



UNIVERSITY OF NIŠ
The scientific journal FACTA UNIVERSITATIS
Series: **Law and Politics** Vol.1, N° 2, 1998 pp. 157 - 182
Editor of series: Milan Petrović, e-mail: milan@prafak.prafak.ni.ac.yu
Address: Univerzitetski trg 2, 18000 Niš, YU
Tel: +381 18 547-095, Fax: +381 18 547-950

CONCLUSIONS DES RECHERCHES SUR LA POSITION DE LA FEMME DANS LE PLUS ANCIEN DROIT ROMAIN

UDC: 396.2(37)

Mila Jovanović

Chargé de cours à la Faculté de Droit à Niš, Yougoslavie

Résumé. *Le but de ce travail est l'aperception et la réfutation des compréhensions fautive se rapportant à la position juridique et effective de la femme au cours des premiers siècles de la Rome antique. Comme une caractéristique particulière de l'ancienne société romaine, aperçue et notée déjà par les écrivains de la deuxième moitié du XIX siècle, apparaît un grand écart entre la position juridique et la position effective de la femme. La femme est très appréciée et très respectée non seulement dans la famille, mais aussi dans la société toute entière; elle a même de l'influence dans des événements très importants. En même temps, selon les compréhensions dominants dans la littérature, elle est presque absolument juridiquement soumise à l'homme et sans droits. Cet écart n'a pas pu être expliqué par des d'aucuns caractéristiques spirituelles particulières des Romains eux-mêmes. En réalité, l'écart n'est qu'apparent (fictif); à l'époque d'adoption de la loi des XII Tables cet écart n'eut pas lieu. Il est le résultat des opinions et des interprétations postérieures à l'égard de l'ancien droit romain. Bien qu'il existe une certaine priorité de l'homme, le contenu des instituts qui, directement ou indirectement, touche le status de la femme était différent de celui qu'on leur attribue postérieurement. L'écart apparaît seulement de la perspective d'une société totalement changée, d'une structure juridique tout à fait changée, des rapports entre des sexes changés (marqués par un antiféminisme accentués) et de différentes compréhensions en vigueur. Cet écart 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 certains d'entre elles, surtout celles du cadre des soitdistantes leges regiae, c'est presque sûr, n'appartenaient pas du tout à l'époque à laquelle on les place. A cet égard, leges regiae, comme une collection (requiel) inauthentique, présentent pratiquement la falsification de l'histoire. Ceci non seulement parce que Caton (antiféministe) ne les cite nulle part, mais parce que certaines de ses règles sur la position de la femme, comme sur les rapports conjugaux et familiaux, ne sont pas correspondants avec le temps de la fondation légendaire de Rome. Quant il en est de l'époque de l'ancienne Rome c'est seulement la loi de XII*

Received March 1, 1999

Tables qu'il fait considérer comme source du droit. Et, sur la base de cet loi, sans leges regiae, l'ancien droit romain ne pourrait d'aucune façon être compris si drastiquement patriarcal comme on l'a considéré de long des siècles. En réalité, les opinions traditionnelles sur la privation absolue de la femme et sur la soumission totale à l'homme, en droit romain ancien, sont fautives; et, l'écart entre la position juridique et la position effective de la femme n'est qu'apparent.

Ključne reči: *la femme, la position juridique, la position factique, l'écart, apparent, leges regiae, Loi des XII Tables*

Comme le professeur Astolfi, l'auteur de l'excellente oeuvre sur *leges caducaria*¹ l'aurait dit, après une pause méditative et critique, je reviens à mon travail.² J'estime, grace aussi d'unes part aux recherches supplémentaires, que j'ai faites entre temps³, que les idées fondamentales de ce travail sont suffisamment argumentées et tout à fait acceptables. Je note à cette occasion que même aujourd'hui ce thème est assez négligé dans la romanistique. Vu qu'en ce moment je ne suis pas en possibilité de faire traduire et publier mon entier travail (ce qui éliminerait éventuels manques de clarté), je présente mes conclusions auxquelles j'ai abouti durant mes plusieurs années longues recherches se rapportant à la position juridique et effective de la femme au cours des premiers siècles de la Rome antique.

1. Comme une caractéristique particulière de l'ancienne société romaine, aperçue et notée déjà par les écrivains de la deuxième moitié du XIX-e siècle, apparaît un grand écart entre la position juridique et la position effective de la femme.⁴ La femme est très appréciée et très respectée non seulement dans la famille, mais aussi dans la société toute entière; elle a même de l'influence dans des événements très importants. En même temps, selon les compréhensions dominants dans la littérature, elle est presque absolument soumise à l'homme et sans droits. Cet écart n'a pas pu être expliqué par des caractéristiques spirituelles particulières des Romains eux-mêmes. D'ailleurs, d'où le dualisme dans ce même esprit? D'où en même temps le respect et la soumission? En réalité, l'écart n'est qu'apparent (fictif), étant donné qu'à l'époque de l'adoption de la loi des XII Tables cet écart n'eut pas lieu. Il est le résultat des opinions postérieures à l'égard de l'ancien droit romain. Il est vrai qu'à travers ce droit ont été instaurés certains

¹ Astolfi, R.: *La lex Iulia et Papia*, Padova, 1986 (1 ed., 1970).

² Jovanovic Mila: *Position de la femme dans le plus ancien droit romain*, thèse de doctorat soutenue à la Faculté de Droit de Belgrade, 1984 (la commission: prof. dr Dragomir Stojcevic, prof. dr Jelena Danilovic, et prof. dr Obrad Stanojevic).

³ Quelques des résultats des recherches supplémentaires sont commentés dans mes travaux: *Leges Regiae* (question de l'authenticité), Recueil des travaux de la Faculté de droit à Nis (résumé en français), 1984; *La tutelle sur les femmes en Rome antique* (quelques autorisations des tuteurs), recueil des travaux de la Faculté de droit à Nis (résumé en français), 1985; *Rome de l'époque de Romulus - patriarcal ou matriarcal?*, recueil des travaux de la Faculté de droit à Nis (résumé en français); *Enigme à l'égard de l'écriture du manus de la loi des XII Tables*, le travail exposé à Congrès de SIHDA (52-ème session) à Madrid, 1998.

⁴ La liste des auteurs se trouve dans la thèse citée, et la liste plus complète dans la monographie. Certains auteurs seront mentionnés ici.

instituts qui plus tard sousentendent l'inégalité juridiques des sexes, c'est à dire rendront possible la soumission de la femme à l'homme (dans des conditions familiales et sociales tout à fait changées), mais au moment de l'adoption de la loi des XII Tables le droit n'était pas encore tourné contre la femme. Bien qu'il existe une certaine priorité de l'homme, le contenu des instituts qui (directement ou indirectement) touche le status de la femme était différent de celui qu'on leur attribue postérieurement à travers des interprétations et accommodations selon nouveaux besoins et buts, par quoi en réalité on introduit un nouveau contenu dans une vieille forme. D'ailleurs, les Romains faisaient cela dans le droit tout entier, non seulement dans celui qui se rapporte directement à la femme. Mais, l'accentuation de la prétendue grande soumission juridique de la femme à l'homme avait aussi son but particulier, caractéristique pour le développement des rapports entre les sexes dans cette société, dans une période marquée par un antiféminisme accentué.

Une telle conclusion s'impose à la base d'un aperçu sur le développement politique et économique-familiale de la société romaine depuis son apparition sur la scène historique, ayant en vue le degré du développement du droit à l'époque de la loi des XII Tables et ses objectifs (buts) fondamentaux quand il s'agit de la famille. Et aussi à la base des compréhensions des Romains d'alors et des normes hors juridiques d'alors, semblables aux normes hors juridiques chez certains autres peuples se trouvant au même degré du développement social. Le développement spécifique de l'ancienne Rome, caractérisé par l'élévation de la couche social des patriciens au deçà des plébéiens et avec une organisation politique en une société fermée, permet une longue sauvegarde de vieilles relations sociales au dedans de cette couche sociale, qui attribue à la femme une très haute position dans la société et dans la famille. En plus, le développement trop rapide de cette société (les booms économiques, le sursaut de certaines phases du développement qu'avaient les autres peuples) cause le maintien de vieilles normes (parmi lesquelles beaucoup en étaient apportées de l'époque de la société matriarcale), lesquelles se maintiennent longtemps et survivent pendant une longue période les conditions dans lesquelles elles étaient commencées. Outre cela, dans le cadre de la société patricienne fermée se déroule une vie économique intensive, ainsi que de nombreux changements dans l'organisation familiale. Le *consortium*, cette large communauté familiale, se dégrade trop rapidement, longtemps avant que le patriarcat s'y est solidement stabilisé, quoi que prépondérant déjà. Au dedans de celui-ci, quoique patriarcalisé (dans le sens éthimologique), la femme a gardé sa très respectueuse position, aussi bien à cause de sa fonction économique qu'à cause du maintien de vieilles relations dans la communauté familiale et du maintien des vieilles compréhensions apportées du groupe familial matriarcal.

Avant que, au sein du *consortium*, serait formée certaine priorité masculine, celui-ci se désintègre aux unités familiales plus restreintes. Le développement économique, stimulé par des contacts avec le monde hors de la société patricienne fermée, suscite les *gentiles*, presque égales entre elles, à devenir indépendantes. Les rapports de la propriété sociale selon *ager gentilitius* restent, alors que le *consortium* se désagrège avant d'apparaître comme porteur puissant de la propriété privé. Entre temps, à cause de la couche social des plébéiens de plus en plus forte et de la différenciation propriétaire de plus en plus présente, au sein des deux couches (quoi que les patriciens gardent encore longtemps pas mal de la vieille égalité), naissait l'Etat dans le sens classique du mot. Mais, à l'Etat, encore faible et pas encore suffisamment centralisé, ne convient pas le

raffermissement du *consortium* et c'est pourquoi, par le droit, il stimule sa désagrégation, soutient certaines tendances individualistes et stimule la famille en favorisant son chef. La vieille organisation économique-familliale s'écrase trop vite, en même temps que la *familia*, bien que porteur de la propriété privé individuelle, dans son intérieur, répète la vie et les rapports du *consortium*. En même temps, en beaucoup d'éléments elle garde aussi la vieille position effective de la femme, ainsi que les vieilles compréhensions qui, parallèlement avec sa fonction économique importante, lui assure aussi une importante renommée dans la famille et dans la société. En réalité, dans la société romaine, contrairement à la conviction traditionnelle sur une stricte patriarcalité, se maintiennent en effet les traces du vieux système matriarcal, c'est à dire les traces de ces phénomènes sociaux qui assuraient à la femme, à l'époque du matriarcat, une position exceptionnellement respectueuse. La voie spécifique du développement de la société romaine donc cause le fait que, même jusqu'à l'adoption de la loi des XII Tables, soit gardé la position effective de la femme très favorable, quoique, dans une certaine mesure, changée par rapport au passé. Un regard en arrière sur cette voie du développement de la société romaine, de même que l'analogie avec d'autres sociétés du degré correspondant du développement, prouve sans doute que les données sur la position effective de la femme sont exacts, même presque tous ceux qui se trouvent dans les légendes.

De l'autre côté, quoi que les phénomènes qui établiront la primauté des masculins et qui seront exprimés déjà dans les premiers lois écrits, le vieux *ius civile* n'a pas été si draconiquement patriarcal qu'on le présente plus tard. S'il avait été tel, ayant en vue la position effective de la femme, il n'aurait pas subsisté longtemps. D'ailleurs, une telle hypothèse, à la première vue, apparaît comme l'unique probable: c'est à dire que l'on avait essayé l'introduction d'un très stricte droit patriarcal et qui aurait été tourné contre la femme, et qu'on ne pouvait pas garder, ayant en vue sa position effective favorable. Cependant, il n'en est pas question d'une tentative non réussie, mais d'un droit qui, au moment de la formulation de certains instituts, a devant soi un tout autre but et non la soumission de la femme et la privation des droits. Car, grâce au dit courant du développement de l'organisation politique et économique-familliale romaine et aux tendances de l'Etat nouvellement crée vers la centralisation (qui se réalise par la stimulation, comme on le dirait, de la décentralisation du *consortium*, c'est à dire de sa désagrégation), l'Etat, à travers le droit, favorise le renforcement de la famille, favorise son émancipation vis-à-vis de l'influence des *agnats*, membres de l'ancien *consortium*. L'Etat le fait par *pater familias*, étant donné que patriarcat était habituel et selon l'habitude que le masculin soit à la tête du groupe familial, comme à la tête de l'Etat. Le droit d'alors n'a pas pour but de régler spécialement les rapports entre les sexes, réglés par des normes hors juridiques, ni de régler spécialement tous les rapports intérieurs dans la famille, aussi réglés par des normes hors juridiques existantes. Le droit a pour son but de dégager les rapports entre la *famille* et le *consortium*, d'aider l'émancipation de la famille, le but vers lequel tendent nombreux participants de toute la société d'alors, de l'un et de l'autre sexe. Les règles centrales dans le sens de ce but étaient celles qui permettaient au *pater familias* de décider sur le destin de la famille, des biens et des soins pour les membres de celle-ci. A côté de cetttes règles, devaient y venir d'autres normes, dont on avait besoin nécessairement, ayant en vue les changements que nécessitait la favorisation du groupe familial plus restreint. La plupart de règles qui, d'une façon ou d'une autre, touchent le status de la femme sont aussi importantes pour ce but central et non pour la privation de la

femme des droits. Et quoi que de cette façon on fondait le pouvoir juridique du masculin pour l'avenir, tel pouvoir qui s'en suit naturellement là où naissait la société d'esclavage, au moment de l'adoption des règles quelque pouvoir juridique expressif du masculin n'existait pas, alors que la femme a gardé presque la même importance qu'auparavant. Donc, l'ancien droit romain ne prévoyait aucun cas une telle soumission juridique de la femme qu'on lui a attribué plus tard. D'ailleurs, si le droit de cette époque avait été draconiquement patriarcal et dirigé contre la femme, et qui l'acceptait soi-disant sans proteste, il aurait été difficile d'atteindre plus tard ces améliorations au profit de la femme dont on parle régulièrement (ordinairement); ceci particulièrement quand on a en vue la tendance de la baisse de son autorité et l'aggravation de sa position effective. Les autorisations juridiques de la femme, qui ont suivi plus tard, suivent ne pas comme quelques nouveaux privilèges, mais parce qu'elle jouissait encore d'une importante position dans la vie réelle, d'un côté, et de l'autre, parce qu'elle n'était pas dans ces temps jadis privée de droits. L'ancien droit n'entraînait presque pas dans la position concrète de la femme, sauf dans la mesure où cela a été nécessaire à cause des changements qu'apportait la *familia*; mais en tous cas pas dans le sens de quelque soumission totale au masculin. En réalité donc, il n'y a pas eu de privation juridique des droits de la femme, ce qui est traditionnellement considéré comme une spécificité de la société romaine ancienne. Dans ce sens la société romaine ne se différenciait pas considérablement des autres anciens sociétés se trouvant au même degré du développement.

2. Dans l'ancienne société romaine, donc, il n'y a pas eu d'écart entre la position effective et juridique de la femme, d'écart qu'on souligne comme sa spécificité. Cet écart apparaît seulement de la perspective d'une société totalement changée, d'une structure juridique tout à fait changée, des rapports entre les sexes changés (marqués par un antiféminisme accentués) et de différentes compréhensions en vigueur. Les anciens instituts ont reçu plus tard un autre contenu, celui d'auparavant est oublié, consciemment ou inconsciemment. Les rapports entre les sexes déjà changés, l'antagonisme qui est né entre ceux-ci et le désir (l'aspiration) de soumettre la femme autant que possible, génère le désir (l'aspiration) de présenter sa soumission au masculin comme toujours existante. Les règles des XII Tables, peu nombreuses et pour les compréhensions postérieures assez abstraites, ont pu y contribuer (jusqu'à une distance). Il suffisait de trouver le moindre fondement pour la justification du primat du masculin, plus tard déjà manifestement instauré. Il a fallu aussi trouver dans le passé quelque trace de ce primat et l'interpréter de la nouvelle façon, en accord avec les nouvelles compréhensions. Et ces chausures là, on pouvait les trouver, jusqu'à une distance, dans les règles de la loi des XII Tables, abstraites et indigestes, et qui soulignent l'importance du *pater familias*, peu évoquant la femme. Cependant, cela n'a pas été suffisant et on a eu recours à un sage coup politique: "les lois royales" (*leges regiae*) ont paru. Par ce geste les Romains (ceux du genre masculin exclusivement paraît-il), ont fait preuve d'une intelligence qu'on peut rarement rencontrer, et de cette manière ils ont laissé aux milliers de générations l'héritage de grands préjugés sur les temps de l'ancienne Rome. Sans *leges regiae* l'ancien droit romain ne pourrait d'aucune façon être compris si draconiquement patriarcal comme on l'a considéré le long des siècles. Alors que de telles lois dans les temps anciens ne pouvaient pas exister, il est tout à fait sûr qu'il s'y agit d'une nouvelle création. Mais, un juriste cultivé de l'époque du Principat, ayant devant soi *leges regiae* (ne supposant pas qu'il ne pouvait pas

en avoir d'aucune façon à l'époque "royale") et interprétant les règles de la loi des XII Tables en accord avec celles-ci, il comprend l'ancien droit autrement qu'il l'était. En regardant l'ancienne époque de la perspective d'un droit développé, dans les circonstances sociales et familiales changées, des notions (opinions) modifiées totales et des rapports entre les sexes aussi transformées, il est naturel qu'il trouve dans ce droit une situation où la femme est soumise et totalement sans droit. Une telle interprétation continue de vivre et devient plus tard soulignée davantage, particulièrement dans la littérature européenne du XVIII et XIX siècle. En réalité, il paraît que les juristes du XVIII siècle et du début du XIX, dans l'ancienne société romaine, trouvaient que la femme était encore plus privée de droit que le pensaient les juristes romains eux-même, connaissant les légendes, bien qu'ils ne leurs donnaient quelque signification dans le droit.⁵

Quant il en est de l'époque de l'ancienne Rome, donc c'est seulement la loi des XII Tables qu'il faut considérer comme source du droit. Quant à ses règles, liées au rapports familiaux, on peut les interpréter seulement dans le cadre des conditions (occasions) politiques et économiques-familiales d'alors, ainsi que dans l'assemblage de normes hors juridiques d'alors, toujours très importantes dans la vie, dans certaines sphères même plus importantes que les normes juridiques. Et puis, il est nécessaire de se libérer, autant que ça soit possible, de l'influence des interprétations postérieures des anciennes règles, des interprétations qui, généralement, étaient d'accord avec des règles des *leges regiae*, formulées, il est sûr, plus tard, postérieurement. Une telle accès, une telle interprétation en effet renvoie aux idées fondamentales de la Loi dans le domaine des rapports familiaux, exprimées dans les règles centrales (de lui) dans ce domaine. A cette lumière, et en appréciant les données sur la condition de la femme selon les normes hors juridiques d'alors, on entrevoit tout à fait clairement que la loi des XII Tables n'avait pas prévu aucune privation particulière des droits des femmes et leur soumission. C'est beaucoup d'années plus tard que se crée une telle interprétation, par quoi on a changé le sens des anciens instituts contenus dans la Loi, ou on impute à cette Loi les instituts nouveaux-nés et dont les contenus étaient totalement étrangers aux temps de la Loi. C'est de là que se crée l'idée de l'écart entre le droit et la vie quand il s'agit de la femme, de l'écart qui n'a pas existé.

En réalité, le droit de cette époque traite très peu la position de la femme, celui-ci se sousentendait. Au moment de l'adoption de la Loi des XII Tables, par rapport à sa position effective, presque rien n'a été ni donné ni pris à la femme. En un mot, le droit écrit touche très peu la femme, c'est à dire seulement autant qu'il a été nécessaire pour exprimer sa position dans des conditions (occasions) familiales changées, sans vouloir exprimer sa position complète, qui se sousentendait.

Il est donc tout à fait sûr que certains des anciens instituts, traditionnellement considérés comme des instituts du pouvoir sur la femme, directement ou indirectement exprimé, à la vieille époque de Rome ont en réalité un contenu tout à fait différemment, et comme tels, ne contredisent en rien à la position effective de la femme. L'idée fondamentale du droit d'alors, là où il touche la famille et la position de ses membres, de la femme entre autre, a été l'émacipation de la famille de l'influence des larges

⁵ L'analyse des légendes certaines se trouve dans l'excellente œuvre de Herrmann Clodin: La rôle judiciaire et politique des femmes sous la République romaine, Bruxelles, 1964.

communautés familiales, l'indépendance de cette communauté familiale restreinte, qui correspondait mieux à l'Etat d'alors que le *consortium*. La plupart de règles de la loi des XII Tables qui, directement ou indirectement, touchent la femme et son statut, en réalité résulte de cette idée fondamentale, sans que cela doit être toujours claire à la première vue. La favorisation juridique de la famille, sauf (à côté) des règles par lesquelles elle le fait directement, par le soulèvement du *pater familias*, suscitait aussi certaines modifications de la position de la femme, qui aussi devaient obtenir une expression juridique. Mais, ces modifications, au moment de l'adoption de la Loi, ne signifiaient aucunement aucune soumission absolu de la femme au masculin, bien que tout l'ancien *ius civile* fût déjà patriarcal. Ces modifications, de quelque façon, étaient les annexes des règles générales par lesquelles on voulait atteindre le but projeté. Quoi que l'activité de droit public était déjà le domaine des masculins et la loi des XII Tables sans doute patriarcalement colorée, le but primordial des règles de la Loi d'alors (et nous ne pouvons pas parler que d'eux) n'a pas été la tendance de soumettre totalement la femme au masculin, comme on les a interprété plus tard.

3. Tout d'abord, cette fameuse *patria potestas* du *pater familias*, qu'on lance depuis des siècles comme exemple de l'omnipouvoir du masculin dans la famille (sur toutes les personnes, sur la femme donc aussi) et qu'on considère existante prétendument depuis la fondation de la Rome, en réalité comprend de beaucoup moindre nombre d'autorisations et leur différent contenu; et ceci non seulement à l'époque de l'adoption de la loi des XII Tables, mais aussi un peu plus tard. D'ailleurs, dans la passé plus éloigné de la Rome il n'y avait ni de *pater familias* ni de son pouvoir. Et quand il est apparu, il était loin de ce pouvoir qu'on lui attribuait plus tard. Non seulement que sa position effective était tout à fait différente de sa position juridique, vue qu'en réalité ni l'ancien droit ne lui donnait ces pouvoirs qu'on lui attribuait plus tard, au moins pas au moment quand *patria potestas* a été défini. D'ailleurs, la loi des XII Tables ne souligne aucun pouvoir absolu du chef de la famille, quoi qu'il soit l'unique à qui la Loi permet de décider du sort de la famille après sa mort, des biens et de la tutelle pour les personnes dans la famille qui en avaient besoin.⁶ A vrai dire, la Loi mentionne la vente du fils, mais, tout mis en jugement (en accentuant la triple vente comme façon de libération du pouvoir paternel) le plus probablement à cause de l'adoption de la part d'un autre chef de la famille,⁷ et non comme la vente dans le sens de l'omnipotence sur les fils. C'est plus tard que la *patria potestas* s'est transformée au vrai pouvoir sur les membres de la famille, mais jamais, le dirait-on, dans le sens qu'on lui attribue traditionnellement. Au moment de l'adoption de la Loi en tout cas ce pouvoir n'est ni approximativement près de ce qu'on pense traditionnellement de son contenu, non seulement effective mais juridique aussi. Par la loi des XII Tables on ne faisait que bâtir le fondement du pouvoir du *pater familias*; la *patria potestas* était en cours de naître. La Loi ne le mentionne pas explicitement, et ceci non parce qu'il sousentendait et était connu par tous, mais parce qu'il venait de se définir. C'est seulement avec l'écoulement du temps, et dans un climat social correspondant, qu'il obtiendra la qualité du pouvoir indubitable (expressif).

⁶ Loi des XII Tables, V, 3: *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto.*

⁷ Loi des XII Tables, IV, 2: *Si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto.*

C'est à dire, quand on exclut les *leges regiae* et quand on observe les règles de la loi des XII Tables dans le contexte des rapports sociaux globales d'alors, une conclusion s'impose et c'est que cette Loi n'avait pas pour son but de régler particulièrement et en détails la *patria potestas* comme le pouvoir sur les membres de la famille, c'est à dire ne visait pas à la réglementation des rapports intérieurs de la famille, au moins pas particulièrement. Certaines pouvoirs du père sur les enfants se sousentendent, selon les normes hors juridiques, comme dans la famille restreinte, de même que dans la large communauté familiale, mais cela ne veut pas dire l'omnipotence, la Loi n'y entre pas. La mesure dans laquelle elle définit la *patria potestas*, sans la mentionner explicitement, la définit (determine) en réalité plutôt vers l'extérieur, hors de la famille elle-même. Autrement dit, les rapports fondamentaux qu'elle désire régler juridiquement sont les relations de la famille et du *consortium* et dans certaine mesure les rapports entre la famille et l'Etat; c'est à dire avant tout il désire régler le rapport du *pater familias* et ses consorts, en rendant possible que le *pater familias* puisse être hérité par ses enfants, et seulement indirectement touche les rapports intérieurs entre *pater familias* et les membres de sa famille.

La Loi, en réalité, tend à désagréger le *consortium*, dont la force a pu menacer l'Etat, c'est à dire son unité, et favorise la famille déjà née, mais pas encore suffisamment fortifiée et dont la survie indépendante est menacée par les vieux rapports et concepts du *consortium*. L'Etat stimule les tendances individualistes (quoi que celles-ci ne le sont pas encore dans le sens du plus tard), les tendances de séparation des groupes familiaux restreints du sein du *consortium*. Comme on le dirait, l'Etat et la famille tendent vers le même but. Et, en tendant vers l'émancipation de la famille, l'Etat le fait par l'intermédiaire de son représentant, *pater familias*. Selon déjà existante organisation patriarcale (quoi qu'il ne s'agisse pas du patriarcat dans le sens classique),⁸ selon l'habitude que le masculin se trouve à la tête du groupe familial, et le fait qu'il est le guerrier et porteur de l'activité publique, il est compréhensible qu'il soit considéré du représentant de la famille. En définissant juridiquement l'indépendance de la famille l'Etat le fait par intermédiaire de son représentant – *pater familias*, en lui transmettant tous ces droits dont disposaient la génération des adultes dans le *consortium* et, avant tout les plus importants, les droits de propriété.

C'est à lui que la Loi permet de décider des biens, ce que, auparavant, pouvait uniquement la génération des adultes, toute la génération; c'est à dire la Loi lui permet de transférer sa propriété à ses propres descendants, sans devoir, comme auparavant, associer à la propriété des *agnats* vivants, pour qu'elle soit plus tard héritée par ses propres descendants et par les descendants des *agnats* ensemble. En même temps, on prévoit les actions (*actiones*) du partage à propos du partage des biens entre les souchéritiers (cohéritiers),⁹ toujours dans le même but; mais on interdit la gaspillage des

⁸ Plus du temps patriarcal, v. Engèls, F.: L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat, la traduction en serbe, Belgrade, 1976. p. 52 et plus loin; aussi v. Bebel, A.: La femme et le socialisme, traduction de l'allemand en serbe, Belgrade, 1956. I part; Simone de Beauvoir: Deuxième sexe, Paris 1949, antraduction en serbe, Belgrade, 1982.; (Les faits et les mythes), p. 105 et plus loin.

⁹ Loi des XII Tables, V, 10: *Haec actio (familiae) eriscundae) proficiscitur e lege XII tabularum (Gaius, D. 10, 2, 1, pr)*

biens familiaux.¹⁰ En transférant au *pater familias* avant tout les droits de propriété de toute la génération, l'Etat, en réalité, lui transmet aussi d'autres droits de la génération des adultes vers la génération des enfants; c'est à dire elle les concentre dans ses mains, par quoi les obligations des plus jeunes se concentrent vers *pater familias*, comme représentant de la génération des adultes. Cependant, au moment où tout cela se passe, cette concentration des droits dans les mains du *pater familias*, même par hasard, ne signifie aucunement son omnipotence, ni le droit tend de définir comme telle sa position. La position des enfants, de même que la position de la femme dans la famille, en ce moment, effectivement, ne change pas considérablement. La femme, en tant que mère, aussi bien comme épouse, garde son vieux rôle, sans que cela soit visible à travers le droit.

C'est à dire, dans les rapports intérieurs de la famille, en plus grande partie réglés par des anciens normes hors juridiques, le droit n'entre presque pas, surtout il ne définit pas quelque soit pouvoir du *pater familias* sur la femme dans la famille. L'intérêt de la femme d'alors était commun avec l'intérêt de son mari; elle seule, ainsi que le *pater familias*, tend à ce que les biens de la famille soient transférés à leurs descendants et que la famille soit debout comme une unité indépendante. Au moment de l'adoption des règles qui permettent au *pater familias* de décider sur le destin de la famille, le fait que la femme n'est pas mentionnée ne signifie pas qu'il se définit quelque pouvoir du *pater familias* sur elle. La Loi ne le dit nul part, ni elle tendait spécialement vers ça. Ce n'est que beaucoup de temps plus tard que la *patria potestas* se transformera en vrai pouvoir, quoi que pas si draconique comme on le considère. La favorisation juridique du *pater familias* au nom de la famille servira comme base pour son future élèvement au dessus de la famille, et par conséquent de la femme dans celle-ci; elle servira comme base de l'inégalité juridique du masculin et de la femme dans la famille. Mais, c'est seulement avec l'apparition des *leges regiae*¹¹ que l'ancienne *patria potestas* sera comprise comme le pouvoir absolu du *pater familias* et comme tel il sera traité à travers toute l'histoire romaine, toujours quand on dit l'ancien *ius civile*; et comme encore plus absolu, ce pouvoir sera compris dans la littérature du XVIII et du XIX-e siècle.

4. A côté de la *patria potestas* on souligne ordinairement dans la littérature la *manus*, comme le pouvoir du masculin sur la femme, aussi on le souligne souvent comme une manifestation de la *patria potestas* sur la femme. Jusqu'à l'apparition des oeuvres de De Coulange,¹² de Gide¹³ et d'Ihering,¹⁴ l'opinion générale était que la *manus* sousentendait le pouvoir absolu du mari sur la femme, et aussi en général le pouvoir du *pater familias* sur la femme, par le mariage amenée dans la famille. Après l'apparition des oeuvres citées les vieilles compréhensions dans une certaine mesure ont changées. Mais, dans la

¹⁰ Loi des XII Tables, V, 7b et 7c: *Lege XII tabularum prodigo interdicatur bonorum suorum administratio. Lex XII tabularum prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione iubet esse agnatorum.*

¹¹ C'est bien connu que *Leges regiae*, comme le recueil particulier, est mentionnée à peine du temps de Caesare ou du temps d'Auguste.

¹² De Coulange, F.: *La cité antique*, Paris, 1864. (traduction en serbe: *Anticka drzava*, Belgrade, 1956.).

¹³ Gide, P.: *Etude sur la condition privée de la femme*, Paris, 1885.

¹⁴ Ihering, R.: *L'esprit du droit romain*, Bologne-Paris, 1886-1888; Ihering: *Histoire du développement du droit romain*, Paris, 1900.

littérature juridique, même de la date récente, on rencontre la compréhension qu'il n'y a pas de différences importantes entre la *patria potestas* et la *manus*.¹⁵ Une telle compréhension d'une période de l'histoire romaine, d'un aspect particulier, ne serait pas tout à fait inexacte,¹⁶ si à côté de cette attitude on ne rencontrait aussi une autre: les femmes et les enfants étaient dans le pouvoir absolu du *pater familias*, c'est à dire que la *manus* apparaît comme le droit du mari, ou de son *pater familias* (ou de tous les deux), le droit qui comprenait le plein pouvoir sur la femme, seulement un peu plus doux que le pouvoir sur les autres personnes dans la famille, c'est à dire un peu plus doux que le *patria potestas*. Et plus encore, presque ordinairement on comprend *patria potestas* comme le pouvoir absolu dans la famille. Ces attitudes sont tout à fait sans fondements, ce qui est, nous estimons, suffisamment argumenté dans la thèse du doctorat citée, ce que, d'ailleurs, la règle de la loi des XII Tables prévoyant l'esquive de la *manus*,¹⁷ confirme aussi.

Car, malgré les points qui se touchent entre la *manus* et la *patria potestas*, depuis la début, il existent entre ces deux instituts des différences importantes, comme selon origine et ancienneté, de même selon le contenu. D'abord, la *manus* est un institut beaucoup plus ancien que la *patria potestas*. Dans certaine mesure ça voit dans des règles de la loi des XII Tables: on était en train de définir *patria potestas*, alors que *manus* est mentionné comme une institution déjà existante et qu'on pouvait esquiver. En réalité, la *manus*, à l'époque ancienne, apparaît comme le façon de fonder et de renforcer le patriarcat, comme un moyen de briser les liaisons matriarcales et d'instaurer un rapport patriarcal entre le père et les enfants, par l'intermédiaire de la femme, la mère des enfants. Donc, il est en train de naître la parenté et l'héritage patriarcal, c'est à dire le patriarcal devient prépondérant sur le matriarcal, à travers de *manus*. Comme tel, *manus*, c'est à dire le mariage *cum manu* est né déjà aux temps du *consortium*, à l'époque de sa patriarcalisation intensive. Jusqu'à l'époque de l'adoption de la loi des XII Tables la *manus* est un institut tout à fait habituel, le patriarcat est fortifié dans le sens de la parenté et de l'héritage, mais la femme aussi a gardé d'importants droits propriétaires, sans importance si ça se fait (acquisition des biens) par l'intermédiaire du père ou elle transmet propriété aux enfants par l'intermédiaire du mari. A côté du mariage *cum manu*, il était aussi courant, et déjà existant auparavant, le mariage *sine manu*, jusqu'à l'époque de l'adoption de la loi des XII Tables, qui était temporaire et qui aït, comme Levy-Bruhl estime,¹⁸ un mariage d'essai.

Et l'une et l'autre sorte de mariage existent donc jusqu'à l'adoption de la loi des XII Tables. Quant à la *patria potestas*, à l'époque de l'adoption de la loi des XII Tables, cet institut était en train de se fortifier, et la fortification de la famille provoque certains changements dans des rapports conjugaux. Cependant, comme *patria potestas*, à l'époque de sa naissance, ne présente aucun omnipouvoir du *pater familias* sur les personnes dans

¹⁵ Nombreux des romanistes présentent telle opinion, de quoi on parlait dans le travail de Jovanovic, M.: Position de la femme dans le plus ancien droit romain.

¹⁶ De la cette question on parlait chez l'analyse du *manus* primitif dans le travail.

¹⁷ Loi des XII Tables, VI, 4: *Lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo (usu) in manum convenire, ea quotannis trinocitio abesset atque eo modo (usum) cuisque anni interrumperet* (Gaius, In. 1, 111). Cette règle de la Loi est commentée dans le travail cité, le travail exposé (en français) à Congrès de SIHDA, 52-ème session, Madrid, 1998.

¹⁸ Lévy-Bruhl, H.: Nouvelles études sur le très ancien droit romain, Paris, 1947., p. 63-79.

la famille, et surtout pas sur la femme, ainsi la *manus*, encore moins présente quelque pouvoir (même quand on le lie avec lui, *pater familias*). La *manus* reste ce qu'il a été: la rupture de la communauté propriétaire et religieuse de la femme avec sa famille d'origine et l'instauration d'une telle liaison avec la famille de son époux, et gardera cette qualité assez d'années après l'adoption de la Loi.

D'ailleurs, aucune autre confirmation n'est pas nécessaire au fait que la *manus* ne présentait aucun pouvoir absolu du mari sur la femme de celle que donne la seule loi des XII Tables, bien sûr à condition que les *leges regiae* ne soient pas prises en considération. Car, si l'on comprenait la *manus* comme le pouvoir manifeste sur la femme, il serait extrêmement incroyable que la Loi prévoit aussi le *sine manu* mariage, ce qui devrait probablement signifier la possibilité de sauver la femme de ce pouvoir. Une telle conclusion pour le temps d'alors serait complètement mal fondée. On ne peut pas parler de quelle que soit émancipation de la femme à côté de cette règle, à l'époque où le mariage *cum manu* est la règle. C'est une autre chose si l'on a trouvé ici la germe d'un état futur, quand le mariage *sine manu* prédominera et qui, selon l'opinion générale, offre à la femme une plus grande liberté. Mais, la parole en est d'un autre temps et différent; et il est tout à fait sûr que la femme, à travers le mariage *sine manu*, ne pourrait pas obtenir quelque plus grande liberté si l'ancien mariage *cum manu* ne lui assurait pas une position assez indépendante (autant qu'il en était possible à cette époque) et si cette position libre de la femme dans la *manus* ne permettait pas à la femme de pouvoir l'éviter. Le rôle de l'Etat ici n'a pas été, comme on pourrait le conclure, de protéger la femme, ni l'Etat voulait quelque émancipation de la femme. N'a pas eu de besoin pour la protection ni l'émancipation, simplement cette règle sur l'esquive de la *manus* est survenue comme conjointe de celle qui favorisait la famille, par l'intermédiaire du *pater familias*. Cette règle aussi est liée au processus de l'émancipation de la famille, mais d'elle-seule, elle est la preuve de la grande liberté de la femme et de sa capacité propriétaire d'alors, autrement dit de ses droits de propriété.

La règle sur l'esquive de la *manus*, d'ailleurs, suscite les différentes compréhensions qui sont d'autant plus tendues et inadéquates si on considérait la *manus* comme le pouvoir manifeste du mari sur la femme. Une explication très rationnelle a essayé de donner Gide,¹⁹ en estimant que les intérêts propriétaires de la famille maternelle de la femme, ayant en vue son droit d'héritage ab intestat, dictaient l'esquive de la *manus*. Cette attitude est assez fondée pour l'époque postérieure de Rome et il est tout à fait probable que, quelque fois plus tard, cette vieille règle fût utilisée en effet dans ce sens; mais à l'époque quand elle a été adoptée, son sens était quelque chose d'autre et a été liée aux nouveautés dans l'organisation familiale. Ihéring a probablement bien remarqué que la compréhension du sens de la règle de la part de Gide, l'opinion qu'il avait lui-même au début,²⁰ n'est pas en accord avec l'ancienne famille romaine et aux anciens rapports à l'égard de la femme et il laisse le sens de la règle comme une grande "énigme historique"²¹, en renonçant de l'interpréter. Son attitude est semblable quand il interprète les règles sur l'*usucapio* des *res Mancipi* de la femme sous la tutelle des *agnats*. Aux temps jadis, quand on vivait dans le

¹⁹ Gide, P.: Etude..., p. 102-122.

²⁰ Ihéring, R.: L'Esprit..., p. 187.

²¹ Ihéring, R.: Histoire..., p. 53.

consortium et quand on y restait jusqu'à la mort, avec la propriété collective des consorts des deux sexes sur des biens, la question de l'esquive de la *manus* ne se posait pas. Les filles sortaient de la famille en emportant quelque partie des biens et les épouses y entraient en apportant de leurs côtés certains biens. Tout dans la famille, hérité ou gagné plus tard, était commun et tous les biens se transmettaient à la génération des jeunes. Cependant, avec la naissance de la famille la situation se change.

Le droit permet le partage de la propriété et permet au *pater familias* de nommer comme héritier un de ses fils; le désir de la majorité de couples conjugals est de devenir indépendants et de léguer ses biens à ses propres enfants. La femme, comme jeune fille dans la famille, reçoit d'importants moyens comme dot. Si elle entre dans l'union conjugale avec *manus* pendant que son mari n'est pas encore devenu la personne *sui iuris*, ses moyens seraient noyés dans le bien total de la famille dont le propriétaire, dans le droit, est le *pater familias* du mari. En cas du partage des biens il a pu se passer que le couple conjugal ne reçoit pas tous ces biens dotaux (parce qu'ils sont peut-être dépensés) ou d'obtenir, pour la même valeur, un héritage diminué. C'est la raison pourquoi la situation de la liaison conjugale *sine manu* déjà existante (temporaire) se prolonge tant que le mari ne devienne pas la personne *sui iuris*, ou d'une autre manière ne soit pas séparé de la large union familiale. A l'heure quand il sera sûr que les biens dotaux n'appartiendront qu'au couple conjugal dont il s'agit, c'est à dire que ce ne serait que le mari qui les obtiendrait juridiquement, sans que cela ne gêne les autres de ses droits de propriété, on accédait à la formation de la *manus*. Le plus souvent ce moment était lorsque le couple conjugal a pu devenir indépendant et quand il a pu transmettre ses biens communs (qui était seulement juridiquement dans la propriété du mari) à ses descendants. Donc, il s'agit encore une fois de l'émancipation de la famille, soutenue juridiquement de cette façon aussi. Le même but fondamental causera la règle qui parle de l'acquisition par la voie de l'*usucapio* des *res mancipi* de la femme sous la tutelle de l'*agnat*. Ces deux règles sont en liaison étroite. Cette liaison était remarquée encore par Gide qui interprète l'une et l'autre comme l'intérêt des *agnats* de la femme, ce qui est une compréhension fondée pour la période postérieure de Rome, mais pas pour la plus ancienne.

Autrement, la règle sur l'esquive de la *manus* a sûrement avec le temps reçu une autre signification et a été utilisée pour d'autres fins, aux temps quand les conditions familiales et sociales étaient changées, ainsi que les attitudes régnantes. Elle a pu servir, comme Gide le souligne, aussi aux intérêts des *agnates* de la femme, intéressés pour sa propriété. Mais, c'est un tout autre temps. A l'époque ancienne, ayant en vue les rapports entre les parents consanguins, particulièrement entre soeurs et frères, qui le plus souvent apparaissent aussi comme les tuteurs de la soeur (et qui, selon l'opinion de Gide, devraient être intéressés pour la propriété), une telle situation ne pourrait pas être imaginée. Faire des obstacles à sa soeur pour le mariage *cum manu* à cause de la propriété, à l'époque quand la *manus* était une règle et quand elle-seule y avait son intérêt, était incompatible avec des proches rapports et communications réciproques entre parents d'alors. Encore une fois il faut constater: l'esquive de la *manus* n'était pas l'esquive du pouvoir du mari, comme la *manus* ne présentait pas le pouvoir du mari. La compréhension contraire, et en ce cas, est due en plus grande partie aux "lois royales". *Leges regiae* ici aussi viennent à l'aide à l'interprétation de la règle de la Loi à la façon qui convenait au masculin de l'époque postérieure, mais heureusement, la règle sur l'esquive de la *manus* est conservée.

Quant à la règle qui prévoit le divorce de la part de l'époux, ou son annonce,²² il est difficile de l'interpréter avec une sûreté absolue, vu le fait que l'on en connaît seulement des interprétations en forme de contes paraphrasés et que le texte original n'est pas suffisamment clair. Comme la plupart d'autres règles de la Loi, celle-ci est aussi interprétée ensemble avec les règles des *leges regiae* et en accord avec celles-ci soulignées comme le droit absolu du mari à la rupture unilatérale de la communauté conjugale, étant donné que, prétendument, encore Romulus avait prévu une telle situation. Bien sûr, une telle compréhension est sans fondement. Quant à la règle, il est sûr qu'on prévoyait quelque forme de comportement du mari. Est-ce que la femme avait le droit à la rupture de la liaison conjugale ou non, dans la Loi on n'y voit pas. Mais, ce qui est tout à fait croyable, c'est que tous les deux époux avaient le droit au divorce pendant la période de la durée du mariage *sine manu*, alors que le mariage *cum manu* était probablement difficile à rompre pour tous deux époux. L'unique chose qui est sûre c'est que le comportement du mari, en cas du désir de la rupture du mariage, ne pouvait pas être arbitraire et sous-entendait certaine forme, aussi que le retour des choses qui appartenaient à la femme. Il est très probable qu'il s'agissait de la rupture du mariage *sine manu*, auparavant seulement temporaire et maintenant un peu plus durable; et qu'on n'imposait pas à la femme quelque forme que soit, il lui suffisait simplement de quitter la famille du mari, alors que lui (mari), ayant en vue la position effective de la femme et le respect dont elle jouissait, et ayant en vue aussi le fait que la femme vivait dans sa famille, il devait respecter certaine forme. Peut-être que celle-ci soit soulignée précisément parce qu'il s'agissait des groupes familiaux restreints, au sein desquels les événements importants, d'une certaine manière, devaient être exposés à la vue du public. De toute façon, le comportement arbitraire vers la femme ne pouvait pas avoir lieu, généralement parlé, et aussi à l'occasion de la rupture du mariage non plus. Une donnée, d'une époque très postérieure, sur l'expulsion d'un citoyen du Sénat, parce qu'il a renvoyé sa femme sans consultation du conseil de la famille, est une preuve suffisante.

5. Ensuite, il est tout à fait indubitable qu'à l'époque de l'adoption de la loi des XII Tables la femme a d'importants droits propriétaires, les droits qui sont, vu le rôle que la femme avait, un phénomène tout à fait compréhensible; et qui, de leur côté, présentent la base de la position matérielle future, relativement favorable. En effet, la Loi dit que la femme pouvait être propriétaire de si importants biens comme ce sont les *res Mancipi*. La règle sur l'esquive de la *manus*, comme on l'a dit, est liée précisément avec les biens propriétaires de la femme qu'on voulait transmettre dans la famille du mari, mais seulement au moment quand il devient la personne *sui iuris*. La règle sur le divorce dit que le mari remet à la femme ses choses. De nombreux exemples des légendes romaines citent des exemples de la libre disposition des biens de valeur de la part de la femme. En réalité, assez de données montrent (ce que certains romanistes acceptent) que, à cette époque, la femme a les droits propriétaires presque comme masculin: elle a le dot, on peut lui léguer des biens, elle peut hériter ab intestat. Selon l'opinion répandue aujourd'hui, la loi des XII Tables ne fait pas la différence entre les sexes quand il s'agit de l'héritage ab

²² Loi des XII Tables, IV, 3: *Illam suam res sibi habere iussit, ex XII tabulis clavis ademit, exegit.*

intestat: les règles citent les ordres des successeurs ne faisant pas la différence de sexe.²³ La position propriétaire très favorable de la femme est sans doute causée par certaines spécificités dans le développement de la société romaine. Tout d'abord, les Romains avaient encore des traces fraîches du système matriarcal à l'époque de la fondation de la ville et, désirant d'instaurer le patriarcat, grâce au développement économique rapide, ils gardent, en réalité, la vieille position de la femme. La femme garde d'importants droits propriétaires et il était normal (usité), vu qu'elle passe maintenant dans la famille de son mari, que ses parents (cousins), précisément à cause de ces fraîches traces matriarcales, lui donnent certains biens qui se transmettent au mari, pour pouvoir les transmettre aux enfants. C'est là où se trouve le fondement du dot. De l'autre côté, la femme dans le *consortium*, surtout parce que celui-ci vit relativement une courte période après la patriarcalisation, jouit de mêmes droits propriétaires comme masculin, sans égard si elle y est comme fille ou comme épouse. Comme fille, par le mariage, elle emporte certains biens, comme épouse elle apporte dans le *consortium*; mais, dans le cadre du groupe familial, tant qu'elle reste vivante, elle jouit des mêmes droits de propriété comme l'homme et le droit d'hériter égal, quoi qu'il ne s'agisse pas de la succession dans le sens classique du mot.

Avec la désagrégation du *consortium* la situation change dans une certaine mesure, surtout parce qu'on favorise la *familia* par l'intermédiaire du *pater familias*, à qui on permet de décider testamentairement sur la propriété. Cependant, quand ces changements sont survenus, quoi qu'ils se reflètent aussi sur la position propriétaire de la femme, il est sûr que cette position de la femme ne pouvait pas être menacée; c'est à dire qu'elle a gardé d'importants droits de propriété, ce qui sera la base de son indépendance matérielle ultérieure (future). La raison en est, en observant tout, dans le fait que le *consortium* s'est désagrégé trop vite, beaucoup plus vite que, dans son développement, il eut pu aboutir à la domination quelconque expressive du masculin. Grâce à ce fait, la femme, dans la nouvelle unité familiale, garde ses importants droits de propriété. Effectivement, sa position matérielle ne change presque pas, c'est à dire, elle continue d'avoir le droit au dot, ainsi que le droit de jouir dans tous les biens familiaux où elle vit, sans égard si elle est fille ou épouse. Cependant, la naissance de la famille, c'est à dire sa stabilisation, devait aussi y apporter certains changements, comme dans la position de l'épouse ainsi dans la position de la fille de la famille; mais ces changements en tout cas, au moins au début, ne gênent pas du tout le droit irrévocable de jouir des biens de la famille. Dans la lumière de ces changements, liés avant tout avec la favorisation juridique de la famille, s'ensuivent aussi certains changements dans la position juridique successorale de la femme, de la fille et de l'épouse. Ceci particulièrement ayant en vue l'apparition du testament qui a de priorité en comparaison avec l'intestat, mais encore une fois dans le but de l'émancipation de la famille et dans le but de la nomination du successeur masculin, comme futur chef de la famille et sacerdoce de la religion familiale.

Cependant, la notion sur l'égalité des sexes dans la position successorale *ab intestat*, selon la loi des XII Tables, d'une certaine manière, est exacte et en même temps n'est pas exacte. Il est exacte que la Loi ne fait pas la différence parmi les sexes des enfants dans la

²³ Loi des XII Tables, V, 4-5: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.*

succession ab intestat. Selon la majorité d'auteurs, déjà selon la Loi, les *sui* de tout les deux sexes étaient le premier ordre successoral. Stojcevic, cependant, estime que les *agnats* étaient au premier rang, tandis que les *sui* justement par le testament se mettaient en priorité par rapport aux *agnats* et que, par interprétation, aussitôt après l'adoption de la Loi, deviennent le premier ordre successoral.²⁴ Cette opinion semble tout à fait fondée, d'ailleurs elle ne gêne pas la notion sur le droit successoral ab intestat des fils et des filles, bien sûr pendant qu'ils sont dans la famille. Cette égalité est tout à fait compréhensible. Elle est apportée du *consortium*, trop vite désagrégé et où on sousentendait les droits successoraux égaux de toute la génération, de tout les deux sexes. Vue l'importance et le rôle de la femme à cette époque, il serait inimaginable qu'elle soit privée de ce droit. Tout de même, à l'époque de l'adoption de la Loi apparaît une certaine différence dans la position héréditaire des fils et des filles. Sans importance si la fille sera sous la tutelle, c'est une question à part. Mais, le testament introduit le changement, qui d'abord n'avait pas quelque grande importance pratique par rapport à la position de la fille, mais l'aura dans l'avenir.

Au fait, le but primordial du testament d'alors, comme l'a prouvé Stojcevic,²⁵ est la nomination du *heres* et l'assurance de la succession pour les *sui*, donc la tendance à ce que la famille reste ensemble et continue sa vie indépendante et en même temps à éviter son association à la famille des *agnats*. C'est précisément par le testament qu'on stimule le processus de la stabilisation de la famille, avec le masculin comme chef de la famille (ce qu'a déjà été l'apparition usité). En désignant donc le masculin pour le chef futur, le plus souvent c'est le fils, le *pater familias* coupe la succession ab intestat. Ce mode de succession ne s'affirme pas; au début pour exclure les *agnats* comme successeurs. De là, cependant, on provoque l'inégalité des sexes, quoi que, plutôt apparente à cette époque, il présente plutôt la base de la future inégalité que ne l'est en ce moment dans la vie pratique. Au fait, testamentairement hérite, au moins à la première vue, seulement le successeur nommé (le masculin), et non les autres fils ou les filles. Donc, le droit de succession ab intestat de la fille pratiquement ne s'exerce pas. Naturellement, par le testament, dans le sens du mot d'alors, dispose aussi seulement le masculin, comme le futur chef de la famille, donc seulement le fils, pas la fille.

Tout de même, au moment quand ce changement est survenu, la position de la fille pratiquement n'était pas changée. Comme auparavant, par le mariage, elle s'en va de la maison et jouit du dot, sans égard s'il y a eu de testament ou non. Au fait, il est tout à fait sûr que ses frères, si leur père n'était plus vivant, lui donnaient le dot comme le ferait le père s'il était vivant. Donc, même s'il se passait la succession ab intestat, il est sûr que la famille n'apparaît pas comme quelqu'un qui exige sa part particulière de l'héritage. Telles attitudes étaient possibles beaucoup plus tard, mais à cette époque on continuait à donner à la fille le dot traditionnel, sans égard s'il s'agit de la succession ab intestat. Dans ce sens, il est sans fondement l'interprétation de la règle sur l'esquive de la *manus* aussi que la règle de l'*usucapio* des *res mancipi* de la femme sous la tutelle des *agnats*, en qualité des règles qui empêchent la fille successeuse d'emporter la partie héritée. Un tel sens ces règles pouvaient avoir plus tard.

²⁴ Stojcevic, D.: *Uti legassit* de la loi des XII Tables, Annales de la Faculté de Droit à Belgrade, 1959.

²⁵ Stojcevic, D.: *Uti legassit*...

A l'époque de l'adoption de la Loi on traite les filles comme auparavant: on leur donne le dot. De l'autre côté leur situation ne change pas ni au point de vue testament, au moins au premier moment. Il est exacte que c'est seulement le masculin qui pouvait apparaître comme successeur testamentaire, mais il faut avoir en vue le fait qu'il ne s'agissait pas de la succession testamentaire dans le sens classique du mots. Il s'agit avant tout de la désignation du futur chef de la famille, à cause de son indépendance et pour exclure l'influence des *agnats*. La position matérielle de la fille ne devient pas changée à cette époque. Pendant qu'elles sont dans la famille, elles jouissent les biens également comme le successeur nommé, vue les rapports intérieurs dans la famille, effectivement encore toujours collectifs, bien que dans un cercle restreint. Lors du mariage, la fille reçoit le dot, de la part du père ou de la part de l'héritier nommé. Indépendamment de l'existence du testament, son dot est assuré comme quelque chose sousentendue. En plus, en arrivant dans la nouvelle famille, elle y obtient ses droits de propriété, comme en obtenait l'épouse dans le *consortium*. Donc, même avec le testament, sa position matérielle ne change pas significativement. Le plus probablement on lui leguait les biens dotaux, mais, même si ceci n'avait pas été fait, ses frères ne l'auraient probablement pas laissé sans dot, même si le père était mort, sans tout de même lui donnant une part concrète des biens.

C'est une autre question, quoi que très importante, comment cette situation continuera à se développer dans l'avenir. Car, le droit testamentaire seulement au profit du masculin, quoi qu'au début avec un but précisé et sans quelques gênes des droits de propriété de la femme, existants en ce moment, fondera un état de choses qui, ultérieurement, dans des conditions changées, aura d'importants reflets sur la position propriétaire de la femme. Car, *testamenti factio activa* reste le domaine des masculins, même au temps lorsque le testament a changé le but, c'est à dire au moment quand il est devenu l'instrument d'une pure disposition propriétaire. Et, dans ces conditions, l'inaccessibilité de ce droit à la femme a vraiment signifié l'inégalité, de loin plus grande que c'était celle des temps anciens, qui, au fond, dans la vie pratique n'était pas une inégalité exagérée. *Testamenti factio passiva*, la femme les aura plus tard, quoi qu'elle ne put pas être le successeur dans le sens de la loi des XII Tables. Et, ce droit probablement s'en suit du fait qu'elle recevait certains biens selon l'ancien testament; le plus probablement son dot lui avait été legué par le testament. Avec le temps, dans ce domaine, suivront d'importantes changements et limitations législatives, mais, c'est un autre temps.

Donc, avec l'apparition du testament, c'est à dire avec la consolidation de la famille par ce-même, s'en suivent certains changements par rapport au status de la fille, mais qui, pratiquement, en ce moment ne se reflète pas sur la position effective existante. Certaines modifications devaient se passer aussi dans le status de l'épouse et celles-ci étaient plus importantes qu'à l'égard de la fille. La loi des XII Tables ne mentionne explicitement nulle part l'épouse comme successeur, de même qu'elle ne mentionne la fille non plus, car il n'en avait pas besoin. Or, selon l'interprétation des règles de la loi des XII Tables par des juristes classiques, par exemple de la part de Gaius,²⁶ et d'autres aussi, on souligne que l'épouse, au point de vue de la succession *ab intestato*, occupait la position de la fille (*filiae loco*), et comme telle appartenait à l'ordre des successeurs *sui*. Il est tout à fait

²⁶ Gaius, Institutiones, III, 3: *Uxor quoque quae in manu viri est ei sua heres est, quia filiae loco est. Item nurus quae in filii manu est, nam et haec neptis loco est...*

probable que cette position, aussi que l'instauration de l'ordre *sui*, est survenu à travers l'interprétation des règles de la Loi, peut-être très vite après l'adoption de la Loi; et ceci à cause du besoin qu'elle soit liée en droit, d'une certaine façon, au *pater familias*, c'est à dire qu'elle soit exclue de l'ancien ordre des *agnats*, parents de la large communauté familiale où elle appartenait auparavant. Vu le fait qu'elle se range dans l'ordre des *sui*, donc des descendants, ainsi que par égard au testament, qui est le domaine des masculin, déjà à la première vue s'impose la conclusion de l'inégalité de sa position en comparaison de celle de son mari. Mais, au moment de la création de cette situation, quoi qu'elle sousentend évidemment certaine priorité du masculin, au fait, il n'y a pas eu d'importante inégalité. Ils étaient seulement batis les fondements de cette inégalité, sans but primordial de priver la femme de ses droits, bien que la possibilité a été créée afin que, plus tard, puisse être tiré (au moyen de l'interprétation) un nouveau sens qui vraiment signifiera l'inégalité. C'est donc plus tard qu'on aboutira à l'inégalité, dans le sens propre du mot, dans des conditions familiales et sociales changées; alors que, à l'époque de l'adoption de la Loi, la situation avait un autre sens.

D'abord, le droit testamentaire au profit du masculin, quand on a en vue le but du testament d'alors, quoi qu'il prévoyait une certaine priorité, ne genait pas les intérêts de la femme. Elle-seule, aussi que son mari, est intéressée à ce que ses biens et les biens de son mari soient comme totalité transférés à leurs propres descendants et non d'être associés aux *agnats*; elle-seule est intéressée pour l'indépendance de la famille et sa libération de l'influence des *agnats*. En plus, la nomination du successeur ne change pas sensiblement sa position matérielle, même après la mort du *pater familias*. Il était habituel de lui léguer certains biens, c'est sûr. Aupès d'elle jouissait les biens familiaux comme auparavant, même sans égard au fait si l'on lui avait légué quelque chose, ce qui, probablement, au début, n'était même pas nécessaire. Ses droits de propriété, sans que ceux-ci ne le soient pas encore dans le sens classique, se sousentendent. Le soin de l'héritier pour la mère se sousentendait aussi. Dans les circonstances sociales et familiales d'alors, selon les attitudes de ce temps, l'existence de la mère ne pouvait pas être mise en danger. D'une certaine façon elle était considérée comme le copropriétaire ensemble avec le *pater familias* et après sa mort c'est elle qui reste comme unique membre de la génération passée des adultes, sûrement respectée comme auparavant. Il n'en pouvait pas être mot de quelle que soit privation des droits sur les biens familiaux.

D'autre part, s'il arrivait la succession *ab intestato*, l'épouse du *pater familias* était *sua heres*, le membre de l'ordre des *sui*, comme si elle était fille, *filiae loco*. Il faut souligner ici que cette formulation juridique a de beaucoup contribué à l'interprétation que, depuis toujours, la femme avait, dans la famille, généralement, la position de l'enfant. Telle attitude, d'aucun façon, l'expriment les règles de "lois royales" (*leges regiae*): la femme "en tout obéissante et docile à son mari", succédait comme la fille. Une telle compréhension est, cependant, une des plus grandes erreurs liée à l'ancienne époque de Rome. La femme se trouve dans une telle situation seulement dans le cadre de la succession *ab intestato*, en aucun cas dans la vie réelle. D'ailleurs, les données sur la position effective de la femme de cette époque et sur son autorité, sans aucun doute, nient telles erreurs. La position *filiae loco*, bien que sousentendant une certaine priorité du masculin, au début, était avant tout une façon juridique-technique pour exprimer la position changée de l'épouse à la suite de l'émancipation de la famille. Car, dans le cadre du *consortium*, la femme appartenait à la génération des adultes et avait des droits de

propriété les mêmes que les masculins de cette génération. Avec la naissance de la famille cette génération se brise; par le testament on exclue les *agnats*, les membres de toute l'ancienne génération du *consortium*, et on assure de telle façon la propriété pour ses descendants. Aussitôt après l'adoption de la Loi, par son interprétation, l'ordre des descendants, comme ordre des *sui*, se sépare et on le met devant l'ordre des *agnats*. Mais, en ce moment, s'est posée la question de la position de l'épouse. Si elle reste dans l'ordre des *agnats*, elle partage leur destin, ce qui était insensé, incompatible avec sa position effective dans la famille. L'épouse est là où est son époux; la propriété est essentiellement commune et l'un et l'autre tendent à la transmettre à ses descendants. Cependant, la position de la femme a dû être définie. Bien qu'elle soit d'une certaine manière le copropriétaire avec le *pater familias*, quoi que pas dans le sens classique, on a dû trouver sa place aussi dans le domaine de la réglementation juridique de sa position dans le cadre des rapports propriétaires dans la famille. L'ordre des *agnats* est mis dans le deuxième rang, la femme a dû être exclue de cet ordre. De l'autre côté on n'a pas pu en même temps, à cause de sa position, imaginer quelque nouvel ordre successoral, car il y a eu déjà trop de changements dont le plus important était celui des *sui*. Donc, tout à fait naturellement, l'unique solution possible s'était imposée toute seule: la femme est introduite dans l'ordre des *sui*. Elle n'a pas pu être désignée comme unique successeur du mari, elle est exclue de l'ordre des *agnats* et l'ordre des *sui* est créé précisément à cause des descendants. La tendance essentielle de cette époque, la continuité de la famille à travers un successeur nommé et la garantie de succession pour les *sui*, était contentée par le testament. La succession *ab intestato* était probablement rare; mais l'unique solution convenable juridique-technique, quand il s'agit de la succession *ab intestato* de la femme, a été trouvée dans son classement parmi les *sui*. Avec cela, il faut avoir en vue que l'épouse du *pater familias* de cette époque, restant après sa mort avec les enfants, ne tendait pas du tout de se séparer d'eux, ni d'emporter quelque partie particulière de la succession. Les vieux rapports des enfants à l'égard d'elle et la vie commune avec eux continue même après l'ouverture de la succession *ab intestato*, quand il n'y avait pas de testament de la même façon comme quand il y en avait.

Bien sûr, il reste le fait que de cette façon a été fondé le rapport d'inégalité entre l'époux et l'épouse. Du point de vue juridique l'époux est l'unique qui dispose des biens en cas de mort: il est l'unique qui peut tester. Du point de vue juridique il est aussi l'unique propriétaire des biens durant la vie. Après la mort de sa femme il n'a rien à hériter car, juridiquement, il était déjà le propriétaire de tous les biens, alors que sa femme, en cas de la mort de son mari, si elle est *intestatus*, ne succède qu'une partie enfantine. Mais, à cette vieille époque étaient seulement batis les fondements d'un état futur, à cette époque on ne sousentendait aucune privation de la femme de ses droits de propriété. C'est beaucoup plus tard, avec le changement du but du testament, dans des conditions sociales et familiales nouvelles, en présence de nouveaux sentiments et nouvelles compréhensions, cette vieille situation se transformera à une inégalité entre les sexes. A l'époque ancienne elle apparaît comme une conséquence naturelle de la tendance vers l'émancipation de la famille, en présence d'un patriarcat déjà né mais, dont le caractère était beaucoup plus proche à son sens étymologique que classique.

6. Enfin, la question de la tutelle doit aussi être analysée dans le cadre des circonstances sociales et familiales d'alors, et la règle qui parle du contenu de la tutelle,

une unique de ce genre selon la Loi, il faut l'analyser du point de vue idées juridiques d'alors. Cependant, si la loi des XII Tables avait vraiment littéralement défini une règle par laquelle on prévoyait généralement la tutelle sur la femme, cette règle, dans certaine mesure, ensemble avec celle de la divorce de la part de l'époux (si l'on l'interprétait de la façon traditionnelle), ceci aurait vraiment signifié que les Romains, encore dans cette époque, définissaient explicitement l'inégalité des sexes et qu'ils avaient explicitement posé la femme sous la tutelle du masculin dans la famille. On aurait pu supposer, si vraiment ceci a été comme ça, que ceci avait été fait sous l'influence des Grecs, ayant en vue une certaine commission envoyée en Grèce pour étudier la législation de Solon. Mais, il est difficile de croire que les anciens Romains avaient pu, cette femme si respectée, comme le disent nombreux données, par la voie d'une si importante loi, publiquement et décidément proclamer d'une "mineure perpétuelle"; et il est encore moins probable qu'ils auraient cité comme raison pour cela la "frivolité innée" de la femme. On aurait dit que les Romains de cette époque (au moins plupart) n'avaient pas pu avoir une telle idée. A vrai dire, on cite un cas d'abus de droit de la part d'Appius Claudius à l'égard d'une femme, mais cette essai a été payé cher. On aurait donc dit que les Romains de ce temps n'avaient aucune idée de proclamer la femme d'une "frivole innée" et il est encore moins probable qu'ils l'auraient publiquement exprimé dans une loi.

A vrai dire Gaius cite la "frivolité innée" à cause de laquelle les anciens, comme il le dit, voulaient que la femme fût sous la tutelle. Puis, il ajoute que les Vestales vierges y étaient exception, en constatant à la fin que "la loi des XII Tables le prescrivait" comme ça.²⁷ Tout de même, il ne dit pas que la Loi utilisait cette terminologie. En réalité, il est superflu, presque absurde d'en parler. En tout cas, la Loi n'a pas pu dire quelque chose comme ça, ceci est le fruit des compréhensions postérieurs et qu'on attribue (plus tard) à l'époque ancienne. La vieille tutelle, celle de la loi des XII Tables, de quelle façon qu'elle fut définie, si d'ailleurs elle fut définie de quelque façon, avait pu exister pour des raisons familiales, comme la tutelle sur les mineurs, et non avec le but de proclamer la femme comme une mineure perpétuelle. Gide l'a d'ailleurs prouvé d'une façon suffisamment convaincante.²⁸ Cependant, l'explication de l'ancienne tutelle qu'a faite Gide, bien que très rationnelle, n'est pas tout à fait convenable à cette vieille époque. La même chose en est avec son interprétation de la règle qui renvoie concrètement au contenu de la tutelle et qui ne convient pas tout à fait à ce temps. Il s'agit de la règle qui prévoit que les *res mancipi* de la femme, sous la tutelle des *agnats*, peuvent être atteintes par l'*usucapio* seulement si la femme les avait remis personnellement, avec l'autorisation de son tuteur.²⁹

En effet, à l'époque de la définition de cette règle, le but de la Loi n'a pas été, comme Gide le considère fautivement, de protéger les droits de la parenté de la femme, de ses tuteurs, c'est à dire de ses successeurs éventuels. Il est sûr que plus tard cette règle fut vraiment interprétée de cette façon, mais elle n'avait pas ce sens à l'époque de l'adoption

²⁷ Gaius, Institutiones, I, 144-145; loi des XII Tables, V, 1: *Veteres... voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, in tutela esse; ... exceptis virginibus Vestalibus, quas... liberar esse voluerunt, itaque etiam lege XII tabularum cautum est.*

²⁸ Gide, P.: Etude..., p. 102-111.

²⁹ Loi des XII Tables, V, 2: *Mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usu capi non poterant, praeterequam si ab ipsa tutore auctore traditae essent idque ita lege XII tabularum cautum erat (Gaius, In. 2, 47).*

de la loi des XII Tables. En effet, cette règle, comme celle de l'esquive de la *manus*, était accessoire des règles qui favorisaient directement la famille et elle est en effet en liaison avec la règle sur l'esquive de la *manus*. Pendant que la femme vit dans le mariage *sine manu*, en reportant (en ajournant) la *manus*, son intérêt, comme l'intérêt de son mari, était que ses biens ne tombent pas sous le pouvoir du *pater familias* de son mari, tant que celui-ci ne devienne la personne *sui iuris*. Pendant que la *pater familias* de la femme était vivant, quelque chose de semblable ne pouvait pas se passer, étant donné qu'il pouvait en tout moment manifester le droit de propriété sur les biens de sa fille, même quand elle les avait à sa propre possession, c'est à dire quand ils étaient dans la possession de la famille de son mari. Mais, c'est une autre situation quand la femme n'a pas son *pater familias*, sans égard si elle était le successeur ab intestat ou si elle a reçu le légat ou si ses frères lui avait donné le dot. En ce cas c'est la femme qui est le propriétaire; et son existence dans la famille de son mari et la possession de ses moyens de la part de cette famille pouvait aboutir à l'acquisition de la propriété sur ses choses par la voie de l'*usucapio*. Il a pu se passer que ses biens deviennent la propriété du *pater familias* de son mari avant que son mari devienne la personne *sui iuris* et avant que son mari et elle-seule ait pu fonder leur propre famille. Et ceci d'autant plus que la femme utilise son *usurpatio trinocitii*, c'est à dire quitte la famille de son mari pour interrompre l'*usus* afin d'éviter la *manus*. En ce cas, pratiquement, elle n'ait pas pu emporter tous ses moyens avec elle. C'était déplacé et probablement dans la pratique difficile à réaliser. Elle interrompe donc l'*usus*, qui imite *usucapio*, mais ses biens restent dans la famille du mari en quel cas on a pu appliquer la règle générale de l'*usucapio* (comme le *modus acquirendi* de la propriété). En inspirant le processus de la formation de la famille, le droit dans ce cas prévoit des conditions plus sévères pour l'acquisition de la propriété par la voie de l'*usucapio* sur les biens de la femme. La loi prévoit qu'elle les donne personnellement et ceci avec l'accord de ses tuteurs agnats, qui sont ses parents. En réalité, la loi protège son intérêt et l'intérêt de son mari tout en appuyant leur tendance vers l'émancipation (indépendance). Bien sûr, plus tard, cette règle était interprétée autrement: dans l'intérêt des tuteurs de la femme. Mais, il est tout à fait sûr qu'à l'époque ancienne elle ne comprenait aucune limitation particulière de la capacité de la femme de gérer les affaires; moins encore elle pouvait signifier quelque dédain de la femme. Bien au contraire, cette règle représente la preuve convaincante de la capacité de la femme d'être propriétaire, même des biens comme ce sont les *res mancipi*.

Du reste, il n'est pas incroyable que, selon la Loi, il n'y avait pas d'autres règles en liaison avec la tutelle; il n'est pas incroyable que peut-être elle n'exposait pas explicitement qu'il s'agit de la tutelle des *agnats* sur la femme, au moins pas dans le sens que la tutelle a plus tard. Il est possible que la règle seulement constate cette situation en sous-entendant certain patronage, quelque charge de veiller et le soin des *agnats* (du latin *tueor*), parce que la femme n'a pas de *pater familias*; à peine plus tard, par interprétation, on tire de cette règle un sens un peu différent. Donc, il n'est pas incroyable qu'il n'y eût aucune règle particulière par laquelle on définissait explicitement la tutelle sur la femme. Et s'il y avait tout de même une telle règle générale, le plus probablement par celle-là on ne faisait que constater le soin des *agnats* sur la propriété de la femme, étant donné qu'elle n'avait pas de père, alors que chez les Vestales ceci a été superflus, étant donné qu'elles sortaient de la famille. Cependant, plus tard, par l'interprétation d'une telle règle, sous les nouvelles conditions sociales et familiales changées, on retrouve soi-disant la tutelle classique sur la femme déjà dans la loi des XII Tables (comme aucun le pouvoir sur la

femme). Et ceci parce que, plus tard, est apparu un besoin pour la tutelle sur la femme avec le but de lui limiter de disposer librement des biens qui pouvaient être très importants. Les Vestales, bien sûr, continuent d'être exclues des règles valables pour les autres mortels, ce qui est tout à fait naturel, mais la femme, hors des cercles sacerdotaux, est presque régulièrement sous la tutelle. C'est une autre question quelle portée pratique cette tutelle a eu, ayant en vue que sauf la tutelle *agnate* il y avait aussi la tutelle testamentaire. Quant aux temps anciens, vue le rôle de la femme d'alors dans la famille et dans la société, une chose est certaine: la tutelle sur la femme dans le sens classique, telle qui apparaît plus tard, n'a pas pu exister d'aucune façon.

7. A la fin, il vaut, à la lumière de la situation sociale et familiale d'alors, s'arrêter aussi sur le domaine du droit public, d'où la femme est exclue, c'est à dire il faut souligner la différence dans la signification de cette expulsions, la différence qui existe entre l'ancienne période de l'histoire romaine et celle postérieure. Bien sûr, la comparaison sousentend l'analyse de chacune de ces périodes passés, mais dans ce domaine c'est plus facile de faire que dans la sphère du droit privé. En effet, c'est un fait bien connu et régulièrement souligné que la femme, durant toute l'histoire romaine, a été exclue du droit public. Aussi, la différence entre l'ancienne époque et l'époque de l'épanouissement de l'Etat romain, la différence dans le degré du développement et du caractère du droit public, la différence dans le niveau de son élaboration et de son importance, de même que la différence dans le degré de sa pénétration dans la vie familiale est aussi connue. La différence dans l'importance publique concrète du masculin, particulièrement dans le domaine du droit public et dans le reflet concret de cette activité pour la condition de la femme, c'est aussi connu. Donc, même sans analyse particulière des périodes suivantes de l'histoire romaine, la différence (parmi la société ancienne et des périodes suivantes) dans l'activité dans le domaine du droit public, dans son importance est connue. Et c'est de là qu'est visible clairement la différence dans la signification de la disqualification de la femme du champs de l'activité publique entre l'époque ancienne et des temps postérieurs de Rome.

En général, l'activité publique dans la période avant la naissance de l'Etat, a été le domaine du masculin; mais celle-ci ne leur donnait pas quelque primat particulier. L'activité de la femme avait le même poids que celle du masculin et le masculin était lié au groupe familial en plus grande mesure qu'à l'organisation politique de la société. Son activité politique est simplement le résultat de la division du travail entre les sexes, de même que c'était pour la femme le ménage. Avec la naissance de l'Etat la situation change, bien sûr parallèlement avec d'autres changements. Le masculin devient le créateur des lois, mais pas la femme. A l'époque de la loi des XII Tables, cette activité législative s'est déjà affirmée. Sa priorité dans ce champs est bien fondée, une priorité qui aura une si grande importance pendant les siècles de l'histoire romaine qui viendront, de même d'ailleurs que dans d'autres sociétés semblables. Cependant, à l'époque de l'adoption de la loi des XII Tables, l'activité du masculin en droit public n'est pas encore tournée contre la femme. Les règles de la Loi qui touchent le statut de la femme n'avaient pas pour le but de soumettre la femme à l'homme. La plupart de celles-ci sont venues comme conséquence de la tendance générale du droit de cette époque dans le domaine des rapports familiaux: la favorisation de la famille. C'est une autre chose que cette tendance, c'est à dire son résultat, se reflétera plus tard de la façon très importante quant à la

position concrète de la femme dans la famille. Mais, pas au moment de l'adoption de la Loi.

En effet, en ce moment, malgré certains changements accompagnants le changement de l'organisation familiale, la femme a, en grande partie, gardé sa position effective d'aparavant. Les vieilles normes juridiques ne définissaient pas tellement quelque important pouvoir sur elle; une telle compréhension des vieilles normes vient plus tard. A vrai dire, avec l'adoption de la loi des XII Tables certains changements importants dans la position sociale de la femme se sont passés, mais il est certain qu'elle a toujours gardé une grande autorité, appréciation et importante position dans la famille et enfin une influence considérable à la vie publique. Quoique la femme ne participe pas directement dans l'activité politique, elle a pu à cette époque avoir une influence effective importante sur elle. Donc, bien que le domaine du droit public, le domaine d'activité publique-juridique à l'époque de l'adoption de la loi des XII Tables soit déjà le domaine exclusif du masculin, les conditions pour que celle-ci se retourne contre elle n'étaient pas encore créées. A vrai dire, la légende de Virginie nous relève quel est le pouvoir du masculin qui crée et qui pratique le droit: le droit est abusé contre la femme; bien sûr en ce moment quand le processus de l'esclavage a été formé. Mais, l'abus a presque provoqué la guerre civile, comme à cause de la réaction des femmes, de même à cause de la réaction des masculins eux-mêmes, un fait qu'il faut souligner particulièrement. Ceci sans égard au fait que les rapports politiques des deux couches sociales y sont mêlés, l'importance de la femme dans la vie sociale d'alors, selon la légende, est indubitable.

Les raisons pour un tel état de choses sont claires. La femme a toujours un rôle important dans la famille, économique avant tout. Les anciennes attitudes et les vieux rapports entre les sexes sont en grande partie gardés dans la famille aussi. Le masculin, au niveau du développement social d'alors, (avant tout le développement de la production) est toujours lié à sa famille et sa femme dans celle-ci. Les vieilles attitudes, les vieilles normes, qui donnent à la femme une grande importance, sont encore vivantes. Le masculin ne s'est pas encore élevé au dessus de la femme (au moins non expressément), bien qu'il se soit élevé jusqu'au législateur. La femme lui est encore précieuse, l'antagonisme entre les sexes est presque inconnu et tout cela a de toute façon de l'influence à la nature de l'activité publique. L'activité publique du masculin à cette époque entre très peu dans des rapports concrets parmi les sexes, réglés par des normes hors juridiques. La question est touchée, à travers de la Loi, seulement dans la mesure nécessaire à cause du but fondamental dans le domaine des rapports familiaux. En plus, une catégorie de femmes garde pour ainsi dire le poste le plus haut, la catégorie des Vestales. Elles sont considérées de gardiennes du feu sacré, dans lequel on voit le salut de la ville et sa prospérité. Devant eux même le consul abaisse les gerbes – ce symbole de pouvoir suprême. Cette fonction, à l'époque où toute la vie est pénétrée de la religion, présente en tout cas un témoignage important au sujet du rôle de la femme généralement parlé, donc dans la vie publique aussi. Nombreuses légendes de leur part prouvent indubitablement l'influence importante de la femme même aux événements publics.

Bien sûr, avec le temps, la situation change. L'importance de la religion diminue, l'importance des Vestales aussi. Dans la sphère hors religion il y a aussi des changements. L'activité masculine dans la vie publique, surtout dans la création, interprétation et application du droit reçoit un autre caractère. Ceci est considéré d'un travail purement masculin, les femmes en sont exclues, pas parce que la division du travail entre les sexes

les lie à la maison, comme c'était auparavant, mais parce qu'on commence à considérer la femme indigne de ce travail. A l'époque ancienne une telle attitude n'existait pas, cette attitude est le résultat de la période postérieure. En créant, en interprétant et en appliquant le droit, petit à petit, avec le temps, le masculin le tourne contre la femme. A vrai dire, un tel essai à l'époque de Caton n'a pas réussi les femmes ont réussi à abolir *Lex Oppia* qui les affectait. Mais, ce n'a pas été qu'une trace retardée de leur force d'autrefois. Bien sûr, en ce qui concerne de changement dans le domaine de l'activité publique, beaucoup d'autres changements dans la société et dans la famille ont précédé celui-ci. Un nouveau caractère de la fonction publique du masculin jouera un rôle important dans le destin de la femme. Au moment de l'adoption de la loi des XII Tables l'absence de la femme dans l'activité publique est toujours plutôt le résultat de la vieille division du travail entre les sexes et ne la touche pas manifestement. Simplement, il n'était pas l'habitude qu'elle s'occupe de l'activité publique, quoi que personne à cette époque n'accentuait pas ce fait ni quelqu'un proclamait la femme incapable pour l'activité dans cette sphère. Son apparition sur la scène publique à cette époque n'était pas considérée d'audace, comme on l'estimait à l'époque de Caton, en certains cas la femme était rémunérée pour son activité publique.

8. On pourrait peut-être remarquer que la loi des XII Tables ne prévoit aucune protection particulière de la femme. Mais, la Loi ne prévoit non plus quelque privation de droit de la femme. Ici on peut mentionner une remarque de Gide au sujet de la position juridique de la femme dans certains sociétés de l'ancien Orient: "Sans doute, les législateurs de l'Orient protègent la femme, mais cette protection ne témoigne que de son incapacité: ils n'auraient dû avoir besoin d'une telle protection, si elle n'avait pas commencé à être impuissante".³⁰ La Loi romaine n'avait pas besoin de protéger la femme d'une façon particulière, ni de souligner de quelque façon ses droits. La femme a été très bien protégée par les normes hors juridiques existantes. Elle était insoumise et pour ainsi dire intouchable, grâce à la survivance du vieux rapports à son égard, hérité encore de la société gentile, du système gentil. Ses droits se sousentendaient et par conséquent il ne fallait pas les formuler par des lois, déclarativement. La femme a été mentionnée dans la Loi, mais avant tout dans la sphère des rapports du caractère propriétaires et ceci seulement dans la mesure où ceci a été indispensable à cause des changements qu'apportaient la naissance de la famille et sa favorisation juridique. Et c'est tout.

La soi-disante privation des droits de la femme, d'avant la loi des XII Tables et d'après cette Loi, n'est que la création du temps postérieur. Elle est le résultat de l'interprétation postérieure des anciens règlements, à travers le prisme des rapports complètement changés entre les sexes et à travers la projection de nouvelles compréhensions à l'égard des anciens rapports. Par ce procédé le sens des anciens instituts est tout à fait transformé et on a attribué à cette vieille époque les instituts et les manifestations qui n'y existaient absolument pas. On lui a attribué la privation des droits de la femme qui à cette époque n'existait pas, ni elle pouvait exister. Ce sont soi-disantes les lois royales (*leges regiae*) qui y ont contribué et même eu une influence décisive. Grâce à celles-ci, en grande partie, les règles de la loi des XII Tables ont été interprétées dans le sens que la femme était

³⁰ Gide, P.: Etude..., p. 45.

privée des droits. Ces règles, cependant, bien que prévoyant certain priorité du masculin, ne prévoyaient aucune privation des droits de la femme. En réalité les règles de la Loi renvoient plutôt aux certains droits de la femme, avant tout ceux de propriété, qu'aux limitations de ses capacités juridiques et d'affaires. Dans ces règles, dans certains mesures, on entrevoit une certaine protection de la femme, mais pas dans le sens de la protection du masculin. Il en est en général de l'assurance contre les aspirations des *agnats*, que quand il s'agit des autres membres de la famille; et en plus, ayant en vue que la femme, par le mariage, sort de sa famille, on prévoyait des règles annexes pour souligner sa place dans les circonstances nouvelles et changées. Mais, ses droits sont hors de doutes. Si selon la loi des XII Tables les droits de la femme n'avaient pas été quelque chose de normal et sous-entendu, c'est difficile qu'elle aurait pu les atteindre plus tard. Le fait qu'on ne prévoyait aucune protection spéciale, c'est seulement le signe qu'il n'en avait pas besoin. La protection de la femme, à l'égard de la protection des biens dotaux par exemple, était prévue à peine au moment lorsque ce besoin était survenu, aux temps lorsque les intérêts de la femme avaient pu être menacés; mais ce temps est assez loin du temps de la loi des XII Tables. Un tel danger à l'époque ancienne n'a pas pu se passer et donc il n'y avait pas besoin pour une réglementation juridique quelconque.

9. L'idée-mère de ce travail était les mots d'Engels: "Une des plus absurdes idée, héritée de l'époque des lumières, du XVIII siècle, c'est que la femme, dès le début de la civilisation déjà, était l'esclave de l'homme."³¹ Les opinions traditionnelles sur la privation absolue de la femme des droits à l'époque la plus ancienne de Rome et sur sa soumission totale à l'homme d'une certaine façon favorisent la subsistance d'une telle image. D'autre part, la perception de la position effective favorable de la femme à l'époque ancienne de Rome amène à la conclusion d'une spécificité bizarre de l'ancienne société romaine à l'égard de la position de la femme: dans la vie égale à l'homme, même plus respectée de celui-ci, et dans le droit absolument soumise et sans droits. En réalité, un tel écart n'a pas du tout existé: même juridiquement à l'époque ancienne de Rome, la femme n'était pas privée des droits. L'opinion, l'attitude, la compréhension sur la privation de la femme des droits est le résultat des interprétations postérieures de l'ancienne époque de Rome. J'estime que ceci est prouvé, d'une manière suffisamment convaincante, déjà dans la thèse de doctorat,³² laquelle était (auprès de recherches supplémentes) la base pour ce travail. L'argumentation complète sera exposé dans la monographie plus vaste, laquelle, j'espère, sera publié prochainement.

ELECTION DE LA LITTERATURE

I

1. Appianus: *Bellum civile*, trad. Stevanović, Belgrade, 1967.

³¹ Engels, F.: *L'origine...*, p. 46. Il faut noter que cet oeuvre on trait de l'aspect scientifique, mais non idéologique.

³² Jovanovic, M.: *Position de la femme dans le plus ancien droit romain*, thèse de doctorat soutenue à la Faculté de Droit de Belgrade, 1984. (la commission: prof dr Dragomir Stojcevic; prof dr Jelena Danilovic; prof dr Obrad Stanojevic).

2. Arrianus: Epicteti Enchiridion, trad. Đurić, Belgrade, 1958.
3. Budimir-Flašar: Aspect (sommaire) de la littérature romaine, Belgrade, 1978.
4. Caesar: Commentarii Belli Gallici, ed. Kloz, Lipsiae, 1923.
5. Cicero: Laelius vet de amicitia; Cato maior de senectute; De officiis (trad. Gavela-Tomović, Novi Sad, 1978); De finibus bonorum et malorum (trad. Pejčinović, Sarajevo, 1957); Somnium Scipionis (trad. Vojinović, "Latina et Graeca", Zagreb, 1987).
6. Danilović-Stanojević: Textes de droit romain, Bèlgrade, 1970.
7. Fragments de la littérature antique: Aulus Gellius: Noctes Atticae; Dionisius: Antiquitates romanae; Vačeri-Maximus: Factorum et dictorum memorabilium; Plinius: Historia naturalis (au devant de Budimir-Flašar: Aspect de la litt. romaine).
8. Girard, P. - Textes de droit romain, Paris, 1903.
9. Horatius: Epistulae, trad. Šalabalić, Belgrade, 1972.
10. Livius: Ab urbe condita, lib. I-II, trad. Pažur, Varaždin, 1896; lib. III, Leipzig, 1885; lib. XXI-XXII, trad. Perović, Beograd, 1924.
11. Malenica, A. - Origines de droit romain, Belgrade, 1993.
12. Osvalt, S. - Mythologie grecque et romaine, trad. Vilhar, Belgrade, 1980.
13. Plinius Secundus: Epistulae, trad. Vilhar, Belgrade, 1982.
14. Plutarh: Vitae parallelae, lib. I-II, trad. Đurić, Novi Sad, 1978; aussi trad. Đurić, Belgrade, 1958.
15. Romac, A. - Origines de droit romain, Zagreb, 1973; Paulus: Sententiae, Zagreb 1989; Ulpianus: Regulae, Zagreb, 1987.
16. Seneca: Epistulae morales, trad. Vilhar, Novi Sad, 1978.
17. Srežović, D. - Dictionnaire (encyclopédie) de la mythologie grecque et romaine, Beigrade, 1979.
18. Stanojević, O. - Gaius: Institutiones, Belgrade, 1982.
19. Suetonius Tranquillus: De vitae caesarum, trad. Hosu, Zagreb, 1978.
20. Tacitus: Annales, trad. Crepajac, Belgrade, 1970; Germania, trad. Čajkanović, Belgrade, 1977.
21. Vergilius: Aeneida; Georgikae (Budimir-Flašar: Aspect).
22. Zamarovsky, V. - Les héros des mythes antiques (encyclopédie de la mythologie grecque et romaine), trad. Jirsak, Zagreb, 1973.

II

1. Astolfi, R. - La lex Julia et Papia, Padova, 1986.
2. Bebel, A. - La femme et le socialisme, Belgrade, 1956 (trad. Tucović-Popović).
3. De Beauvoir, S. - Deuxième sexe, I, Paris, 1949 (trad. Milosavljević).
4. De Coulanges, F. - La cité antique, Paris, 1864 (trad. Prokić-Milosavljević).
5. Engels, F. - L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat, trad. en serbe, Belgrade, 1976.
6. Gaudemet, J. - Les cominautés familiales, Paris, 1963.
7. Gide, P. - Etude sur la condition privée de la femme, Paris, 1885.
8. Girard, P. - Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1918.
9. Herrmann, Cl. - La rôle judiciaire et politique des femmes sous la République romaine, Bruxelles, 1964.
10. Homo, L. - Problèmes sociaux de jadis et d'aujourd'hui, Paris, 1922; Les institutions politiques romaines, Paris, 1927; La civilisation romaine, Paris, 1930.
11. Ihering, R. - L'esprit du droit romain, Bologne-Paris, 1886-1888; Histoire du développement du droit romain, Paris, 1900.
12. Jovanović, M. - Position de la femme dans le plus ancien droit romain, these de doctorat, Faculté de droit de Belgrade, 1984.
13. Lampérière, A. - La femme et son pouvoir, Paris, 1909.
14. Levy-Bruhl, L. - La mentalité primitive, Paris, 1960.
15. Levy-Bruhl, H. - Nouvelles études sur le très ancien droit romain, Paris, 1947.
16. Monier, R. - Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1935.
17. Pareti, L. - Monde antique (Histoire de genre humain; développement culturel et scientifique), trad. Bujas, Zagreb, 1967.
18. Rostovcev, M. - Histoire du monde antique, I, trad. en serbe, Novi Sad, 1974.
19. Stanojević, O. - Gaius Noster, Belgrade, 1976.
20. Stojčević, D. - Adgnatus proximus, Droit de l'antiquité et sociologie juridique, Paris, 1959; Commencement de l'Etat romaine primitive, Recueil des travaux de la Faculté de droit à Belgrade, 1966; Les formes de la propriété dans l'ancienne Rome, Recueil des travaux de la Faculté de droit à Novi Sad, 1977; Gens, consortium, familia, Recueil de travaux de la Faculté de droit à Novi Sad, 1986; Uti Legassit de la loi des XII Tables, Annales de la Faculté de droit à Belgrade, 1959.

ZAKLJUČCI ISTRAŽIVANJA O POLOŽAJU ŽENE U NAJSTARIJEM RIMSKOM PRAVU

Mila Jovanović

*Cilj ovog rada je uočavanje i opovrgavanje pogrešnih shvatanja u odnosu na pravni i faktički položaj žene tokom prvih vekova antičkog Rima. Kao posebna odlika starog rimskog društva, koju su uočili i zabeležili još pisci iz druge polovine XIX veka, javlja se veliki raskorak između pravnog i faktičkog položaja žene. Žena je vrlo uvažena i veoma poštovana, ne samo u porodici već i u čitavom društvu; ona čak ima uticaja na vrlo važne događaje. Istovremeno, prema vladajućim shvatanjima u literaturi, ona je skoro apsolutno pravno podređena muškarcu i obespravljena. Taj raskorak se nije mogao objasniti nekim posebnim duhovnim svojstvima Rimljana. U stvari, raskorak je samo prividan; u doba donošenja Zakona XII tablica tog raskoraka nije ni bilo. On je rezultat kasnijih pogleda i interpretacija u odnosu na staro rimsko pravo. Iako postoji izvestan prioritet muškarca, sadržina instituta koji, direktno ili indirektno, dotiču status žene bila je drugačija od one koja im se kasnije pripisuje. Raskorak se pojavljuje tek iz perspektive jednog potpuno izmenjenog društva, sasvim izmenjene strukture prava, izmenjenih odnosa između polova (obeleženi izrazitim antifeminizmom) i drugačijih vladajućih shvatanja. Taj raskorak je više rezultat neadekvatnog tumačenja starih propisa i prevelike vere u autentičnost svih sačuvanih odredbi; a neke među njima, posebno iz okvira takozvanih **leges regiae**, skoro je sigurno, ne pripadaju vremenu kojem se pripisuju. U tom pogledu **leges regiae**, kao jedna neautentična zbirka, predstavlja praktično falsifikat istorije. I to ne samo zbog toga što ih Katon (antifeminist) nigde ne pominje, već i zato što neke njihove odredbe o položaju žene, kao i o bračnim i porodičnim odnosima, ne odgovaraju vremenu legendarnog osnivanja Rima. Kada se radi o vremenu starog Rima, samo Zakon XIX tablica se može smatrati izvorom prava. A na bazi ovog zakona, bez **leges regiae**, staro rimsko pravo ne bi nikako moglo biti shvaćeno onako drastično patrijarhalnim kako se vekovima smatralo. U stvari, tradicionalna mišljenja o apsolutnoj obespravljenosti žene i potpunoj podređenosti muškarcu, u starom rimskom pravu, pogrešna su; a raskorak između pravnog i faktičkog položaja žene samo je prividan.*

Ključne reči: *žena, pravni položaj, faktički položaj, raskorak, prividan, tzv. kraljevski zakoni, Zakon XII tablica (451 - 450 g.p.n.e.)*