

ENIGME A L'EGARD DE L'ESQUIVE DU *MANUS* DE LA LOI DES XII TABLES ¹

UDC 347.61/64(37)

Mila Jovanović

Professeur à la Faculté du droit à Niš, Serbia • E-mail: mila@prafak.ni.ac.rs

Résumé. *Le but de ce travail est l'interprétation de la règle sur l'esquive du manus comme conséquence de l'usus, reconstruite selon Gaius, qui dit: "La Loi des XII tableaux prescrivait que la femme qui ne voulait pas de cette façon être soumise à manus de son époux doit chaque année s'absenter trois nuits (successivement) et de cette façon interrompre sa présence continue d'une année". En se heurtant aux interprétations existantes non adéquates et ne trouvant pas de solutions, Ihering a proclamé cette règle pour "l'énigme historique". Quoiqu'une telle idée, tant qu'on le sache, ne soit pas jusqu'à présent élaborée dans la romanistique, il semble que la solution pourrait être trouvée dans la tendance vers l'émancipation de la famille en face des communautés familiales plus larges et que la Loi des XII tableaux favorisait. La compréhension qu'il s'agissait des situations quand l'époux, au moment de la conclusion du mariage, était la personne alieni iuris et non nommé pour héres du testateur, semble la plus adéquate. En désirant sa propre famille séparée et tendant à ce que les biens de son épouse ne soient pas transférés dans la propriété du pater familias de son mari (par quoi ceux-ci pourraient être diminués ou même perdus pour les enfants du couple conjugal concret), le couple conjugal esquivait le manus jusqu'au moment où l'époux ne devienne pas la personne sui iuris ou au moins ne soit pas sûr qu'il deviendra, en tant que héres nommé, le chef de la famille. C'est en ce moment que s'établissait manus et les biens de l'épouse devenaient la propriété de l'époux et par cette voie, comme totalité, pouvaient être transférés aux enfants du couple conjugal. Pour les mêmes fins, dirait-on, servait aussi la règle de l'usucapio des res mancipi de l'épouse sous la tutelle de l'agnat, comme conjointe à la première, par laquelle on voulait empêcher que les biens de l'épouse dans le matrimoine sans manus, selon l'agissement de la présence continue, soient transférés au pater familias de l'époux. De toute façon, les deux règles, l'une comme l'autre, avaient pour le but la stimulation du processus de la désagrégation des communautés familiales larges, c'est à dire l'émancipation de la familiae en tant que famille patriarcale agnate plus restreinte, basée sur la propriété privée et personnalisée par pater familias.*

Les mots essentiels: *la Loi des XII tableaux; l'esquive du manus comme conséquence de l'usus; Ihering; "l'énigme historique"; l'époux était la personne alieni iuris.*

Received October 21, 2009

¹ Cet ouvrage (l'article) a été communiqué à la 52^{ème} session de la Société F. de Visscher (SIHDA) à Madrid, 1998. L'idée d'ouvrage a été acceptée et incluse à Stanojević, O.- Droit romain, Belgrade, 2001, p.148 et éditions postérieures.

Certaines institutions du plus ancien droit romain même jusqu'à nos jours ne sont pas suffisamment explorées, ce qui favorise particulièrement les préjugés sur les statuts de la femme, surtout dans les premiers siècles de la Rome antique.² A vrai dire, la conception traditionnelle de la femme come esclave de l'homme au début de l'histoire romaine, quoi que profondément enracinée, a dû être ébranlée par des recherches du XIX-me siècle.³ Mais, malgré ces découvertes révolutionnaires sur la grande appréciation de la femme au sein de la famille et dans la société de cette époque, même jusqu'aujourd'hui dans la littérature on est resté sur la conviction qu'il existait un écart entre la position juridique de la femme et celle qui était effective.⁴ Au fait, cependant, nulle grande différence n'existait pas, mais une telle compréhension, bien qu'elle présente une nouveauté importante dans la romanistique, est plutôt le résultat d'une interprétation inadéquate des règles anciennes et d'une trop grande confiance à l'authenticité de toutes les règles sauvegardées; d'autant plus que certaines d'entre elles, surtout celles du cadre des soi-disant *leges regiae*, c'est presque sûr, n'appartenaient pas du tout à l'époque à laquelle on les place.⁵

² Sur quelques préjugés à ce sujet l'auteur de ce travail a attiré l'attention dans sa thèse de doctorat (Jovanovic, M.: "La position de la femme dans le plus ancien droit romain", la Faculté de Droit à Belgrade, [Jovanovic, M.: "Polozaj zene u najstarijem rimskom pravu", Pravni fakultet u Beogradu], 1984). Ayant en vue les compréhensions traditionnelles au sujet de la soumission totale de la femme par rapport à l'homme, il n'était pas facile d'exposer une opinion différente. Parallèlement avec la valorisation des données hors juridiques et un aperçu sur les changements dans l'organisation économique et familiale, il a été nécessaire d'entrer plus profondément dans l'analyse de quelques vieilles règles par quoi on est arrivé à quelques idées qui, tant qu'on le sache, représentent une nouveauté dans la romanistique. Après une assez longue pause et avec des recherches supplémentaires, l'auteur a l'impression que ces idées sont tout à fait fondées et qu'il faut présenter au moins quelques unes d'entre elles au public scientifique, même avant la publication d'un travail monographique plus complet. C'est dans ce but que ce travail est fait. Quelques des idées sont suffisamment argumentée dans Jovanovic, M. – Commentaire de romain ancien *ius civile*, Livre première, *Leges regie*, Niš, 2002; Jovanovic, M. – Commentaire de romain ancien *ius civile*, Livre deuxième, La lois des XII tables (I-VI), Niš, 2007.

³ Encore Fustel de Coulanges attire l'attention sur les rapports effectives et la position appréciée de la femme dans l'ancienne famille romaine: "La cité antique", Paris, 1864. (traduction en serbe: "Anticka država", Belgrade, 1956.). Un aperçu général sur les anciennes sociétés, avec des remarques de passage sur la position de la femme, en s'appuyant sur Bachofen et Morgan, donne Engels: "L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat", la traduction en serbe, ["Poreklo porodice, privatne svojine i drzave"], Belgrade, 1976. A l'écart entre la position effective et juridique de la femme à Rome, parallèlement avec de nouvelles interprétations de certaines vieilles règles (nouvelles par rapport aux conceptions valables jusqu'alors) donne Gide, P.: "Etude sur la condition privée de la femme", Paris, 1885. Un aperçu au ancien droit romain, qui renvoie aux certains aspects de la position de la femme, donne Ihering, R.: "L'esprit du droit romain", Bologne-Paris, 1886-1888; Ihering: "Histoire du développement du droit romain", Paris, 1900.

⁴ Comme on l'a déjà souligné, Gide renvoie à l'écart entre la position juridique et effective de la femme particulièrement dans son oeuvre citée, en analysant en détails certaines interprétations des anciens rapports, qui sont d'une valeur particulière. Indirectement, Fustel de Coulange le fait aussi, particulièrement dans l'ancienne famille romaine. Parmi les auteurs contemporains, de l'écart entre la position effective et judiciaire de la femme, tout brièvement, s'occupe Simone de Beauvoir: "Deuxième sexe", Paris 1949, traduction serbe, ["Drugi pol"], Belgrade, 1982. Une analyse plus ample des données sur la position effective de la femme qui démontre l'écart avec le droit, donne Herrmann, Cl.: "Le rôle judiciaire et politique des femmes sous la République romaine", Bruxelles, 1964. Une revue plus détaillée de la littérature voir dans Jovanovic, M.: "La position de la femme dans le plus ancien droit romain", thèse de doctorat, la Faculté de Droit à Belgrade, 1984; aussi dans: Jovanovic, M. – Commentaire de romain ancien *ius civile*, Livre première, *Leges regie*, Niš, 2002; Jovanovic, M. – Commentaire de romain ancien *ius civile*, Livre deuxième, La lois des XII tables (I-VI), Niš, 2007. Autrement, et aujourd'hui très peu nombreux des auteurs renvoient à cet écart entre la position juridique et effective de la femme en Rome Ancienne.

Une des institutions insuffisamment explorée et sur laquelle il existe de différentes et même des opinions très fautives est celle du *manus*, c'est à dire *matrimonium cum manu*.⁶ Il n'est pas encore tout à fait effacée de la compréhension du *manus* comme la toute-puissance du mari à l'égard de la femme, malgré le fait qu'on a déjà au cours du siècle précédant on ait attiré l'attention sur la fausseté de cette compréhension.⁷ Quant à l'origine et la fonction originaire du *manus* il n'y a presque pas d'essais sérieux dans la littérature, surtout pas dans la plus récente, pour l'expliquer.⁸ Et en plus, relativement peu de lumière est projetée sur les changements économiques familiales immenses à l'époque de la naissance de la République romaine.⁹ C'est pourquoi il est dans quelque mesure compréhensible que l'interprétation de certaines règles de la loi des XII Tables rencontre de grandes barrières, quoi qu'on reste un peu étonné que dans ce sens on n'ait pas fait de progrès considérables depuis des essais faits au siècle précédent, c'est à dire, il est étonnant que très peu d'auteurs s'occupent de ces questions.¹⁰

⁵ Les doutes au sujet de l'authenticité de ce recueil ont apparu encore au XIX-me siècle. Plus de détails à ce sujet voir Jovanovic, M.: "*Leges regiae* (la question de l'authenticité)", Recueil des travaux de la Faculté de Droit à Nis, [Jovanovic, M.; "*Leges regiae* (pitanje autenticnosti)", Zbornik radova pravnog fakulteta u Nisu], 1984. Là-dessus aussi dans la thèse de doctorat du même auteur; aussi dans: Jovanovic, M. – Commentaire de romain ancien *ius civile*, Livre première, *Leges regie*, Niš, 2002.

⁶ A cause du manque des données il est assez compréhensible que seulement un petit nombre d'auteurs s'est lancé à l'étude des questions liées au *manus*, toutefois il est étonnant qu'on n'ait pas considérablement bougé des résultats des recherches de la fin du XIX-me et du commencement de ce siècle. Le travail de Lévy-Bruhl y fait une exception dans: "Nouvelles études sur le très ancien droit romain", Paris, 1947, particulièrement à travers l'argumentation de l'idée sur le mariage *sine manu* temporaire. Les auteurs yougoslaves ne se sont pas occupés de ce thème.

⁷ Les auteurs cités (De Coulange, Gide, Ihering) nient en effet la compréhension de *manus* comme quelque toute-puissance du mari sur la femme. Une argumentation particulière sur le *manus* comme institution de propriété est donné par Gide (Gide: "Etude sur la condition privée de la femme"), et au point de vue sens originaire de la notion du *manus*, d'importantes idées expose Ihering, (Ihering: "Esprit du droit romain"; "Histoire du développement du droit romain").

⁸ A côté des observations précieuses (des les travaux cités), qui sont, dirait-on très argumentées.. une contribution à l'éclaircissement de cette question est donné aussi par Girard (Girard, P.: "Manuel élémentaire du droit romain", Paris, 1918), en accentuant que le *manus* précède l'institution du *patria potestas*. Un peu plus là-dessus voir chez Jovanovic: "Position de la femme dans le plus ancien droit romain", pages 124-137; aussi dans: Jovanovic, M. – Commentaire de romain ancien *ius civile*, Livre deuxième, La lois des XII tables (I-VI), Niš, 2007.

⁹ Un retour général sur l'organisation de l'ancienne famille romaine, quoique incomplet, à cause du manque des données et de la recherche insuffisante, est donné par Engels ("Origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat"). Précieuses observations, quoi qu'allant avec quelques compréhensions fautives, expose Gaudomet, J.: "Les communautés familiales", Paris, 1963. Des conceptions particulièrement importantes expose Stojcevic, en donnant indirectement la contribution à l'écroulement du mythe de la soumission absolue de la femme dans l'ancienne Rome, quoi que n'avant pas ça pour le but. Il donne un aperçu sur l'ancienne organisation économique et familiale dans plusieurs de ses travaux, par ex. Stojcevic, D.: "*Uti legassit* de la loi des XII Tables", Annales de la Faculté de Droit à Belgrade, [Stojcevic, D.: "*Uti legassit* Zakona XII tablica", Anali Pravnog fakulteta u Beogradu], 1959; "*Adgnatus proximus*" (Droit de l'antiquité et sociologie juridique), Paris, 1959; "*Gens, consortium, familia*", Recueil des travaux de la Faculté de Droit à Novi Sad, [Stojcevic, D.: "*Gens, consortium, familia*", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu], 1968; "Les formes de propriété dans l'ancienne Rome", Recueil des travaux de la Faculté de Droit à Novi Sad, [Stojcevic, D.: "Oblici svojine u starom Rimu", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu], 1977. Il faut mentionner dans ce sens aussi la compréhension de Monier que la tutelle testamentaire, qui selon l'auteur des innovations de la loi des XII Tables, contribue à l'émancipation de la famille en face des communautés familiales plus larges (Monier, R.: "Manuel élémentaire de droit romain", Paris, 1935).

¹⁰ Revue des travaux donnée chez Jovanovic, M.: "*Leges regiae* (question de l'authenticité)", Recueil des travaux de la Faculté de Droit à Nis, 1984; "La tutelle sur les femmes dans la Rome antique (quelques autorisations des tuteurs)", Recueil des travaux de la Faculté de Droit à Nis, [Jovanovic, M.: "Tutorstvo nad

Selon l'opinion régnante dans la romanistique, soutenue par de nombreux donnés, le mariage avec *manus* était dominant durant les premiers siècles de l'histoire romaine.¹¹ Cependant, en jugeant selon les donnés des *Institutiones* de Gaius, incluses dans la reconstruction de la loi des XII Tables, déjà selon cette loi, la femme a pu esquiver le *manus*, dans le cas quand Celui-ci est basé sur *usus*, à travers le soi-disant *usurpatio trinoctii*.¹² Car, Gaius dit: "La loi des XII Tables prescrivait que la femme qui ne désirerait pas par cette voie (*usu*) aboutir sous *manus* de son mari doit chaque année être absente trois nuits (successivement) et d'interrompre de cette manière sa présence incessante d'une année".¹³ Ayant en vue le caractère de l'oeuvre de Gaius, il n'y a pas de doute au sujet de l'authenticité d'une telle règle, quoi que l'interprétation de son sens ne soit pas facile.¹⁴

Usus comme la façon d'instituer *manus* prouve que selon la loi des XII Tables il existe *sine manu* mariage temporaire, probablement comme institution instaurée déjà auparavant; car c'est seulement après la durée d'une année incessante du mariage que le *manus* s'institue.¹⁵ Cependant, à l'aide de la règle citée de la loi des XII Tables, par l'intermédiaire d'*usurpatio trinoctii* on pouvait prolonger l'état du mariage *sine manu* temporaire. C'est cette règle qui vraiment, comme nombreux auteurs l'estiment, présente le vrai fondement du futur mariage sans *manus*; mais, il est presque sûr qu'à l'époque de la création de la loi des XII Tables celle-ci n'a pas eu pour son but fondamental un tel mariage. Son sens a dû être différent. C'est pourquoi il est tout à fait compréhensible qu'Ihering y voit une "grande énigme historique", considérant que le mariage *sine manu* durable est incompatible avec "l'organisation de la maison romaine" d'alors, c'est à dire de la famille romaine.¹⁶ Mais, la raison de cette incompatibilité n'était pas avant tout, comme

zenama u antickom Rimu (neka ovlascenja tutora)", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nisu], 1985; "Rome de l'époque de Romulus - patriarcal ou matriarcal?", Recueil des travaux de la Faculté de Droit à Nis, [Jovanovic, M.: "Rim iz doba Romula - patrijarhalni ili matrijarhalni?", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nisu], 1986; aussi dans: Jovanovic, M. – Commentaire de romain ancien *ius civile*, Livre première, *Leges regie*, Niš, 2002; Jovanovic, M. – Commentaire de romain ancien *ius civile*, Livre deuxième, La lois des XII tables (I-VI), Niš, 2007.

¹¹ Une telle compréhension est plaidée aussi par Lévy-Bruhl: "Nouvelles études sur le très ancien droit romain", page 77, en estimant que le *sine manu* mariage temporaire existait depuis toujours et que le *manus* était toujours fondé sur *usus*. Cette deuxième affirmation ne paraît pas suffisamment argumentée, au sujet de quoi certaines observations sont données dans la thèse mentionnée (Jovanovic: "Position de la femme dans le plus ancien droit romain", pages 137-148); aussi dans: Jovanovic, M. – Commentaire de romain ancien *ius civile*, Livre deuxième, La lois des XII tables (I-VI), Niš, 2007.

¹² Loi des XII Tables, VI, 4 (éd. Danilovic-Stanojevic: "Textes du droit romain (manuel pour exercices)", [Zakon XII tablica, VI, 4 (izd. Danilovic-Stanojevic: "Tekstovi iz rimskog prava (praktikum za vezbe)"], Belgrade, 1970.

¹³ Gaius: "*Institutiones*", I, 111 (traduction en serbe Stanojevic, O. - Gaj: "*Institucijé*", Belgrade, 1982.): *Usu in manum conveniebat quae anno continue nupta perseverabat; quia enim vehiti annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat. Itaque lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo usum cuiusque anni interrumpet...* La loi des XII Tables, VI, 4.

¹⁴ Sur l'importance de l'oeuvre de Gaius voir Stanojevic, O.: "*Gaius noster*", apport à l'histoire de la science juridique romaine, [Stanojevic, O.: "*Gaius Noster*", prilog istoriji rimske pravne nauke], Belgrade, 1976.

¹⁵ Là-dessus voir dans l'oeuvre citée de Lévy-Bruhl ("Nouvelles études..."); aussi chez Jovanovic: "Position de la femme dans le plus ancien droit romain", p. 137-148; Jovanovic, M. – Commentaire de romain ancien *ius civile*, Livre première, *Leges regie*, Niš, 2002; aussi dans: Jovanovic, M. – Commentaire de romain ancien *ius civile*, Livre deuxième, La lois des XII tables (I-VI), Niš, 2007.

¹⁶ Ihering, R.: "Esprit du droit romain", p. 187-188.

nombreux auteurs l'estiment, dans le pouvoir absolu du chef de la *familiae*" ou du mari,¹⁷ mais dans le fait que le mariage de cette époque, selon l'ensemble de circonstances sociales et familiales, présentait une communauté totale du mari et de la femme: personnelle, propriétaire et religieuse, et ceci a pu être atteint seulement par *manns*. C'est pourquoi il est tout à fait probable qu'à travers la règle citée on sous-entendait la prolongation de l'état provenant du *sine manu* mariage temporaire seulement pour un nombre déterminé d'années, c'est à dire que le besoin l'exige, pour, plus tôt ou plus tard, instituer *manus* qui, en aucun cas, ne présentait aucune omnipotence du mari par rapport à la femme.¹⁸

L'esquive du *manus* selon la loi des XII Tables, même si c'était pour une courte délai, présentait sans doute un changement très important dans les relations conjugales et familiales au sens plus large; un changement pour lequel il existaient des raisons pesantes. Il est, cependant, très difficile de définir ces raisons. Autrement parlé, il est très difficile d'interpréter avec sûreté la règle citée, ainsi que certaines autres règles de la loi des XII Tables, particulièrement de l'aspect du statut de la femme, dont, c'est presque sûr, règne une opinion fautive chez la plupart des romanistes.¹⁹ L'ancienne époque de Rome n'est toujours pas suffisamment éclairée, avant tout à cause du manque des documents sauvegardés, à cause de l'inauthenticité de certains donnés, ce qui cause des interprétations fausses des relations juridiques, mais aussi des relations factices d'alors dans la famille, aussi bien que dans la société comme totalité. Une approche, relativement simpliste (partiel) de certains chercheurs, c'est à dire un rapport insuffisamment critique à l'égard des sources des siècles postérieurs, à travers lesquelles on traite l'époque de la loi des XII Tables, y contribue considérablement, dirait-on; un rapport donc qui omet de voir l'évolution de certaines institutions, c'est à dire les changements que celles-ci ont subi avec le temps.

A savoir: l'ancien sens de maintes institutions, dont le nom on garde toujours, en quelque chose a été changé même avant l'adoption (l'acceptation) de la loi des XII Tables et en plus grande mesure sera changé au cours des siècles postérieurs, en formes d'interprétations et compréhensions correspondantes appliquées aux nouvelles circonstances sociales et familiales. D'ailleurs, il est connu qu'un des plus grands problèmes dans l'analyse des vieilles institutions en général et particulièrement celles qui touche le statut de la femme,²⁰ c'est la détection des changements au sein d'une institution, connue au cours des siècles sous le même nom, mais avec le sens, le but et la fonction différents dans les périodes différentes de

¹⁷ Telles idées exposent par ex. Boras-Margetic: "Droit romain", [Boras-Margetic: "Rimsko pravo"], Zagreb, 1980, p. 11, ainsi que certains autres auteurs.

¹⁸ La négation de l'affirmation de la toute-puissance du mari peut-être rencontrée dans les oeuvres citées de Gide, Ihering et Engels, ainsi que des autres, mais Gide accentue particulièrement (Etude sur la condition privée de la femme) que le *manus* sous-entendait le rapport de propriété. Plus de détail là-dessus, comme on l'a déjà dit, dans la thèse citée de M. Jovanovic, pages 124-137.

¹⁹ L'erreur de telles compréhensions est suffisamment argumentée, nous estimons, chez Jovanovic, M. dans: "La position de la femme dans le plus anciens droit romain", thèse de doctorat, la Faculté de Droit à Belgrade, 1984; aussi dans: Jovanovic, M. – Commentaire de romain ancien *ius civile*, Livre première, *Leges regie*, Niš, 2002; Jovanovic, M. – Commentaire de romain ancien *ius civile*, Livre deuxième, La lois des XII tables (I-VI), Niš, 2007.

²⁰ Un problème particulier dans ce sens représentent les soit disants Lois des rois (*Leges regiae*), qui, au sujet du statut de la femme représentent, dirait-on, la falsification de l'histoire. A ce sujet voir plus dans la même thèse de doctorat, ainsi que dans Jovanovic, M.: "*Leges regiae* (question de l'authenticité)", Recueil des travaux de la Faculté de Droit à Nis, 1984; aussi dans: Jovanovic, M. – Commentaire de romain ancien *ius civile*, Livre première, *Leges regie*, Niš, 2002.

l'histoire romaine. Et, un des plus dangereux piège qui guette le chercheur c'est l'attribution du sens postérieur d'une institution à sa forme antérieure et à l'époque précédente au temps, dans lequel, le but de l'institution, oublié avec le temps de la pars des Romains, a été tout à fait différent. Par exemple, jusqu'à la loi des XII Tables, grâce aux importants changements sociaux et familiaux il y a eu de certains changements dans le caractère du *manus* et au cours des siècles qui suivent il a été complètement oublié le sens initial du *cum manu* mariage, comme instrument du changement révolutionnaire, c'est à dire le passage de la parenté et l'héritage matriarcal à la parenté et l'héritage patriarcal.²¹ Le sens de certaines autres institutions a été aussi oublié, par ex. *patria potestas*, considérée de la part des juristes romains comme institution toujours existante, quoi que celle-ci ait pu être née à peine avec la naissance de la famille.²² La filature efficace de l'évolution de certaines institutions est sans doute un travail difficile des romanistes, mais sans doute aussi la découverte de leurs sens originaires est encore plus difficile, surtout quand il s'agit des institutions très anciennes, particulièrement celles qui touchent les rapports du sex. Dans de tels cas il faut, autant que ça soit possible, se libérer des stéréotypes formés dans les sommaires de la littérature sur le droit romain classique, accéder à une analyse des plus anciennes règles juridiques, attribuer le vrai sens aux sources hors juridiques et observer plus profondément que possible les anciens rapports économiques, familiaux et sociaux romains.

A travers des transformations sociales et celles de la famille, extrêmement orageuses à l'époque de l'adoption (l'acceptation) de la loi des XII Tables, de nouvelles institutions propriétaires et familiales étaient nées. *Patria potestas* du *pater familias* et la propriété individuelle privée étaient nées, c'est à dire on brisait la large communauté familiale (*consortium*), basée sur la propriété collective et l'égalité des *agnats* de la même génération et la nouvelle *familia* est née, comme un groupe beaucoup plus restreint, basé sur la propriété privé et personnifié par, à sa tête, *pater familias*.

A travers de tels changements révolutionnaires, exprimés en effet par les règles de la loi des XII Tables,²³ de la mémoire des Romains, se brise et s'éloigne de plus en plus, le sens originare du *manus* comme expression de la puissance de la large communauté familiale et de tout ce qui la faisait telle.²⁴ L'expression *manus* est gardée uniquement

²¹ Là-dessus voir plus dans la thèse citée (Jovanovic, M.: "Position de la femme dans le plus ancien droit romain", p. 124-137 et plus loin). Il est un peu étonnant que jusqu'à présent, tant qu'on le cache, on n'a pas rencontré une telle compréhension dans la romanistique, alors que celle-ci nous semble tout à fait fondée et qu'on peut solidement l'argumenter. En réalité, grâce aux recherches des auteurs du passé, il ne faut qu'un seul pas pour une telle conclusion.

²² Sur la naissance de la famille, à la tête de laquelle est *pater familias*, comme la personne qui a le pouvoir dans la famille (*patria potestas*) voir plus chez Stojcevic, D.: "*Gens, consortium, familia*", ainsi que dans d'autres travaux du même auteur.

²³ A travers la loi des XII Tables (V, 3) on légalise, par exemple, le droit de tester, donc la possibilité que les biens soient transférés à l'individu hors du cercle des agnats du testateur du groupe plus large de la famille. Dans la même règle on permet au testateur de nommer le tuteur au testant et aux autres membres dans la famille, par quoi il a pu aussi esquiver les agnats. La Loi (V, 10) prévoit, c'est à dire légalise les demandes de partage, par lesquelles on rompt avec la communauté familiale et de propriété. La règle sur l'esquive du *manus*, ainsi que celle sur des *res Mancipi* de la femme, comme on le verra dans ce travail, aidait aussi de sa part la dégradation des larges groupes familiaux et, de l'autre côté, aidait l'émancipation de la famille.

²⁴ Du sens originare du *manus*, comme notion plus ancienne au *patria potestas* et plus large du *manus* lié au mariage, quelques observations sont exposées par Ihering dans des travaux cités: "Esprit du droit romain"; "Histoire du développement du droit romain". Au sujet des compréhensions d'Ihering et quelques-unes encore

chez le mariage, mais avec le temps, même ici, le mot change sa signification. De l'esprit des Romains s'efface le fait que la fonction originaire du mariage avec *manus* était la transformation, c'est à dire l'institution d'une nouvelle forme de parenté et une nouvelle forme de l'héritage basée sur celle-là, c'est à dire patriarcal à la place du matriarcal.²⁵ On oublie, comme Girard le dit, quoi que dans un autre contexte: "que le pouvoir sur les enfants provient du pouvoir sur la mère".²⁶ Bien sûr, ce "pouvoir", dans son essence, est loin de la signification qu'on attribue souvent à l'époque de la Rome ancienne. Au début, il était d'un caractère tout à fait symbolique, précisément dans le but de la transformation de la parenté et de l'héritage et par là la liaison des enfants à la famille du père, à la place de celle de la mère.²⁷

Au moment où la parenté patriarcale et l'héritage étaient devenues coutume, on oublie que celle-ci a été instituée précisément par le mariage *cum manu*. Cependant, on retient, non seulement à l'époque de la loi des XII Tables mais aussi plus tard, son sens de la liaison de la femme à la famille du mari, mais aussi une possibilité était née que les enfants héritent le père même quand la femme n'a pas abouti sous le *manus* de son mari.²⁸ Cependant, il fallait que bien d'années passent après la loi des XII Tables pour que le mariage sans *manus* (*sine manu*) en emporte. Au cours de ces années le *manus* survivait de nouvelles transformations et en même temps, dans l'esprit des Romains changeait l'image sur lui et pratiquement on oubliait son ancien contenu. A l'époque classique on commençait à considérer le *manus* comme le pouvoir absolu sur la femme, comme prétendument toujours existant. A l'époque du patriarcat déjà bien instauré, de paire avec les tendances manifestées de plus en plus fortement, une telle image sur *manus* semblait aux Romains comme tout à fait réelle, c'est pourquoi Livie (Livius) a pu, sans hésitation, dire que la femme se trouvait toujours dans le *manus* de quelqu'un: du père, du mari, du frère.²⁹ Grâce à une telle compréhension des Romains des siècles postérieurs et la

dans ce sens voir plus chez Jovanovic: "Position de la femme dans le plus ancien droit romain", p. 124-137 et plus loin; aussi dans: Jovanovic, M. – Commentaire de romain ancien *ius civile*, Livre deuxième, La lois des XII tables (I-VI), Niš, 2007.

²⁵ Là-dessus aussi chez Jovanovic: "Position de la femme dans le plus ancien droit romain", p. 124-137 et plus loin.

²⁶ Girard, P.: "Manuel élémentaire du droit romain", Paris, 1918, p. 150-151.

²⁷ Les données hors juridiques de la position effective de la femme dans l'ancienne famille romaine, ainsi que dans la société, montrent en effet que la femme était très appréciée et respectée, c'est à dire elle n'était pas, comme on le pensait auparavant, presque l'esclave de l'homme. Quelques uns de ces données ont été commentés par Hermann, Cl.: "Le rôle judiciaire et politique des femmes de la République romaine", Bruxelles, 1964. Une revue plus ample et avec plus de détails sur les données hors juridiques, y incluses de nombreuses légendes et mythes (qui sans doute contiennent le grain de la vérité) est donnée chez Jovanovic: "Position de la femme dans le plus ancien droit romain", p. 238-357; aussi dans: Jovanovic, M. – Commentaire de romain ancien *ius civile*, Livre deuxième, La lois des XII tables (I-VI), Niš, 2007. Outre De Coulanges (Cité antique) et autres auteurs cités, une vraie importance aux légendes est attribuée par un des rares parmi les auteurs de la fin du siècle passé et du début du notre et qui s'est occupé de la position de la femme à travers l'histoire, Bebel A.: "La femme et le socialisme", traduction de l'allemand, [Bebel, A.: "Zena i socializam", prevod sa nemackog], Belgrade, 1956.

²⁸ D'après la loi des XII Tables une telle possibilité n'existait pas, comme Girard¹ l'accentue (Girard: "Manuel élémentaire du droit romain", p. 151). D. n'y a pas de données sur la possibilité que le père avait pu nommer pour héritier aussi le fils du *sine manu* mariage, ce qui n'était pas impossible, mais il est presque sûr que c'est à peine après la réforme prétorienne de l'héritage in testamentaire que les enfants succèdent le père même dans le mariage sans *manus*.

²⁹ Livius: "Ab urbe condita", XXXIV,2,7.

confiance aux certains des anciennes règles (disons *leges regiae*),³⁰ dans la romanistique ont été formées des compréhensions fautives sur quelques caractéristiques des anciens rapports conjugaux et familiaux, surtout à l'égard du statut de la femme.³¹ Et quand il s'agit des règles citées, ainsi que des certaines autres de la loi des XII Tables, ne s'incorporant dans la mesure suffisante dans l'image déjà formée sur le statut de la femme, le plus souvent observée isolément les unes des autres et sans suffisamment profondes pénétrations dans l'essence des circonstances sociales et familiales d'alors, même jusqu'aujourd'hui celles-ci n'ont pas reçu d'explications adéquates.

Comme il est déjà mentionné, un nombre extrêmement petit de romanistes s'occupaient des règles citées et, généralement parlé, un nombre relativement petit d'auteurs s'occupaient des anciennes relations conjugales et familiales romaines, particulièrement des question qui touchent le statut de la femme. H est étonnant que seulement un petit nombre de romanistes modernes s'aperçoit de la vraie importance des recherches faites par les pionniers du siècle passé dans ce domaine et qui ont brillamment éclairé certains aspects des plus anciennes circonstances sociales et familiales romaines. Les auteurs comme Fustel de Coulanges, Gide et Ihering, bien que sans pouvoir résoudre toutes les énigmes de l'époque de l'ancienne Rome, ont tracé des voies pour de nombreuses solutions. Morgan, Engels et Bebel ont considérablement contribué à éclairer cette époque.³² Plus tard, Girard, bien que plutôt indirectement, touche certaines questions.³³ Dans la littérature plus récente, un peu plus d'attention à la vieille époque de Rome est consacrée par Lévy-Bruhl, avec des idées intéressantes et originales sur le mariage.³⁴ Quoi que touchant en bref l'ancien Rome, Ana Bozic accepte les attitudes de Gide; et Claudine Herrmann les enrichit, en exposant de nouveaux arguments et en valorisant à juste titre quelques unes de vieilles légendes.³⁵ Un solide aperçu général sur la position de la femme à Rome donne Simone de Beauvoir.³⁶ Une contribution importante à l'éclairage de certains aspects des rapports sociaux, économiques et dans la famille, durant les premiers siècles de la Rome antique, a été donnée par Stojcevic.³⁷ Du point de vue position de la

³⁰ A propos des *leges regiae* voir la thèse de doctorat et l'article cité de M. Jovanovic: "*Leges regiae* (question de Pautenticité)", Recueil des travaux de la Faculté de Droit à Nis, 1984; aussi dans: Jovanovic, M. – Commentaire de romain ancien *ius civile*, Livre première, *Leges regie*, Niš, 2002.

³¹ Comme c'est déjà en plusieurs reprises mentionné, c'est justement à ces préjugés, c'est à dire à la correction des erreurs dans la compréhensions sur le statut de la femme, a été consacrée la thèse de doctorat de l'auteur de ce travail. L'importance de cette question mérite sans doute beaucoup plus d'attention qu'on la lui a consacré, c'est pourquoi l'auteur de ce travail publiera aussitôt un aperçu monographique plus complet se rapportant à la position juridique et effective de la femme durant tous les siècles de la Rome antique.

³² Fustel de Coulanges: "Cité antique", Paris, 1864; Gide, P.: "Etude sur la condition privée de la femme", Paris, 1885; Ihering, R.: "Esprit du droit romain", Bologne-Paris, 1886-1888; Ihering: "Histoire du développement du droit romain", Paris, 1900; Engels: "Origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat"; Bebel: "Femme et le socialisme", traduction en serbe, ["Zena i socijalizam"], Belgrade, 1956.

³³ Girard, P.: "Manuel élémentaire du droit romain", Paris, 1918, par ex. p. 150 et plus loin.

³⁴ Lévy-Bruhl: "Nouvelles études sur le très ancien droit romain", Paris, 1947.

³⁵ Herrman, CL: "Rôle judiciaire et politique des femmes sous la République romaine", Bruxelles, 1964.

³⁶ Simone de Beauvoir: "Deuxième sexe", première partie, traduction serbe, Belgrade, 1982.

³⁷ Stojcevic, D.: "*Uti legassit* de la loi des XII Tables", Annales de la Faculté de Droit à Belgrade, 1959; "*Adgnatus proximus*", Paris, 1959; "*Gens, consortium, familia*", Recueil de la Faculté de Droit à Novi Sad, 1977. Sur quelques aspects du pouvoir paternel dans la vie effective est montré chez Stojcevic: "Droit privé romain", [Stojcevic, D.: "Rimsko privatno pravo"], Belgrade, 1968, p. 76, en relevant qu'il ne s'agissait pas de la toute-puissance du *pater familias*.

femme, position juridique et factice, aux premiers siècles de Rome, a été consacrée la thèse de troisième cycle de l'auteur de ce travail, dans laquelle on utilise des résultats précieux des auteurs cités, ainsi que de certains autres, avec un essai, on dirait réussi, de donner de nouvelles interprétations de quelques unes des anciennes règles et de nouvelles compréhensions de quelques anciennes institutions.³⁸

Un petit nombre d'auteurs, qui s'occupent de l'explication du sens de la règle citée de la loi des XII Tables, expose des opinions différentes. Lévy-Bruhl considère que l'esquive du *manus* de la loi des XII Tables exprime une nouvelle tendance vers l'émancipation de la femme, dans le cadre d'une tendance générale vers l'émancipation de l'individu dans le cadre de nouvelles circonstances économiques et familiales.³⁹ Le grand mérite de cet auteur est qu'il attire l'attention sur l'existence du *sine manu* mariage temporaire même avant la loi des XII Tables et qu'il accentue quelque forme de l'indépendance de la femme, pour la différence des autres opinions traditionnelles.⁴⁰ Mais, il est difficile d'expliquer la règle citée de cette façon, parce que les conditions de la vie dans cette époque ne permettaient pas encore une individualisation accentuée de l'individu, indépendamment du sexe. Claudine Herrmann accepte cette opinion et l'élargit, en estimant que la loi des XII Tables permettait à la femme d'éviter le *manus* pour ses intérêts personnelles et propriétaires.⁴¹ Restant hors du *manus* elle a pu hériter son père et, en plus, considère l'auteur, le pouvoir du père était plus proche que celle du mari.⁴² Autrement dit, elle considère, comme Simone de Beauvoir, que le pouvoir partagé entre le mari et le père, permettait à la femme une plus grande liberté que le *manus*.⁴³ Ceci peut-être exact, mais plutôt pour la période plus postérieure de l'époque romaine que pour la période citée, pendant laquelle il n'y avait pas encore, à l'égard de la femme, *de facto* très appréciée, de pouvoir très accentué ni du père, ni du mari, ni du tuteur.⁴⁴ Son exposé l'auteur conclut par la constatation que la règle citée "présente déjà le germe de l'émancipation de la femme et que cette règle fera aussitôt du mariage *cum manu* une exception".⁴⁵

On pourrait accepter que c'est ici que se trouve le "germe de l'émancipation de la femme", mais seulement si l'on avait en vue l'avenir qui viendrait plus tard et non le prochain avenir, ou le moment de l'adoption (l'acceptation) d'une telle règle. Une telle règle a pu être, et elle a été probablement, le fondement juridique de certaines futures solutions du statut de la femme; c'est à dire, plus précisément dit, on pourrait considérer qu'avec sa présence le statut de la femme au cours des siècles à venir de l'Empire romaine

³⁸ Pour l'appui lors de l'exposition de certaines de ces idées, si indispensable pendant l'élaboration d'une thèse de doctorat, l'auteur doit une gratitude particulière au professeur Obrad, dr Stanojevic, qui, pour la différence des autres auteurs des manuels du droit romain, souligne que la femme, dans la vie effective de l'époque antique de Rome, était appréciée et avait souvent de l'influence même dans quelques événements sociaux et même dans la législation. (Stanojevic, O.: "Droit romain", [Stanojevic, O.: "Rimsko pravo"], Belgrade, 1986, p. 133-134)

³⁹ Lévy-Bruhl: "Nouvelles études sur le très ancien droit romain", p. 72-73.

⁴⁰ Lévy-Bruhl: Idem, p. 77; Plus là-dessus voir chez Jovanovic: "Position de la femme...", p. 125; aussi dans: Jovanovic, M. – Commentaire de romain ancien *ius civile*, Livre deuxième, La lois des XII tables (I-VI), Niš, 2007.

⁴¹ Herrman: "Rôle judiciaire et politiques des femmes", p. 33.

⁴² Idem.

⁴³ S. de Beauvoir: "Deuxième sexe", p. 114.

⁴⁴ Herrmann: "Rôle...", p. 33.

⁴⁵ Herrmann: Idem.

était plus favorable qu'il le serait sans lui. Mais, l'affirmation que le but de cette règle a été l'émancipation de la femme ne paraît pas suffisamment convaincante, pour plusieurs raisons.

D'abord, les conditions de la vie d'alors, comme on l'a déjà dit, ne permettaient pas encore l'individualisation des intérêts des individus, ni des hommes ni des femmes. Ensuite, le *manus* ne présentait pas à cette époque, comme on l'estimait longtemps, quelque pouvoir extraordinaire du mari à l'égard de la femme. A cette époque la femme jouit d'un grand respect, dans la famille et dans la société, c'est à dire elle a une position factice favorable et presque égale à celle de l'homme, sur quoi Claudine Herrmann⁴⁶ elle-même donne quelques données et ce qui est d'ailleurs suffisamment prouvé par des sources hors juridiques, indépendamment du fait que ces sources soient d'un caractère légendaire.⁴⁷ Voilà pourquoi Gide, et quelques autres auteurs, font la conclusion sur le grand écart entre la position juridique et la position factice de la femme de cette époque.⁴⁸ Une explication adéquat d'un tel phénomène cependant, tant qu'on le sache, n'est pas encore donnée.⁴⁹ En réalité, l'explication est, paraît-il, dans le fait que cet écart n'est qu'apparent; c'est à dire qu'il n'y a pas eu d'écart et que celui-ci est le résultat de l'explication postérieure des anciennes règles. On dirait qu'une telle attitude est suffisamment argumentée dans la thèse pour le doctorat du troisième cycle de cet auteur.⁵⁰ Le fait que la femme dans l'héritage sous *manns* avait la position de la *filiae loco* ne veut pas dire qu'elle était soumise au mari comme c'étaient les enfants, mais qu'il s'agissait d'une forme judiciaire par laquelle elle était mise dans le premier rang d'héritage, devant *agnat*. A travers *manus* elle ne faisait qu'une coupure de sa liaison de propriété et religieuse avec sa famille de naissance et prenait la connexion avec la famille de son mari. La compréhension de la soumission juridique absolue de la femme à l'égard du mari est le résultat d'une interprétation fautive de l'ancien droit, issue avant tout de la conviction à l'authenticité des soit disants *leges regiae*, par lesquelles les Romains de l'époque classique, rudement dit, avaient falsifié leur ancienne histoire au point de vue statut de la femme.⁵¹ Même juridiquement, donc, la femme n'était pas, comme on l'avait longtemps estimé, tout à fait soumise à son mari et par conséquent il n'y avait pas eu besoin à ce qu'on commence avec son émancipation. A la fin, est-ce qu'à l'époque de la loi des XII Tables lui convenait plutôt le mariage *sine manu* ou le mariage *cum manu*? On dirait, comme encore Ihering l'avait remarqué, qu'elle devait tendre vers le mariage

⁴⁶ Herrmann: *Idem*, p. 3-29, fait une analyse de quelques unes des légendes romaines sur la femme.

⁴⁷ Comme on l'a déjà dit c'est avec raison que nombreux auteurs attribuent de l'importance aux légendes. Une analyse, accompagnée avec une revue chronologique, qui montre une appréhension plus grande de la femme durant les premiers siècles de Rome que plus tard, est donnée dans la thèse mentionnée de Jovanovic, M.

⁴⁸ Gide, P.: "Etude sur la condition privée de la femme", p. 95 et 127.

⁴⁹ Même Simone de Beauvoir ne donne pas une explication adéquate ("Deuxième sexe", I, p. 97), en constatant que cette caractéristique était commune aussi chez les autres peuples, quoi qu'elle ait raison quand elle constate que le droit non développé ne peut pas exprimer un vrai état de choses quand il s'agit de la position de la femme; aussi dans: Jovanovic, M. – Commentaire de romain ancien *ius civile*, Livre deuxième, La lois des XII tables (I-VI), Niš, 2007.

⁵⁰ Là-dessus voiries conclusions finales chez Jovanovic, M.: "Position de la femme dans le plus ancien droit romain", p. 414-442.

⁵¹ Là-dessus le travail déjà cité ("*Leges regiae*") et la thèse de doctorat de Jovanovic, M.; aussi dans: Jovanovic, M. – Commentaire de romain ancien *ius civile*, Livre première, *Leges regie*, Niš, 2002.

cum manu, car c'était l'unique voie qu'elle eût pu tester ses biens à ses enfants, en les transmettant auparavant, à travers *manus* à son mari.⁵² D'ailleurs, si l'esquive du *manus* avait été institué à cause de l'émancipation de la femme, c'est à dire si l'esquive avait été quel qu'il soit genre d'émancipation de la femme, aurait-il subsisté quelques siècles après la loi des XII Tables? Aurait-il été naturel que selon la même loi, pour les membres d'une même couche sociale, fût permis un si différent statut de la femme, si le *manus* avait signifié la soumission et le mariage *sine manu* la liberté? Il est possible que plus tard à Rome, grâce à une telle règle existante, le *manus* eût été esquivé à cause de l'indépendance de la femme, mais il ne semble d'aucune façon probable une telle compréhension pour l'époque des XII Tables. C'est à dire, c'est presque avec certitude qu'on peut dire que, dans les conditions d'alors, en présence d'une valorisation factice de la femme, le but de cette règle n'a pas été ni l'émancipation de la femme, ni elle donnait la possibilité de quelque émancipation, car, pourrait-on dire, il n'y avait pas encore pour cela ni besoin ni conditions adéquates.

Dans une certaine mesure, une opinion semblable à celle qui est citée, on rencontre dans quelques travaux aussi l'opinion que l'esquive du *manus* était prévue pour la protection des intérêts de la femme en cas des abus éventuels du mari. C'est à dire, on estime que le mari pouvait sans raisons rompre le mariage et garder les biens de la femme qui lui avaient été transférés à travers le *manus*, étant donné qu'il n'avait pas été prévu aucun moyen pour le retour de ces biens.⁵³ C'est exacte qu'il n'y a pas de données sur l'existence des demandes (*actiones*) pour le retour des dots et autres biens de cette époque, mais il est aussi exact le fait qu'il y a quelques écrivains romains connus qui étaient d'accord dans l'affirmation que, au cours des premiers cinq siècles de Rome, il n'y avait non plus de données sur le divorce.⁵⁴ En vérité, la loi des XII Tables contient le donné de la rupture unilatérale du mariage du côté du mari.⁵⁵ Mais il est sûr qu'il s'agissait du mariage *sine manu* qui, comme temporaire, existait même avant cette époque. Même alors le mariage *cum manu* n'a pas pu être rompu de façon si simple que la loi des XII Tables le dit, bien qu'il eût pu être contracté sans formalités particulières, par la communauté incessante des époux d'une année; et il est presque sûr que, une fois conclu, le mariage *cum manu* devenait une communauté durable. En plus, même s'il y avait des cas de divorce, il est tout à fait sûr que les normes morales et coutumières d'alors ne permettaient pas la duperie des intérêts de la femme et de sa famille de naissance.⁵⁶ Finalement, on pourrait dire, comme auparavant, si le danger de l'élargissement des abus du *manus* avait existé, aurait-il résisté tant d'années après la loi des XII Tables?

Longtemps avant l'apparition de la thèse sur l'esquive du *manus* dans l'intérêt de la femme elle-même, Gide avait lancé l'hypothèse selon laquelle c'étaient les intérêts des

⁵² Ihering: "Esprit du droit romain", p. 187. Plus tard, en accentuant l'attitude (l'entendement) déjà exprimée et en la considérant de l'unique réponse dans ce sens, Ihering abandonne la compréhension adoptée par Gide et laisse ouverte la question de l'esquive du *manus* (Ihering: "Histoire du développement du droit romain", p. 53).

⁵³ Une telle compréhension serait en désaccord avec des coutumes et avec des normes morales qui ne permettaient pas la tromperie à l'égard de la femme, appréciée dans la famille et dans la société.

⁵⁴ Là-dessus sont d'accord: Aulus Gellius: "*Noctes aticae*", IV, 3 et XVII, 21; Dionisius: "*Antiquitates romanae*", II, 25; Valerius Maximus: "*Factorum et dictorum memorabilium*", II, 1, 4; Plutarque: "Célèbres personnages de l'antiquité, Romulus", VI, 5. Plus à ce sujet voir chez Gide: "Etude sur la condition privée de la femme".

⁵⁵ Loi des XII Tables, IV, 3.

⁵⁶ Sur le rôle effective et sur son grand respect voir dans les travaux de Coulanges, Gide, Ihering, Herrmann et des autres, ainsi que dans la thèse de Jovanovic, M.

agnats de la femme, de sa famille de naissance, qui dictaient l'esquive du *manus*.⁵⁷ Cette hypothèse a obtenu de nombreux partisans, même Ihering en un moment,⁵⁸ car elle sonne très rationnellement. D'abord, Gide, ce qui est sa contribution scientifique exceptionnelle, nie les vieilles compréhensions du *manus* en tant que pouvoir propriétaire et personnel absolu sur la femme, en le considérant d'un rapport purement propriétaire, ainsi que la tutelle légitime sur la femme. En considérant que le *manus* avant l'adoption de la loi des XII Tables était le convoyeur courant du mariage, l'auteur accentue qu'à l'époque de son adoption des transformations révolutionnaires s'étaient produites, en quoi il a certainement raison, mais on ne dirait pas qu'il avait exactement interprété le caractère de ces changements. Gide affirme que la règle citée sur l'esquive du *manus* se rapportait à la femme *sui iuris*, qui est sous la tutelle de l'*agnat* de sa famille de naissance. A savoir, que les tuteurs, étant intéressés pour les biens de la femme qui, comme la fille, de pair avec ses frères, testamentairement hérite, empêchaient le mariage *cum manu* à travers lequel les biens de la femme seraient transférés au mari, c'est à dire à son *pater familias*, si lui même était la personne *alieni iuris*. Le mariage *cum manu* et *sine manu*, estime l'auteur, existent parallèlement, en dépendance avec des intérêts de la famille de naissance de la femme. S'il s'agissait d'une jeune fille *alieni iuris*, qui donc avait son *pater familias*, *conventio in manum* correspondait mieux à sa famille, car, par le mariage, la liaison propriétaire avec sa famille s'interrompait et la femme perdait le droit testamentaire dans celle-ci. Si la fille était *sui iuris*, donc sans *pater familias* et héritière dans sa famille, ses *agnats* dans le rôle du tuteur ne voudront pas donner l'accord pour *manus* (qui d'ailleurs n'était pas nécessaire pour le mariage lui-même), pour empêcher que les biens de la femme soient transférés comme la propriété du mari. "De cette façon", dit Gide, "le même intérêt, celui qui tend à la sauvegarde des biens de famille, introduit en même temps le mariage sans *manus* pour l'héritière et garde le mariage avec *manus* pour la fille qui ne testera pas encore"⁵⁹

Bien que ce genre de conclusion paraît très rationnel, on ne pourrait pas dire qu'il découvre le vrai sens de la règle citée. D'abord, l'auteur de quelque manière contredit à ce que la loi des XII Tables dit, ou n'a-t-il pas, de façon suffisamment claire exposé l'idée qui l'a guidée. C'est à dire, il estime que, avant la loi des XII Tables, le *manus*, comme l'annexe courant du mariage, avait été conclu seulement de façon *solennelle* et que, selon la Loi, le *manus* et le mariage se divise, c'est à dire que le mariage *sine manu* était contracté par un simple accord des volontés, sans aucune formalité. Il est probable que ça soit ici que se trouve la base du futur informai *sine manu* mariage, comme durable, mais, la loi des XII Tables, dirait-on, sous-entend seulement, ou au moins avant tout, le mariage temporaire *sine manu*, qui, il est probable, existait auparavant aussi. En plus, le *manus* sera, longtemps après, des années et des années après la Loi, un annexe régulier, ou presque régulier, du mariage. Et la Loi dit que le mariage *cum manu* a pu être contracté sans formalités particulières, par une durée continue d'une année de *sine manu* mariage. Ce qui était la nouveauté selon la Loi, c'était l'esquive du *manus* par la voie d'*usurpatio trinoctii*. Mais, il n'est pas à croire que le but de la Loi était l'esquive

⁵⁷ Gide, P.: "Etude sur la condition privée de la femme", p. 111-118. Une telle attitude se rencontre chez Gide aussi quand il analyse quelques autres questions, par exemple la tutelle sur les femmes.

⁵⁸ Au sujet des conceptions d'Ihering on en parlera encore dans le travail.

⁵⁹ Gide: "Etude sur la condition privée de la femme", p. 114.

incessante du *manus*, c'est à dire l'instauration du mariage permanent *sine manu*, qui se maintiendrait par l'utilisation permanente, chaque année, d'*usurpatio trinoctii*. Et puis, même si l'on acceptait une telle supposition, pourrait-on vraiment expliquer l'esquive du *manus* par l'autorité et les désires des tutelles de sa famille maternelle? Est-ce que cela signifie que les tutelles pouvaient forcer la femme d'utiliser *usurpatio trinoctii*? Une telle attitude des tutelles signifierait l'attaque indirecte à la personne de la femme, alors qu'il est difficile de croire qu'à cette époque régnait un tel genre de rapports entre la protégée et les tuteurs qui, en général, étaient ses parents, le plus souvent ses frères. Un grand nombre de donnés témoigne des relations très proches entre les frères et les soeurs, même pour la période postérieure de Rome.⁶⁰ Et encore, qu'est-ce qui se passe avec la concordance entre les familles, que Gide lui-même évoque? Qu'est-ce qui se passe avec les rapports entre le mari et la femme, vue que la femme est dans le *domus* de son mari et que celui-ci, étant naturellement lui-même intéressé pour les biens de sa femme, a pu avoir de l'influence sur elle? Pouvait-il, peut-être, contrairement à la volonté des tuteurs, empêcher sa femme d'utiliser *usurpatio trinoctii*? Finalement, est-ce que la condition de la femme à cette époque dans la famille et dans la société était telle que ses tuteurs, ou son mari, avaient pu totalement gouverner son comportement? Pas mal de donnés, par contre, témoignent de certaines traces de l'époque matriarcale, c'est à dire d'une grande appréciation de la femme dans la famille et dans la société.⁶¹ D'ailleurs, Gide lui-même accentue que facticement la femme était très appréciée durant les premiers siècles de Rome. D'où l'on pourrait dire que la femme de cet époque jouissait d'une certaine indépendance dans ses actes. Et, si c'est ainsi, vers qui inclinerait-elle: vers son mari avec qui elle vit et élève ses enfants auxquels elle veut laisser ses biens, ce qu'on pourrait faire seulement à travers le *manus*, ou vers les tuteurs qui s'efforcent d'empêcher les enfants d'hériter sa mère?

Une telle question a été posée encore par Ihering, en sous-entendant que l'intérêt de la femme est avant tout lié à sa famille, avant tout aux enfants. Au fait, il accepte d'abord la compréhension de Gide, en constatant qu'il ne trouve pas une autre solution plus adéquate.⁶² Mais plus tard, en se rencontrant avec les dilemmes cités, Ihering renonce de cette opinion, en constatant que la règle sur l'esquive du *manus* reste comme un "grand énigme historique" qu'il faut la laisser tel quelle est et ne pas l'interpréter à tout prix et d'une façon inadéquate, car, semble-t-il trouver la solution est impossible.⁶³ H est tout à fait compréhensible qu'un chercheurs avec un tel sens pour la compréhension du développement

⁶⁰ Vers la fin de la République et au début du Principat la parenté entre frères et soeurs était très apprécié. Disons par ex. que Octavianus Augustus était le petit fils de la soeur de César et c'était lui que César avait adopté et nommé de successeur. A vrai dire à cette époque les vieilles normes morales et coutumières étaient presque tout à fait oubliées, mais il y avait encore de traces parlant des relations très proches entre frères et soeurs. Quelques donnés là-dessus voir chez Jovanovic, M.: "Lois conjugales d'August, lois caduques", thèse de doctorat d'Etat, Faculté de Droit à Belgrade, [Jovanovic, M.: "Avgustovo bracno zakonodavstvo, kadukarni zakoni", doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu], 1994.

⁶¹ Là-dessus dans des travaux cités (où on donne par ex. le donné que dans les rues de Rome les porteurs des fonctions donnaient la priorité de passage à la matrone).

⁶² Ihering: "Esprit du droit romain", p. 186-189, surtout 187. Cette opinion de Gide est acceptée par Bozic, A.: "Position de la femme dans le droit privé à travers l'histoire jusqu'aujourd'hui", [Bozic, A.: "Polozaj zene u privatnom pravu kroz istoriju do danas"], Belgrade, 1939, p. 34-35.

⁶³ Ihering: "Histoire du développement du droit romain", p. 53.

historique, c'est à dire de l'évolution des institutions juridiques, comme Ihering l'était, procède de cette façon. Les recherches de Gide représentent sans doute une contribution exceptionnellement précieuse à l'éclaircissement des premiers siècles de Rome, particulièrement à l'égard du statut de la femme, une contribution sans laquelle même aujourd'hui existeraient certains préjugés et nombreuses questions seraient restées nébuleuses. Mais, dirait-on, Gide aussi tombe dans le piège où étaient tombés beaucoup d'autres chercheurs. En s'appuyant sur les données tirées des oeuvres des juristes classiques romains il arrive dans la situation d'attribuer un nouveau sens de certaines institutions à la vieille époque romaine, à l'époque quand leur sens était considérablement différent. Et c'est en effet Ihering qui en plusieurs reprises attire l'attention à ce phénomène.⁶⁴ Cependant, la grandeur du problème de ce genre relève le fait que Ihering lui-même, en s'appuyant sur les sources juridiques de l'époque postérieure de Rome, tombe dans le piège semblable et en analysant le vieux sens du *manus* évoque *patria potestas* pour l'époque où celui-ci n'a pas pu exister, car il n'y a pas eu encore de *familiae* comme forme de l'organisation de la famille, à la tête de laquelle serait *pater familias*.⁶⁵

Gide en était certainement conscient, de ces pièges, parce qu'il tient d'avance la réserve par rapport au plus ancien droit romain, particulièrement quand il s'agit de l'essence primordial du *manus*.⁶⁶ Et en dépit de tout, il interprète la règle citée sous l'influence des juristes classiques romains, n'ayant pas en vue que, jusqu'à ce temps, beaucoup de vieilles institutions avaient subi de transformations radicales, en changeant pratiquement leur sens. La compréhension de Gide est tout à fait en accord avec le donné d'Ulpianus qui accentuait que la tutelle des agnats existait comme institution dans l'intérêt des tuteurs eux-mêmes.⁶⁷ Et, il évoque directement Gaius en soulignant, comme le juriste l'accentue, que la *tutela mulierum* existait non dans l'intérêt des femmes mais dans l'intérêt de leurs tuteurs,⁶⁸ quoi que Gaius, à cette occasion, ne parle pas particulièrement de la vieille tutelle agnate sur les femmes, supprimée au milieu du premier siècle de la nouvelle ère.⁶⁹ A l'époque classique de Rome, c'est à dire déjà dans la deuxième moitié de la République, en jugeant selon d'autres données aussi, la situation était vraiment telle. Dans des conditions sociales et familiales d'alors, en présence d'une réglementation juridique et en même temps en présence d'une vieille cohésion familiale brisée et des normes morales et coutumières changées, déjà habituel et pratiquement dominant *sine manu* mariage permettait aux tuteurs légitimes de la femme de garder le pouvoir sur ses biens, même d'abuser le rôle du tuteur, ce qui est peut être une des raisons pour supprimer cette tutelle. Il est donc tout à fait probable que les tuteurs empêchaient l'institut de *manus* pour leurs propres intérêts propriétaires. Mais c'est l'époque tout à fait différente de celle de l'adoption (l'acceptation) de la loi des XII Tables.

Pour l'ancienne époque de Rome, lorsque le *manus* était une règle, un si grand écart dans les intérêts des tuteurs et de la protégée était presque inimaginable. Car, la tutelle sur la femme d'alors était différente de la forme classique, ainsi que maintes autres institutions

⁶⁴ Ihering: "Histoire...", p. 52; "Esprit du droit romain", p. 186.

⁶⁵ Ihering: "Esprit..." p. 158.

⁶⁶ Gide: "Etude sur la condition privée de la femme", p. 119.

⁶⁷ Ulpianus: D.26,4,1.

⁶⁸ Gaius: "Institutiones", I,192.

⁶⁹ Gaius: "Institutiones", I, 157 témoigne que celle-là était supprimée par *Lex Claudia*

se différenciaient des formes et fonctions que celles-ci reçoivent à l'époque classique de Rome. La pression sur la femme d'éviter le *manus* était incompatible avec ces anciens temps, étant donné que ceci, en fin de compte, aurait pu provoquer des conflits entre elle et le mari, ainsi que des conflits entre sa famille maternelle et la famille de son mari. Il est difficile à considérer que la décision de ceux problèmes se pouvait trouver dans la rôle du conseil familial, comment Gide ce croit.⁷⁰ Aussi, il est difficile à croire que, ayant en vue l'importance du mariage à cette époque (comme une communauté intégrale), la conclusion d'un mariage (complète seulement à travers le *manus*) serait gênée par une règle de loi explicite, pour des raisons qui étaient contraires aux intérêts aussi de la femme que de mari. En plus, la loi des XII Tables rend légitime le testament,⁷¹ et la majorité d'auteurs estiment que c'est de cette époque que le testament devient une règle, pour la nomination de la personne qui continuera le culte de La famille et la vie de la *familia*. C'est de là qu'on pourrait supposer que les Mes héritaient rarement par testaments. Alors qu'il est tout à fait à croire qu'on leur laissait des biens considérables par les testaments, comme le *pater familias*, de sa vie, leur donnait le dot. Gide lui-même, de même qu'Ihering, fait la conclusion que le dot était une très vieille institution romaine, qu'il était un annexe régulier du mariage et régulièrement de la valeur considérable.⁷² Ayant en vue le rôle factice de la femme à cette époque il est presque sûr que ses tuteurs non plus (et c'étaient régulièrement ses frères) ne voulaient pas usurper avidement ce que le père (c'est à dire *pater familias*) donnerait à la protégée comme dot. C'est à dire, eux-mêmes lui donnaient les biens dotais, comme l'aurait fait le père, s'il avait été vivant.⁷³ Et que la femme a pu posséder des biens considérables la preuve est la règle de la loi des XII Tables de l'*usucapio* des *res mancipi* de la femme sous la tutelle de l'*agnat*,⁷⁴ la règle qui avait été adoptée probablement, entre autre, à cause du but qu'on a voulu atteindre par la règle sur l'esquive du *manus*. On dirait que le rôle des tuteurs d'alors était plutôt protecteur que limitateur et que toute la famille, inclus les tuteurs, prenait du soin sur la vie conjugale de la fille. D'ailleurs, si par la loi des XII Tables on avait voulu souligner particulièrement le droit des tuteurs, ça aurait été de quelque manière dit.

Donc, quoi qu'il soit sûr que le sens de la règle mentionnée a été dicté par certains intérêts de famille, on ne pourrait pas accepter la compréhension que c'étaient les intérêts propriétaires des tuteurs agnats de la femme de sa famille maternelle. Parallèlement avec l'accentuation de chaque mot dans la règle citée, on devrait chercher la solution aussi dans le contexte des autres règles qui témoignent des changements importants dans l'organisation de la famille de la Rome d'alors, mais aussi dans des données hors juridiques, sur des relations factice d'alors dans la famille et dans la société, c'est à dire dans des normes morales et coutumières d'alors. Dans ce sens, il faut souligner les observations suivantes.

D'abord, du texte de la règle provient qu'il a été prévue une activité personnelle de la femme, l'entreprise des actes déterminés de la part d'elle-même, personnellement, et ceci selon sa volonté. La femme quitte le *dormis* de son mari pour trois jours et trois nuits

⁷⁰ Gide: "Etude sur la condition privée de la femme", p. 188-120.

⁷¹ loi des XII Tables, V, 3-4.

⁷² "Etude sur la condition...", p. 500 et plus loin; Ihering: "Histoire...", p. 48.

⁷³ La dot est une institution vieille et habituelle, et Gide lui-même souligne que la dot presque régulièrement remplace le paît d'héritage de la fille; "Etude...", p. 501 et plus loin.

⁷⁴ Loi des XII Tables, V, 2 (selon les "*Institutiones*" de Gaius, II, 47).

pour ainsi interrompre le délai prévu pour la maintenance (*usucapio*), sans quoi par la voie de *usus* elle serait tombée sous *manus* de son mari. Gaius dit littéralement: "La femme qui ne voudrait pas..." ou "la femme qui ne désirerait pas de cette façon tomber sous *manus* de son mari..." (*si qua nollet*). Une telle formulation ne veut pas dire qu'il s'agit uniquement de la volonté personnelle de la femme, mais ne permet pas en même temps la conclusion qu'elle était forcée à un tel comportement de la part du tuteur, du père ou d'un tiers, ce qui serait en discordance avec des données sur l'appréciation de la femme d'alors. On dirait qu'à partir d'une telle formulation provient l'expression de l'intérêt de la femme elle-même et de l'intérêt plus large de la famille.

Ensuite, le texte de la règle ne dit pas de quelle femme il en était question, de la femme *sui* ou *alieni iuris* et, par conséquent, l'affirmation qu'il s'agit seulement de la femme *sui iuris* nous semble un peu volontariste. La femme *sui iuris* est mentionnée dans une autre règle, par laquelle on règle l'obtention des *res mancipi* par *usucapio* de la femme sous la tutelle du *agnat*.⁷⁵ Cette règle est sans doute dans une liaison restreinte avec celle qui règle l'esquive du *manus*, mais on ne dirait pas que son but primordial était l'accentuation du pouvoir du tuteur *agnat*, comme ceci n'a pas été le but ni de la première, qui le plus probablement sous-entendait aussi la femme *alieni iuris*. Quand il s'agit de la valeur des biens de la femme, il est presque sûr qu'elle est à peu près la même, sans égard au statut que la femme avait. Car, c'était une règle qu'on lui donnait le dot, indépendamment du fait si elle avait ou n'avait pas de *paterfamilias*. Quant à la forme de la conclusion du mariage *cum manu*, tant qu'on le sache, il n'y a pas de données que la femme *alieni iuris* le concluait uniquement de la façon *solemnelle*, c'est à dire qu'il n'y a pas de données qu'elle ne pouvait pas le conclure par *usus* en ayant son *paterfamilias*. Si, selon la loi des XII Tables on sous-entendait l'*usus* seulement pour la femme *sui iuris*, cela serait probablement accentué de quelque façon. Sans ça, selon le texte sauvegardé de la règle, il est naturel de croire qu'on pouvait, dans tous les deux cas, conclure le mariage *cum manu* par l'*usus* et ainsi éviter l'*usurpatio trinoctii*, pour des mêmes raisons, qu'il est difficile de déchiffrer, mais qui avaient du être liées avec les intérêts de la femme elle-même.

Et puis, pourrait-on accepter la compréhension que la femme interrompe l'*usus* et esquive le *manus* contrairement à la volonté et intérêt de son mari dans le *domus* duquel elle vit et avec qui elle élève ses enfants? On dirait plutôt que le mari lui-même avait l'intérêt à ce que le mariage *manus* ne soit pas conclu. Car, le quiétude du foyer dans des conditions familiales d'alors, quoi que la femme fût très appréciée, sous-entendait tout de même l'accord du mari à qui elle devait revenir après trois jours et trois nuits. On dirait, donc que la règle sous-entendait l'intérêt de tous les deux époux. Cet intérêt, on pourrait l'entrevoir seulement ayant en vue les grands changements dans l'organisation de la famille de ce temps et dont on ne savait pas beaucoup au siècle précédent.

Finalement, la règle sur l'esquive du *manus* doit être observée dans le cadre des autres règlements de la loi des XII Tables, particulièrement de ceux qui touchent les rapports familiaux et héritiers et qui montrent sans doute les changements considérables dans cette sphère. Les règles sur l'héritage, où l'on donne la priorité au testament et où on souligne

⁷⁵ Loi des XII Tables, V, 2.

les ordres d'héritage,⁷⁶ ainsi que la règle sur la nomination du tuteur de la part du donateur (*decuius*),⁷⁷ parallèlement avec la règle sur les demandes (*actiones*) du partage,⁷⁸ et quelques unes encore,⁷⁹ montrent non seulement un processus de la dégradation des larges communautés familiales mais le favorise. Autrement dit, ces règles favorisent rémancipation de la *familiae*, comme groupe familial plus restreint, par rapport à l'influence et aux intérêts des membres des communautés plus larges.⁸⁰ C'est dans ce processus, dirait-on, c'est à dire dans ce stimulus, qu'il faut chercher le sens de la règle citée sur l'esquive du *manus* et probablement dans celles de *usucapio* des *res mancipi* de la femme sous la tutelle de l'agnat.

En effet, on dirait que l'énigme sur les raisons de l'esquive du *manus* d'après la loi des XII Tables peut-être résolu si le sens de la règle se lie avec la tendance vers l'émancipation de la famille. Dans le fondement de la règle se trouvent les intérêts communs des époux, leur désir d'avoir leur propre famille et la tendance que leurs biens n'appartiennent qu'à leurs propres enfants. La tendance de la désagrégation de larges communautés familiales probablement précède la loi des XII Tables, mais le processus est actuel aussi à l'époque de l'adoption (l'acceptation) de cette loi et il est favorisé à travers certaines règles. Dans un tel climat social, à côté du mariage *cum manu* comme règle, il est presque tout à fait sûr que la règle sur l'esquive du *manus* ne vise pas le mariage *sine manu* durable et toujours existant, mais l'esquive du *du* mariage *cum manu* autant de temps combien il était nécessaire. Et, lorsque les raisons pour l'esquive du *manus* disparaissent, le *manus* suivrait sous l'influence de *usus*, dans certains cas accompagné de quelque manifestation *solemnelle*. Et la raison fondamentale pour l'esquive originaire du *manus* à un délai prolongé, plus longue d'une année, était probablement dans le fait que le mari, au moment de la conclusion du mariage et plus tard, était une personne *alieni iuris*, non nommé pour le futur chef de la famille, donc non nommé pour héritier dans le sens de la loi des XII Tables.

La légalisation (la ratification) du droit de tester sans doute signifiait la stimulation, c'est à dire la favorisation et l'élargissement de la pratique de la nomination des héritiers et par là le soutien des tendances des individus pour la formation de sa propre famille, c'est à dire la séparation du groupe familial plus large.⁸¹ Pour le même but devait servir la légalisation des demandes (*actiones*) de partage.⁸² Mais, seulement un des fils a pu être nommé de *heres*, le future chef de la famille et de porteur du cuit de la famille. Tout de même, les autres fils ne pouvaient pas être privés des moyens de vie séparée de *heres*,

⁷⁶ Idem, V, 3-4.

⁷⁷ Idem, V, 3 et 6 (selon Gaius: "*Institutiones*", I, 155).

⁷⁸ Idem, V, 10 (Gaius, D, 10,2,1), *actio familiae erciscimdae*.

⁷⁹ Idem, V, 9.

⁸⁰ Mortier (Manuel élémentaire du droit romain), comme on l'a déjà souligné dans la note 8, précisément dans la réglementation de la tutularisation du tuteur ("loi des XII Tables", V, 3 et 6) voit le moyen pour l'émancipation de la famille par rapport aux groupes familiaux plus larges.

⁸¹ C'est presque l'opinion générale qu'à travers la loi des XII Tables, par la réglementation du droit testamentaire, on facilitait la composition des testaments et que la participation des assemblées (*comitia*) plus autre (plus tard) ne représentait qu'une forme. Sur l'ancien testament voir chez Stojcevic, D.: "Fonction du testament"; "*Calatis comitiis*", Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz, 1964., vol. I, p. 240-249.

⁸² La loi des XII Tables ne mentionne pas dans quels cas on utilise les demandes de partage (*actio familiae erciscimdae*), mais leur réglementation sans doute témoigne du soutien dans le but de la dégradation des larges groupes familiaux.

suivant les normes et les bonnes coutumes de ces temps, mais c'était seulement un qui a pu être *suus hères* du testateur. Le fils non nommé a probablement pu sortir de la famille par quelque voie d'émancipation de la part du père et, s'il restait dans la famille même après la mort de son père, il était probablement sous quelque genre du patronat du fils nommé, de son frère. Autrement dit, quoi que son frère n'eût pu avoir sur lui le pouvoir familial, tel qu'avait son père, *pater familias* et porteur du culte de la famille pouvait être seulement le fils nommé. Dans ce cas, le fils non nommé, s'il voulait l'indépendance, utilisait probablement la demande (*actio*) de partage, en obtenant ainsi une partie des biens et la possibilité de fonder sa propre famille où il serait lui-même *pater familias* et porteur du culte. La vieille égalité des *agnates*, c'est à dire des *consortes* de la même génération, toujours vivante dans l'esprit des Romains et exprimée par des règles sur les ordres héritiers, permettait sans doute aussi l'indépendance des fils qui n'étaient pas nommés pour être les futurs chefs de familles.⁸³ Dans de nouvelles conditions, dans l'atmosphère déjà devenue habituelle et par l'Etat favorisé du processus de la dégradation des larges communautés familiales, cette vieille égalité s'exprimait en effet à travers le désir de presque chacun des fils du même *pater familias* de fonder sa propre famille et son propre culte familial, ainsi qu'à travers le désir que ce fussent ses enfants qui l'hériteraient et non les enfants de ses frères. Un tel désir est sans doute présent chez sa femme aussi. Elle-même désire devenir *mater familias* et que ses biens, qui pouvaient être importants, ensemble avec les biens de son mari, soient hérités uniquement de la part de leurs enfants.⁸⁴ Par contre, si elle entrait dans le mariage *cum manu*, avant que son mari fût devenu la personne *sui iuris*, ses désirs et les désirs de son mari dans ce sens, auraient pu être déjoués.

Le *manus* est sans doute une institution beaucoup plus ancienne que *patria potestas*. Dans le passé très ancien de Rome, le plus probablement, il (*manus*) représente l'expression symbolique du pouvoir et de l'unité du group familial en général.⁸⁵ Et le mariage *manus* originaire, c'est presque sûr, présent un lien de la femme avec le groupe familial de son mari, un lien de propriété et de religion, dans le but de l'instauration de la parenté et héritage patriarcale, à la place du matriarcal.⁸⁶ Mais jadis, dans la communauté familiale large, il s'agissait de l'héritage de tous les biens de la famille de la part de tous les descendants, de toutes les générations des cadets, qui prolonge la vie de cette communauté familiale. Tous les biens entrent dans le bien commun de la famille et se transmettent de la génération en génération. Avec le temps cependant, avec la dissolution des communautés familiales larges, avec la naissance de la famille et avec le regroupement de tous les droits de la génération des adultes sur une personne, *pater familias*, et le *manus*, déjà transformé par rapport à son sens primitif, est lié au chef de la famille. C'est lui qui devient le propriétaire de tous les biens que la femme apporte avec son mariage dans la famille, et

⁸³ La Loi mentionne les agnats come le premier rang de succession intestamentaire, s'il n'y a pas de hères nommé *suus hères* (le Loi donne aux agnats la tutelle si le tuteur n'est pas mentionnée). Sur les rangs successoraux voir Stojcevic, "*Uti legassit* de la loi des XII Tables".

⁸⁴ Sur la valeur considérable de la dot voir chez Gide: "Etude sur la condition privée de la femme", p. 504.

⁸⁵ A propos de cela, à côté de la position (l'attitude) exposée par Ihering, voir chez Jovanovic: "Position de la femme...", p. 127-130; aussi dans: Jovanovic, M. – Commentaire de romain ancien *ius civile*, Livre deuxieme, La lois des XII tables (I-VI), Niš, 2007.

⁸⁶ Là-dessus voir Jovanovic: "Position de la femme...", p. 132 et plus loin; aussi dans: Jovanovic, M. – Commentaire de romain ancien *ius civile*, Livre deuxieme, La lois des XII tables (I-VI), Niš, 2007.

cela non seulement son épouse, mais aussi les épouses de ses fils, qui dans l'héritage ont la position des petites-filles par rapport à lui.⁸⁷ Cependant, il était habituel, le plus probablement, dans le sens du remplacement du droit d'héritage testamentaire que la femme reçoive ses biens dotait de la part de sa famille natale.⁸⁸ Ces biens ont pu être d'une valeur considérable et en entrant dans le mariage *cum manu* la femme incorpore ses biens dans la propriété de son mari. Après cette fusion il n'existe plus qu'une propriété dont le propriétaire sera le chef de la famille dans laquelle la femme est entrée par son mariage. Conformément au caractère de la communauté conjugale d'alors et au caractère du droit de famille et d'héritage, l'épouse du *pater familias* a été sans doute intéressé à ce que ses biens soient intégrés avec les biens de son mari et qu'elle soit liée au culte de son mari. Car c'est l'unique façon d'avoir une communauté accomplie avec celui-ci et en même temps la possibilité à ce que leurs enfants héritent les biens de tous les deux parents, ce qui était possible seulement à travers le père. Mais, la bru, qui entre dans la famille, a aussi le même intérêt, de même que son mari, mais, si celui-ci est la personne *alieni iuris* et ne peut pas être le porteur du *manus*, sa femme viendra sous le *manus* de son *pater familias*, ce qui peut, dans certaine mesure, au moins dans quelques cas, mettre en danger leurs intérêts communs.

S'il s'agit du fils unique qui naturellement attend à être héritier, ou du fils qui est déjà nommé d'héritier et de futur chef de la famille, il est possible que le *manus* ne soit pas évité, c'est à dire ne s'attendra pas que le fils devienne la personne *sui iuris*. Mais, s'il y a plusieurs fils et celui qui se marie n'est pas nommé comme *heres* du *pater familias*, la situation est différente. Les biens de la femme seront inclus parmi les biens de son *pater familias*, comme unique propriétaire de la propriété de la famille, sans garantie que ceux-ci seraient hérités en totalité par les enfants du nouveau couple conjugal, c'est à dire sans garantie que ces biens, à l'occasion de la séparation du couple conjugal, appartiendront justement à eux. C'est *pater familias* qui, du point de vue juridique, peut disposer de la propriété de la famille, *mortis causa*, comme dans des relations *inter vivos*. En vérité, il est presque sûr que les règles coutumières et morales ne permettent pas d'en disposer tout à fait à sa volonté.⁸⁹ Mais juridiquement aucunes limitations ne sont pas prévues, sauf s'il s'agit de la personne irresponsable ou du gaspilleur.⁹⁰ Une disposition qui serait opportune selon l'opinion du chef de la famille et des autres membres, ne correspondrait peut-être pas au couple conjugal nommé et puis il n'y avait non plus de moyens juridiques pour l'empêcher. Il est possible que le *pater familias* lègue les biens dotais au fils non nommé (pour l'héritier) dont la femme les a apporté. Mais il a pu aussi ne pas procéder de cette façon, surtout s'il avait déjà fait son testament. La question se pose alors si le fils non nommé, en déposant la demande de partage après la mort du père, pourra obtenir tous ces biens que sa femme avait auparavant apporté dans la famille par son *cum manus* mariage. Et en plus, les biens de la femme, unis avec les biens du *pater familias* de son mari entre temps on pu être diminués ou même dépensés.

⁸⁷ Gaius: "*Institutiones*", III, 3.

⁸⁸ Les filles succèdent la part égale avec les fils, intestatement (Gaius: "*Institutiones*", III, I) mais le plus souvent on leur donnait la dot. Là-dessus voir Gide: "Étude sur...", p. 509 et plus loin.

⁸⁹ Là-dessus voir Stojcevic: "Droit privé romain", Belgrade, 1968, p. 76 et les travaux cités.

⁹⁰ loi des XII Tables, V, 7a-7b et 7c.

Et quand le *pater familias* se meurt comme *in tes ta tus*, c'est à dire quand aucun des fils n'était pas nommé *d'hères*, les intérêts de propriété des époux aurait pu être menacés dans plus grande mesure peut-être. Ensemble avec sa mère (dont la position est *filiae loco*) et ses soeurs non mariées encore, tous héritaient le *decuius* intestatementairement. Les cossucceurs ont pu rompre la communauté familiale par *actio familiae erciscundae*, mais en principe tous succèdent les parts égales, y inclus les biens dotais des brus, des femmes de ses fils, faisant partie des biens du testateur comme porteur du *manus*. Il est possible que selon les nonnes hors juridiques ces biens soient éliminés de la succession, mais juridiquement cette situation n'a pas été réglée. Il a pu donc se passer que les biens dotales n'appartiennent pas au fils dont la femme les avait apporté; au moins pas en totalité. La femme du fils ne prend pas part à la succession car, étant bru, elle a la position de la *neptis loco* et pouvait hériter uniquement comme remplaçante de son mari (mort ou captivé), selon le principe de la représentation, ensemble avec ses enfants.⁹¹ Donc, dans le premier cas, comme dans le second, il pouvait arriver que les biens dotais, étant réunis avec le reste des biens, n'appartiennent aux enfants de celui des fils dont la femme les avaient apportait dans la famille. Tous les deux époux voulaient sûrement éviter une telle situation et la loi des XII Tables les aident précisément en ceci.

Autrement dit, lorsque le mari était la personne *alieni iuris* on esquivaient la conclusion du mariage *cum manu* et de cette façon les biens de la femme n'étaient pas associés aux biens de la famille du mari. C'est à dire, quoi que les biens de la femme eussent été le plus probablement utilisés de la part de la famille du mari, ils ne passaient pas dans la propriété du *pater familias* du mari car, le propriétaire juridique était toujours *pater familias* de la famille maternelle de la femme ou la femme elle-même, si elle était la personne *sui iuris*. Voilà pourquoi les biens de la femme ne pouvaient pas être l'objet de la libre disposition dans la famille du mari ni *inter vivos* ni *mortis causa*. Le *pater familias* ne pouvait pas les aliéner, ni il pouvait les léguer par le testament. Aussi ces biens n'entraient pas dans la masse de l'héritage et par conséquent ne pouvaient pas être objet de la succession des successeurs dans la famille du mari. Une telle situation était utile pour tous les deux des époux qui désiraient leur famille indépendante et une propriété indépendante et qu'ils transmettraient à leurs propres enfants, car il n'existait pas de danger que les biens de la femme soient ébréchés. C'est seulement quand le mari devient la personne *sui iuris*, avec la perspective de pouvoir fonder sa propre famille séparée, ou il devient tout à fait sûr que, nommé successeur, c'est lui qui serait le futur *pater familias* dans la famille, qu'il n'y avait plus de raisons pour l'esquive du *manus*. Les biens de la femme pouvaient être transmis dans la propriété du mari, par le *manus*, sans danger d'être diminués. Par l'éloignement d'un tel danger, les époux étaient bien intéressés pour l'union de leurs biens, afin que ceux-ci en entier, maintenant comme propriété du mari, puissent être légués (donnes) aux enfants car, du point de vue juridique, ils ne pouvaient pas les succéder qu'à travers le père. C'est alors que se fonde le *manus*, le plus probablement par efficacité du *usus* ou peut-être d'une des façons *solemnelles*, ou au moins accompagner de quelques solennité annexe.

On dirait donc, que c'est en effet ce sens qu'avait la règle citée sur l'esquive du *manus*. Dans le processus de la dégradation des larges communautés familiales, pour lequel l'Etat

⁹¹ Gaius: "*Institutiones*", III, 3.

était sans doute intéressé, l'esquive du *manus* apparaît comme un moyen technique et juridique favorable pour la stimulation de ce processus. Plus tard cependant, dans des conditions sociales et familiales changées, le sens originare de la règle sera dans quelque mesure changé. On dirait aussi que vers le même but, comme annexe à la règle sur l'esquive du *manus*, devait servir aussi la règle sur l'*usucapio* des *res Mancipi* de la femme. De même que la règle précédente, celle-ci est reconstruite d'après *Gaius*, qui dit: "De la même façon, autrefois, *res Mancipi* de la femme qui était sous la tutelle du *agnat*, ne pouvaient pas être obtenues, sauf si celle-ci ne les avait pas elle-même donné auprès de l'*auctoritas* du tuteur, ainsi prescrivait la loi des XII Tables".⁹²

Une analyse plus détaillée de cette règle exigerait plus d'espace.⁹³ Dans son analyse aussi on rencontre des opinions différentes des romanistes, quoi que depuis Gide il domine en générale l'opinion qu'il s'agit de la limitation du droit de la femme de disposer de ses biens de la part des agnats comme parents intéressés pour les biens de la femme.⁹⁴ Il est tout à fait possible que, au cours des siècles ultérieurs de Rome, elle reçoive un tel sens aussi. Mais à l'époque de l'adoption (acceptation) de la loi des XII Tables celle-ci était, dirait-on, au service de la même idée comme la règle sur l'esquive du *manus*. Une telle compréhension, tant qu'on le sache, n'a pas été jusqu'à présent présentée dans la romanistique, probablement parce que ni la règle sur l'esquive du *manus* n'a pas été interprétée jusqu'à présent à la manière présentée dans ce travail. Ayant en vue, entre autres, l'interprétation citée, il paraît tout à fait logique que cette règle a été précitée comme annexe en quelque manière à la règle sur l'esquive du *manus*, pour la situation lorsque la femme qui évite le *manus* était la personne *sui iuris*. Pour l'obtention des *res Mancipi* à cette époque on exigeait une forme *solennelle*, mais la loi des XII Tables prévoit aussi *usucapio* comme façon de l'obtention de la propriété, des choses mobilières et immobilières, en déterminant des délais courts, d'une ou deux années.⁹⁵ Il est à remarquer qu'à cette occasion la Loi ne mentionne aucunes conditions, sauf à une place ailleurs, que certaines choses qui de toute façon ne peuvent non plus être acquises par le maintien (*usucapio*).⁹⁶ A l'occasion de la conclusion du mariage sans *manus* les biens de la femme ne passaient pas dans la propriété du *pater familias* de la famille du mari, mais il était naturel qu'ils eussent été *enpossessio* par cette famille. Par l'esquive du *manus* on tendait justement vers l'esquive de propriété sur ces biens, mais, ayant en vue le *possessio* de la part de la famille du mari, il pouvait se passer que la propriété puisse être obtenue par le maintien (*usucapio*). C'est pour cette raison que la règle citée prévoit que les *res Mancipi* de la femme, le plus probablement pendant la période où on évite le *manus*, ne peuvent pas être obtenues par le maintien (*usucapio*) à travers la possession habituelle mais il a été nécessaire que la femme les remette et ceci avec l'autorisation (*auctoritas*) du tuteur *agnat*, parent de la famille natale. De cette façon a été assurée la

⁹² Loi des XII Tables, V, 2; Gaius: "Institutiones", II, 47: *Item olim mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res Mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa uttore auctore traditae essent; idque ita lege XII tabularum cautum erat.*

⁹³ A ce propos voir la thèse citée de Jovanovic, M., p. 202-226; aussi dans: Jovanovic, M. – Commentaire de romain ancien *ius civile*, Livre deuxième, La lois des XII tables (I-VI), Niš, 2007.

⁹⁴ Gide: "Etude..." p. 102-111.

⁹⁵ Loi des XII Tables, VI, 3.

⁹⁶ Loi des XII Tables, VII, 3; VIII, 16; X, 10.

garantie que les biens de la femme resteraient hors de la propriété du *pater familias* du mari, durant tout le temps pendant lequel les époux évitent le *manus*. Tout compte fait donc, cette règle était au service de celle sur l'esquive du *manus*. Et par l'une et par l'autre règle on tendait à stimuler le processus de la désagrégation des larges communautés familiales, du sein desquelles naissait la *familia*, la famille patriarcale plus restreinte, basée sur la propriété privée du *pater familias*, du chef qui, possédant *patria potestas*, représente sa famille en face du monde extérieur.⁹⁷ On dirait que c'est une telle interprétation qui offre la réponse la plus adéquate à l'égard du sens originare des règles citées, de l'esquive du *manus* et la pratique de l' *usucapio* des *res Mancipi* de la femme sous la tutelle des agnats.

ENIGMA U POGLEDU IZBEGAVANJA MANUS-A PO ZAKONU XII TABLICA

Mila Jovanović

Cilj ovoga rada je tumačenje odredbe o izbegavanju manus-a, po dejstvu usus-a, rekonstruisane prema Gaju, koji kaže: "Zakon XII tablica je propisivao da žena, koja ne bi želela (htela) da ovim putem dođe pod manus muža, treba da odsustvuje svake godine tri noći (uzastopno) i tako prekine održaj od godine dana". Suočivši se sa neadekvatnošću postojećih tumačenja i ne nalazeći rešenje, Jering je ovu odredbu proglasio "istorijskom enigmom". Čini se, mada takva ideja, koliko je poznato, nije do sada istaknuta u romanistici, da se rešenje može naći u težnji ka emancipaciji familije od širih porodičnih zajednica, koju Zakon XII tablica favorizuje. Najadekvatnije izgleda shvatanje da je reč o situacijama kada je muž, u trenutku zaključivanja braka, bio lice alieni iuris i neimenovan za heres-a, ostavioca. Želeći sopstvenu odvojenu porodicu i težeći da dobra žene ne pređu u vlasništvo muževljevog pater familias-a, (čime bi mogla biti umanjena ili čak izgubljena za decu konkretnog bračnog para), supružnici izbegavaju manus sve donde dok muž ne postane lice sui iuris ili bar bude siguran da će, kao imenovani heres postati šef porodice. Tek onda se zasniva manus i dobra žene prelaze u vlasništvo muža, a time kao celina mogu biti preneti deci bračnog para. Istom cilju je, reklo bi se, služila i odredba o uzukapiranju res Mancipi žene pod tutorstvom agnata, kao prateća uz prvu, kojom se htelo sprečiti da dobra žene u braku bez manus-a, po dejstvu održaja, pređu u vlasništvo muževljevog pater familias-a. A i jedna i druga odredba su, u krajnjoj liniji, imale za cilj da pospeše proces raspadanja širokih porodičnih zajednica, odnosno proces emancipacije familiae kao uže patrijarhalne agnatske porodice, bazirane na privatnoj svojini i oličene preko pater familias-a.

Ključne reči: *Zakon XII tablica; izbegavanje manus-a po dejstvu usu-a; Jering; "istorijska enigma"; suprug bio lice alieni iuris.*

⁹⁷ Plus sur la famille dans les travaux mentionés de Stojcevic.