montils-lès-Tours), 8 ; — de 1539 (Villers-Cotterêts), 206 ; — de 1560 (Orléans), 14, 204, 528 ; de 1566 (Moulins), 14, 528 ; — de 1579 (Blois), 14, 204, 205 ; — de 1629, 531 ; — de 1731, 19, 500 ; — de 1735, 19, 515, 518* ; — de 1747, 529.
Orfitien (sénatus-consulte), 343.
Orphanotrophe, 104.

Pactes sur succession future, 476, 491, 497.
PAPIEN, 22.
Parage, 62, 111, 115, 404*, 429.
Paraphernaux, 150, 155, 232* ss., 283, 287.
Parallélisme des formes, 176.
Parenté (droit romain), agnatique, 39, 100, 105, 337 ss. ; — cognatique, 40, 168, 337 ss. ; empêchement de —, 167* ss. ; — spirituelle, 169 ; (ancien droit), 30, 36 ; calcul de la —, 84, 196, 366-367, 391 ; empêchement de —, 186, 196* ; limitation de —, 84-85, 367 ; — spirituelle, 30, 187.
Parentèles, 31, 84*, 186, 366, 384, 391, 397 ; (an II), 447.
Parents (conseil des), 65, 114, 116, 119, 122, 129.
Pars bonorum, 331, 335 ; — *hereditatis*, 331, 335.
Part du mort, 257, 347, 371, 376, 386.
Partage, 339, 358 ss., 440.
Pater is est..., 51.
Paterfamilias, 40, 55, 56, 88, 89, 165, 221, 223, 283, 315, 324, 338.
Paterna paternis, 381, 387, 395, 406*, 414, 433.
Paternité naturelle, 52.
Patria potestas, 39* ss., 54, 55, 56, 89, 315, 324, 338, 340.
Patrimoine, 42, 45, 293* ss.
Pécule (droit romain), 44, 46, 47* ss. ; — *castrense*, 48* ; — profectice, 47* ; — *quasi castrense*, 48* ; (ancien droit), 69, 76.
Pecunia, 55 *(familia pecuniaque)*.
Pégasien (sénatus-consulte), 323.
Pénates, 42.
Pères de l'Eglise, 100, 166.
Perseverantia voluntatis, 336.
Persona, 57*.
Personnalité, 57, 86*, 296.
Personnalité des lois, 2, 22, 577.
Personne *incerta* (v. Personne morale), 311, 326.
Personne morale, 311 ss., 353.
Pétition d'hérédité, 360* ss., 363.
PLAUTE, 102, 106.
PLINE, 351.
Polygamie, 185.
POMPÉE, 176.
Possession, 92, 93, 235, 336, 353 ; — *momentaria*, 363.
Posthume, 311, 326*.
Postliminium, 310.
Potestas, v. Puissance ; *Patria potestas*.
POTHIER, 16, 17, 21.
Praedia rustica vel suburbana, 94.
Praetor tutelaris, 90.
Pratiques commerciales, 45.
Préciput, 360 ; coutumes de —, 494 ; — du conjoint noble, 250, 269.
Présomption (volonté), v. Fiction, *Tacitas* ; — de paternité, v. *Pater is est...* ; — de préciput, 361 ; — Mucienne, 232.
Prêtres (mariages des), 194, 201.

Privilège chirographaire, 96, 231.
Privilège paulin, 195, 198.
PROCULIENS, 325.
Prodigue, 108, 121, 123 ; (droit romain, v. Curatelle).
Propres, 410, 417, 437 ; (biens), 255 ; — de communauté, 255 ; suppression des —, 446 ; — de succession, 407, 483.
Prostitution, 51.
Puberté, 88, 166* ss.
Puissance familiale (droit romain), v. *Patria potestas*, *Vis ac potestas*.
Puissance maritale, 132, 147, 220, 237.
Puissance paternelle (droit romain), v. *Patria potestas* ; déchéance de la —, 51 ; (ancien droit) — franque, 67 ; — coutumière, 69 ; — du Midi, 75.

Quarte du conjoint pauvre, 255, 290, 435.
Quarte légitime, 329* ss. ; — Pégasienne, 323.
Querela inofficiosae donationis ou *dotis*, 331* ss., 456 ; — *inofficiosi testamenti*, 327* ss., 335.
« Querelle des femmes », 146, 260.
Quotité disponible, v. Disponible.

Rapport, 359, 492, 493, 496* ; — en moins prenant, 494, 496, cf. *Collatio*.
Rapt, 173 ; — de séduction, 207, 217.
Ravestissement, 10, 135, 252, 253, 277, 399, 513.
Récompenses, 261, 264.
Reddition de comptes, 87, 96, 102.
Régime dotal, 283* ; v. Dot.
Reichsrecht, 2.
Reipus, 127, 187, 370.
Religieux, 18, 444, 502.
Remariage, v. Secondes noces.
Remissio, 313.
Remotio tutoris, 105.
Remploi, 227, 254, 264, 285, 289.
Renonciation des filles dotées, 49* ; — à la communauté, 259, 268* ; — à la minorité, 118, 125 ; — à la succession, 354, 420 ; — à la succession future, 477, 491.
Représentation (droit romain), 87, 91, 92, 102, 105, 339, 347 ; (ancien droit), 490, 493 ; — à l'infini, 447, 448 ; — successorale, 368, 389, 396*.
Répudiation (mariage), 176* ss., 182, 221 ; — (succession), 352*.
Res nullius, 354.
Rescision, 327 ss., 331 ss.
Réserve, 480*.
Restitutio in integrum, 103, 105, 356 ss.
Rétention, 229 *ss.
Retour (de l'ascendant donateur), 415, 436*, 439, 468.
Retrait, 347 ; — à mi-denier, 265.
Reverentia, 220.
Révocation des donations, 456, 505 ; — des testaments, 307* ss., 524.
RICARD, 16.

SABINIENS, 325.
Sacra, 291, 349, 350.
Sacramentum in rem, 360.
Saint AMBROISE, 166.
Saint AUGUSTIN, 166, 168.
Saint JÉROME, 170.
Saint MATTHIEU, 177, 178, 179, 180.
Saint PAUL, 100, 106, 177.
Saisine, 418 ; — du donataire, 466 ; — de l'exécuteur testamentaire, 460, 463, 475 ; — de l'héritier, 474, 521 ; — du légataire, 522.
Salmann, 372, 460.
Saturnales, 455.
Sceaux (des femmes), 137, 159.
Secondes noces, 180, 182, 187, 466, 512 ; v. Edit des —.
Seminarium caritatis, 168.

SÉNÈQUE, 176.
Separatio bonorum, 356*.
Séparation de corps, 198, 209, 215, 217 ; — amiables, 199, 209.
Séparation des patrimoines, 440 ; — des biens, 258, 261, 266*, 285 ; v. *Separatio bonorum*.
SEPTIME SÉVÈRE, 94.
Serment, dispense de —, 119, 144 ; — du mineur, 119 ; — de Strasbourg, 4.
Servitude, 94, 225.
Silence, 352.
Sippe, 32, 59, 83, 384, 385.
Société d'acquêts, 281 ; — de tous biens, 235.
Sommation respectueuse, 72, 208, 214.
Souche, 339, 344.
Soutenance, 430.
Souveraineté, 55, 294.
Spatium deliberandi, 352, 357.
Sponsalia, v. Fiançailles.
Sponsalicium, 246, 279, 282.
Sponsio, 355.
Status civitatis, 57 ; — *familiae*, 57, 175, 178 ; — *libertatis*, 57.
Subscriptio, 304.
Substitution (droit romain) ; — d'héritier, 315* ss., 334 ; — de part, 52, 180 ; (ancien droit) — fidéicommissaire, 404, 445, 472, 477, 487, 527* ; — vulgaire, 471 ; publicité des —, 533.
Successeur irrégulier, 354.
Successio in locum, v. Représentation.
Succession (droit romain), 88, 105, 293* ss. ; — *ab intestat*, 49, 101, 227, 299, 307, 330, 337* ss. ; — en déshérence, 295, 320, 343 ; (ancien droit), (époque franque), 367 ; (code civil), 451 ; — anomale, 468 ; — aux fiefs, 392, 400 ; — de simple côté, 18 ; — des ascendants, 414* ; — des descendants, 396* ; — du conjoint, 435, 439, 446, 452 ; dettes de la —, 420*, 439, 475, 522 ; — par lits, 387, 399* ; rappel à —, 398, 490, 495, 511 ; — vacante, 417, 438.
Sui iuris, 41 ss., 53, 54, 86, 88, 97, 98, 166, 219, 223, 295, 338.
Superficie (droit de), 94.
Supplément de légitime, 492, 521.
Supposition de part, 52.
Suppression de part, 52, 180.
SYLLA, 176.

Tabellion, 306.
Tacitus, 308, 351.
Tempus lugendi, 171.
Terme extinctif, 313, 318.
Terra salica, 368, 393.
Tertia, 247, 250, 251, 283 ; — *collaborationis*, 244.
TERTULLIEN, 100, 173, 343.
Testament (droit romain), 53, 88, 89, 293, 299* ss. ; — *bonorum possessio secundum tabulas*, 304 ; — *calatis comitiis*, 301, 332 ; — *in procinctu*, 301, 332 ; — militaire, 305 ; — olographe, 306 ; — *per aes et libram*, 303 ; — prétorien, 304 ; — privilégié, 305 ; révocabilité du —, 304, 307 ss., 319 ; secret du —, 304 ; — tripartite, 306 ; (ancien droit), (ép. franque), 372 ; (XIIe-XIVe s.), 463 ; (Nord), 473 ; (Midi), 468 ; (capacité), 516, 536 ; (capacité du mineur), 18, 72, 77 ; — authentique, 518 ; — canonique, 470, 474 ; — par commissaire, 463 ; droit commun du —, 515 ; — de la femme, 134, 141, 147, 149 ; — du serf, 395 ; formes du —, 518 ; — militaire, 470 ; — mystique, 469, 474, 517 ; — nuncupatif, 469, 474, 527 ; — olographe, 374, 469, 475, 517, 524 ; partage par —, 529 ; publication du —, 470.

Testamenti factio, 309* ss., 333, 350, 351.
THEODORA, 171, 237.
Thinx, 60, 373, 386.
TIRAQUEAU, 15.
TITE-LIVE, 168.
Traditio, 93.
Translatio legati, 335.
Transmission des dettes, v. Dettes.
Trébellianique, 482, 532*.
Trébellien (sénatus-consulte), 323.
Tribunal de famille, 80, 122.
Tribunal domestique, 43.
Turbatio sanguinis, 171.
Turpis persona, 328.
Tutelle (droit romain) ; — des femmes, 96* ss. ; — des impubères, 86* ss., 350 ; (ancien droit), 115* ; — du sexe, 126, 157 ; — officieuse, 82.

Ultimogéniture, v. Juveigneur.
Unitas actus, 318.
Usucapio pro herede, 344, 353* ss., 363.
Usufruit, 49, 94, 225, 234.
Usurpatio trinoctii, 174.
Usus, 174*.
Vacance de la succession, v. Succession en déshérence, 338.
Velléien (sénatus-consulte), 99, 225 ; (ancien droit), 142*, 146, 151.
Venditio bonorum, 229, 350 ss., 354, 356.
Venia aetatis, 103, 104.
Vestales, 96.
Veufs (mariage des), 193.
Veuve, 138, 159, 184, 187, 512 ; — douairière, 272 ; droits de la —, 246, 250, 280, 290 ; (renonciation à la communauté), 259.
Viage, 430.
Vices du consentement, 166.
Vicini, 368, 379.
Viduité (délai de), 171*, 176, 180.
Vir caput mulieris, 100.
Vis ac potestas, 87.
VOET, 20.
Vol, 93, 95, 239.
Volksrecht, 2, 23, 379.
Volonté (interprétation de la), v. Fiction, *Tacitas*.
Voluntas testantis, 299, 307* ss., 324, 333.

TABLE DES MATIÈRES

PAGES

ABRÉVIATIONS V

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE VII

INTRODUCTION. — **Formation et esprit du droit coutumier** 1

Section I. — Le droit coutumier jusqu'au XVIe siècle 2
— II. — Les « groupes » de coutumes 8
— III. — Le droit commun coutumier 12

PREMIÈRE PARTIE

LA FAMILLE

CHAPITRE PREMIER. — **La famille romaine** 39

Section I. — Pragmatisme et opportunisme 45
— II. — Le maintien des principes 51

CHAPITRE II. — **La famille dans l'ancien droit** 58

Section I. — Communauté et lignage 58
— II. — La puissance paternelle 66

§ 1. L'époque franque 67
§ 2. La puissance paternelle en droit coutumier 69
§ 3. La puissance paternelle dans le Midi 75
§ 4. Le droit intermédiaire 80

CHAPITRE III. — **Tutelle et curatelle en droit romain** 86

Section I. — La tutelle des impubères 88

§ 1. Les différentes sortes de tutelles 88
§ 2. Fonctionnement de la tutelle 91

Section II. — La tutelle des femmes 96
— III. — La curatelle des fous et des prodigues 100
— IV. — La curatelle des mineurs de 25 ans 102

PAGES

CHAPITRE IV. — **Ancien droit : garde, tutelle et curatelle** 108

Section I. — La garde 109
— II. — La tutelle coutumière 115
— III. — Les fous et les prodigues 120
— IV. — Le droit intermédiaire 122

CHAPITRE V. — **Ancien droit : la condition de la femme** 126

Section I. — Les origines du droit français 127
— II. — La condition de la femme aux XIIIe et XIVe siècles 131
§ 1. Les pays de coutumes 133
§ 2. Les pays de droit écrit 139
Section III. — L'incapacité de la femme mariée 145
— IV. — De l'Ancien Régime au Code civil 152

DEUXIÈME PARTIE

MARIAGE ET RÉGIMES MATRIMONIAUX

CHAPITRE PREMIER. — **Le mariage romain** 163

Section I. — La formation du mariage 164
§ 1. Les conditions du mariage 165
§ 2. Les formes 171
§ 3. Le concubinat 174
Section II. — La dissolution du mariage 175

CHAPITRE II. — **Le mariage dans l'ancien droit** 183

Section I. — L'époque franque 184
— II. — Le droit canonique classique 188
— III. — La pratique gallicane 203
— IV. — Le droit intermédiaire 210

CHAPITRE III. — **Les rapports entre époux : la dot romaine** 219

Section I. — Les rapports personnels entre époux 219
— II. — Rapports patrimoniaux 222
§ 1. De la subordination à l'indépendance : la dot 223
§ 2. Les rapports de réciprocité et la collaboration entre époux 232

CHAPITRE IV. — **La communauté entre époux** 240

Section I. — Les origines franques 241
— II. — Le douaire 248
— III. — Les origines de la communauté 252

PAGES

Section IV. — **Le droit commun de la communauté (XVIe-XVIIe siècles)** 260

§ 1. La composition de la communauté 261
§ 2. Fonctionnement de la communauté 264
§ 3. La liquidation de la communauté 267
§ 4. Le douaire 271
§ 5. Le droit intermédiaire 274

CHAPITRE V. — **Le régime dotal du Midi** 279

Section I. — La **formation du régime dotal** 279
— II. — **Le régime dotal du XVIe au XVIIIe siècle** 286

TROISIÈME PARTIE

LES SUCCESSIONS

CHAPITRE PREMIER. — **Le testament à Rome** 299

Section I. — Les formes du testament 300
— II. — Les conditions de fond 309

§ 1. La « factio testamenti » active 309
§ 2. La « factio testamenti » passive 311
§ 3. L'institution d'héritier 312

Section III. — Libéralités à cause de mort faites à titre particulier (legs, fidéicommis, donations *mortis causa*) 316

§ 1. Conditions d'existence 317
§ 2. Effets des legs et fidéicommis 321
§ 3. Legs partiaire et fidéicommis d'hérédité 322
§ 4. Les donations *mortis causa* 323

Section IV. — Les successions déférées à l'encontre du testament 324

§ 1. L'exhérédation 325
§ 2. La *querela inofficiosi testamenti* 327

CHAPITRE II. — La succession *ab intestat* 337

Section I. — La communauté familiale 337
— II. — Le droit prétorien 340
— III. — La synthèse 343

CHAPITRE III. — La **technique** 347

Section I. — L'acceptation et la répudiation de la succession. 347
— II. — Effets de l'acceptation et de la répudiation 354
— III. — La fonction du droit de l'héritier 360

PAGES

CHAPITRE IV. — **Les origines du droit coutumier** 365
Section I. — Le droit successoral à l'époque franque 366
— II. — Les facteurs d'évolution..... 376

CHAPITRE V. — **Les principes du droit coutumier** 387
Section I. — La succession des descendants 396
— II. — La succession des collatéraux 406
— III. — Les droits des ascendants et des seigneurs ... 414
— IV. — La saisine et la transmission des dettes 418

CHAPITRE VI. — **La réception des idées romaines** 432
Section I. — Les pays de droit écrit 432
— II. — Les pays coutumiers 437

CHAPITRE VII. — **La dévolution successorale de 1789 à 1804** 444

QUATRIÈME PARTIE

LES DONATIONS ET LES TESTAMENTS

CHAPITRE PREMIER. — **Pratique et droit romain (XIe-XIVe siècle)**.. 459
Section I. — La réception des règles romaines 459
— II. — La donation 464
— III. — Les testaments dans les pays de droit écrit 468
— IV. — Le testament dans les pays de coutumes 473

CHAPITRE II. — **Les droits de la famille** 479
Section I. — La réserve héréditaire 480
— II. — L'exclusion des enfants dotés 489
— III. — L'égalité des enfants..... 493

CHAPITRE III. — **Le droit français** 499
Section I. — Le droit commun des donations 499
§ 1. Le régime juridique des donations 501
§ 2. Les donations dans les rapports de famille 508
Section II. — Le droit commun des testaments 515
— III. — Les substitutions fidéicommissaires 527

INDEX DES MATIÈRES..... 539