

**LES DROITS DE LA FEMME
AU BAS-EMPIRE ROMAIN**

LE CODE THÉODOSIEN

TEXTES, TRADUCTION
ET COMMENTAIRES

PATRICK LAURENCE





LES DROITS DE LA FEMME AU BAS-EMPIRE ROMAIN
LE CODE THÉODOSIEN

Le *Code Théodosien*, qui n'est autre qu'une compilation des lois promulguées par les empereurs chrétiens du Bas-Empire romain, traite un grand nombre de thèmes impliquant la femme et son statut. Le présent ouvrage offre d'abord une synthèse permettant d'avoir une vue précise de l'état des différentes questions et de leur traitement par la loi : enfance, mariage, condition sociale, maternité, adultère, divorce, remariage, activités professionnelles, religion. La traduction et le commentaire de plus de deux cents textes de loi illustrent, analysent et éclairent chacun de ces thèmes, et une série de bibliographies thématiques offre un complément à une étude dont se dégage la réalité d'une condition féminine conditionnée en partie par le substrat religieux, mais aussi et toujours par des facteurs sociaux, économiques et politiques qui renvoient souvent la femme à une image dont les constantes sont le propre d'une civilisation patriarcale et de ses exigences morales.

Préface

Avec R. Delmaire et son équipe, le *Code Théodosien* suscite l'intérêt des scientifiques. En témoigne la publication du Livre 16 (*Sources Chrétiennes*) sur les Lois religieuses de Constantin à Théodose II. En une riche synthèse, P. Laurence, lui, s'attache aux femmes – thématique dont il est spécialiste –, et à leurs droits. Son édition bilingue, avec introduction et commentaire érudits, bibliographie immense, *indices* et chronologie utiles, présente toutes les situations des femmes au Bas-Empire, officiellement chrétien mais en pleine mutation sociale et doctrinale : mineures et pupilles, rapt, interdits matrimoniaux, *dignitas* et mesalliance, concubinage, union de la femme libre et de l'esclave, fiançailles, mariage, mère et enfants, adultères, divorce, veuvage et remariage, activités, rapports avec l'Église... cas dont l'actualité a un écho dans le monde contemporain où se célèbrent les droits et la journée de la Femme, mais où la Femme est encore violentée, bafouée, victime d'inégalités...

Aline Canellis

L'auteur



Patrick Laurence est né en 1951. Reçu à l'agrégation de Lettres classiques en 1974, il a enseigné dans le secondaire de 1976 à 1994. Auteur d'une thèse sur "La place et le rôle des femmes dans la vie et l'oeuvre de saint Jérôme", il est entré en 1994 à l'Université François-Rabelais de Tours, où il enseigne actuellement en tant que professeur de latin. Il est spécialiste des femmes dans l'Antiquité et de patristique.

Editions
Chemins de tr@verse

sur



Toute diffusion de son contenu, sans l'autorisation expresse de l'éditeur, sous quelque format que ce soit, viole les lois relatives au droit d'auteur et expose le contrevenant à des poursuites judiciaires.

© Éditions Chemins de tr@verse, Paris, 2012

Isbn 978-2-313-00363-3

Dépôt légal : mai 2012

Édition de mai 2012 (première édition)

Éditions Chemins de tr@verse – 2, rue Pierre Sémard – 75009 PARIS

Illustration de couverture : Hagia Eudokia

PATRICK LAURENCE

**Les droits de la femme au
Bas-Empire romain :
*Le Code Théodosien***

TEXTES, TRADUCTION
ET COMMENTAIRE

ÉDITIONS CHEMINS DE TR@VERSE

Avant-propos

Le projet du présent ouvrage est né d'une double curiosité : à l'égard d'une part de Bas-Empire et de ses bouleversements politiques, sociaux, culturels et religieux, d'autre part du statut de la femme au sein de ce monde qui est en crise, mais aussi en gestation. Des différentes composantes de ce statut, on trouve de multiples témoignages dans la littérature de l'époque, en particulier dans les écrits des Pères de l'Église. Mais l'éclairage le plus puissant ne devait-il pas être fourni par ce qui est à la base de leur statut, à savoir la législation romaine, dont le contenu fournit de précieux documents, par définition plus fiables et moins fantaisistes que la littérature ? Comment mieux juger de la place et du rôle de la femme dans une société donnée qu'à travers le traitement que lui réserve la législation, c'est-à-dire à travers les mesures qui la concernent, mais aussi l'esprit qui préside à ces mesures ? Le sujet a déjà suscité l'intérêt de l'analyse moderne, en particulier celle, remarquable, de Joëlle Beaucamp¹. Il restait à traduire les textes législatifs et à les commenter. L'ensemble du corps législatif du Bas-Empire étant trop vaste pour tenir dans un seul ouvrage², il s'imposait de respecter l'ordre chronologique³ en commençant par le *Code Théodosien*.

Dans un Empire devenu officiellement et légalement chrétien, le *Code Théodosien*, qui offre une compilation du système législatif⁴ composée de mesures allant de 311 à 437⁵, fournit plus de deux cents textes susceptibles d'éclairer le sujet qui nous intéresse⁶. Ce sont eux qui sont ici traduits (dans l'ordre), à partir du texte de Mommsen. Ils sont accompagnés de leurs interprétations (traduites elles aussi), qui appartiennent au *brevarium*, ouvrage composé dans la deuxième moitié du cinquième siècle, probablement en Gaule⁷. Les notes de commentaire visent non seulement à éclairer le sujet central de notre étude, mais aussi à favoriser la compréhension de tout ce qui relève du contexte. Pour plus ample information, des références régulières y sont faites aux bibliographies thématiques.

La première partie du volume est constituée par une rapide synthèse. Étant donné l'ampleur et le nombre des thèmes abordés, chaque question ne saurait être traitée de façon exhaustive. Ne sont donc généralement retenus et commentés que les aspects de la législation qui réservent un sort spécifique aux femmes. De la sorte se dégageront dix-neuf thèmes, traités selon un ordre dont la logique est, pour l'essentiel, celle des différentes étapes de la vie d'une femme de l'Antiquité romaine.

1. Beaucamp, Le statut de la femme à Byzance (IV^e-VII^e s.). 1. Le droit impérial, Paris, 1990 (XV) ; cf. aussi ARJAVA, 1998 (XV) ; EVANS GRUBBS, 1995 (VIII) ; FAYER, 1994 (VIII) ; GARDNER, 1986 (XV).

2. Ce qui n'interdit pas de fréquents recours aux lois du *Code Justinien (CJ)* et du *Digeste (D)* pour mettre nos textes en perspective.

3. Mais aussi qualitatif, le *Code Théodosien* (désormais *CTh*) ayant servi de matière première pour le *Code Justinien*.

4. Il n'était pas question, dans le cadre de cette étude, d'aborder les problèmes de constitution et de conservation du *Code*.

5. Pour la datation des lois, le plus souvent, nous suivons SEECK, 1919* lorsqu'il ne suit pas Mommsen, ce qui peut provoquer des modifications dans l'ordre chronologique de présentation. Le cadre de notre ouvrage ne permet cependant pas d'expliquer et d'argumenter le bien-fondé de chaque date.

6. Est actuellement en chantier chez Brepols une traduction du *Code* qui procède par livres.

7. Ces interprétations du *Breuiarum Alaricum*, rédigé au V^e s. pour les sujets des rois germaniques ne représentent pas toujours l'état exact de la loi à l'époque du *Code Théodosien*, car elles sont plus tardives.

La traduction et le commentaire sont suivis d'une bibliographie d'une ampleur inusitée⁸, aussi bien en raison de la variété des questions abordées que du nombre d'études qui leur sont consacrées : un tel complément a semblé indispensable pour compléter et éclairer à la fois l'introduction et le commentaire⁹.

Viennent enfin des appendices qui fournissent les repères indispensables à la reconnaissance des constitutions, aussi bien en matière de datation que d'identification des législateurs, ainsi que des destinataires et de leurs fonctions.

Le présent travail peut sembler ambitieux. Son auteur demeure cependant conscient de n'avoir pu, dans le cadre actuel, qu'effleurer une multitude de questions : il prie humblement ses lecteurs putatifs de considérer son effort comme une invitation au voyage, munis d'un bagage qu'il espère adapté à l'itinéraire entrepris.

8. Il n'était cependant pas question de fournir ici une liste exhaustive des ouvrages portant sur les femmes de l'Antiquité.

9. Pour plus de rapidité, les renvois aux ouvrages ne retiennent que l'auteur et la date, suivis soit de l'astérisque pour la bibliographie générale, soit du numéro romain permettant de les repérer parmi les bibliographies thématiques.

Introduction

Pour donner une idée précise des droits de la femme tels qu'ils apparaissent dans le *Code Théodosien* s'impose une synthèse¹, qui abordera les différents aspects de l'existence de la femme au Bas-Empire, ainsi que les fonctions qui lui sont dévolues. Nous suivrons donc les pas des mineures, plus particulièrement ceux des pupilles, puis nous nous attacherons à la question de l'union avec un homme, question très tôt posée à ces femmes de l'Antiquité : tout d'abord les unions illégales et leurs différentes modalités (rapt, interdits matrimoniaux, mésalliance, concubinage, relation avec un esclave) ; à quoi s'opposent les deux composantes successives de l'union légale, à savoir les fiançailles et le mariage, avec la double fonction d'épouse et de mère. L'état de *uidua* (la femme seule) peut être engendré par trois accidents : l'adultère, le divorce et le veuvage, la question du remariage se posant à chaque fois. Ces différentes modalités de la vie privée sont par ailleurs inséparables de deux autres composantes : le travail et la vie religieuse. Un tel panorama devrait permettre de parvenir à quelques conclusions susceptibles d'éclairer le portrait de la femme tel que nous le transmet le *Code Théodosien* au Bas-Empire.

I. Mineures et pupilles²

A. DÉFINITION ET SITUATION

La logique qui préside au tutorat est exprimée en 428 par Théodose II, qui définit la minorité comme le cas où « elles (les filles) ont été privées du secours paternel » (III, 5, 13). L'expression dit assez la permanence du principe de la *patria potestas* – avec les nuances que nous apporterons bientôt.

Au Bas-Empire, toutes les mesures qui concernent la mineure de 25 ans³ conservent en matière d'âge le calcul établi dès l'époque classique : comme le stipule II, 17, 1, § 1, on considère que sa nature confère à la femme une puberté plus précoce qu'à l'homme (12 ans au lieu de 14⁴), ce qui amène à lui accorder la *uenia aetatis* à 18 ans⁵, année correspondant pour elle à l'âge accompli (*plena aetas* : VI, 4, 17⁶), alors que le jeune homme ne la reçoit qu'à 20 ans.

1. Chaque chapitre de l'introduction cite en note les lois concernant le sujet traité. Sont spécialement mentionnés les titres du *Code* consacrés à ces thèmes. Certaines lois dont les composantes sont multiples se retrouvent dans plusieurs chapitres. Quand on renvoie à une loi du *Code Théodosien* ne faisant pas partie du présent corpus, elle est suivie du signe^o. Les chapitres et sous-chapitres (par ex. III, A) auxquels il est régulièrement fait référence sont ceux de l'introduction. La désignation des lois contient d'abord le numéro de livre en chiffres romains, puis celui du chapitre en chiffres arabes, puis, le plus souvent, en chiffres arabes aussi, celui de la ou des lois. Les numéros entre parenthèses qui suivent les auteurs correspondent à l'ordre des bibliographies.

2. III, 17 : *De tutoribus et curatoribus creandis* ; III, 30 : *De administratione et periculo tutorum et curatorum* ; IX, 8 : *Si quis eam cuius tutor fuerit corrupuerit*. II, 16, 3 ; II, 17, 1 ; III, 1, 3 ; III, 5, 3, 5, 8, 11, 12, 13 ; III, 6, 1 ; III, 7, 1 ; III, 11, 1 ; III, 18, 1 ; III, 30, 3 ; IV, 12, 3 ; IV, 14, 1 ; IX, 8, 1 ; IX, 21, 4 ; XIII, 5, 7 ; XIII, 10, 6 ; XVI, 2, 20.

3. Cet âge, qui s'étend jusqu'à 25 ans, est qualifié de *aetas pupillaris* : III, 18, 1.

4. Pour l'homme : IV, 3, 1, *interpretatio*, n. 35 ; pour les deux : IV, 14, 1, *interpretatio*.

5. Cf. II, 17, 1, n. 31.

6. La maturité de la femme est considérée par les Anciens comme plus rapide que celle de l'homme : ASTOLFI, 1965 (V).

Bénéficiant depuis l'âge classique du privilège de l'*ignorantia iuris* au double titre de son sexe et de son âge⁷ (II, 16, 3), sauf exception⁸, la femme pubère n'en était pas moins considérée comme juridiquement incapable, et la tombée en désuétude de la *tutela mulieris* imposait une autre forme de tutelle⁹. Ainsi donc, à 12 ans, lorsqu'elle n'est plus sous la *potestas* du *pater familias* décédé, elle se voit imposer un curateur, institution largement répandue au Bas-Empire, comme en témoignent les lois du *Code*¹⁰. Dès lors, le mineur de 25 ans sous curatelle étant juridiquement incapable, au même titre que le mineur impubère sous tutelle, l'institution de la curatelle provoque des mesures destinées à limiter ses inconvénients en prolongeant la protection offerte aux pupilles impubères¹¹.

C'est donc dès 12 ans que les femmes bénéficient des mesures prises en 329 par Constantin pour limiter, par une extension de l'*Oratio Seueri*, les pouvoirs des tuteurs et des curateurs sur les biens de leurs pupilles (III, 30, 3¹²). La mention des curateurs laisse clairement entendre le désir d'étendre la durée de la protection au-delà de celle de la simple tutelle des impubères : les indécidités des tuteurs ne devaient pas être rares quand il s'agissait des biens de leurs pupilles, si l'on en juge d'après la loi de 324 par laquelle Constantin accorde aux jeunes filles, dès 18 ans, la *uenia aetatis* leur permettant de gérer elles-mêmes leurs biens (II, 17, 1 – cf. *supra*). Par ailleurs, en 370, les mineurs des deux sexes se voient exemptés de l'*exactio* (l'impôt sur la plèbe : XIII, 10, 6). Cependant, les législateurs avaient conscience de la nécessité d'adapter leurs mesures à la période concernée du minorat : une loi de 326, pour le cas où des mineurs ont connaissance d'un délit de fausse monnaie, ne rejette la responsabilité que sur le tuteur de l'impubère, alors que que le pupille plus âgé est considéré comme responsable (IX, 21, 4).

B. FIANÇAILLES ET MARIAGE¹³

Les tuteurs et les curateurs ont désormais un pouvoir de décision en matière de fiançailles et de mariage (III, 5, 11 ; III, 6, 1) – droit qui leur sera retiré au sixième siècle (*CJ* 5, 1, 5, pr.). Mais le législateur se méfie d'eux, et leur volonté n'a toujours¹⁴ pas de valeur face à celle du père (III, 5, 12). Selon une loi de 332, ils s'exposent à une peine en cas de rupture de la promesse de fiançailles (III, 5, 5), et une autre de 380 permet à la mineure d'obtenir un recours contre eux si elle a dû payer l'amende consécutive à une rupture dont ils sont responsables (III, 5, 11, § 4). Qui plus est, en 326, énonçant de nouveau un interdit ancien¹⁵, Constantin condamne à la déportation et à la confiscation de ses biens le tuteur qui a abusé de sa pupille et qui cherche à l'épouser (IX,

7. Protection des enfants dans le droit romain : LEMOSSE, 1975 (I).

8. Pour une femme libre qui s'unit à un esclave du trésor : le droit classique en faisait une esclave, alors que Constantin lui conserve sa liberté (IV, 12, 3).

9. ZANNINI, 1979 (XV).

10. Au Bas-Empire, la curatelle des mineurs de 25 ans est devenue obligatoire, alors qu'elle ne l'était pas à l'époque classique : CERVENCA, 1989 (I).

11. Ce n'est cependant pas le cas dans tous les domaines : en 424 (IV, 14, 1, § 2), Théodose déclare que seul le pupille impubère peut éviter la prescription de temps afférente aux actions en justice.

12. Sur cette limitation, qui sera complétée par Justinien, cf. III, 30, 3, n. 431.

13. Pouvoir de décision de la mineure : ch. VII, A.

14. Règle du droit classique : VOLTERRA, 1929^b (VII), p. 300.

15. Sur l'interdiction du mariage entre le tuteur et sa pupille dans le droit classique et post-classique, cf. les réf. juridiques données par DESANTI, 1986 (I), n. 17, p. 449. Sur le thème : BORRELLI, 1997 (I), avec une bibl. (n. 3, p. 365-366).

8, 1) : le législateur cherche à protéger la liberté de la jeune fille, et sans doute aussi sa fortune¹⁶. L'importance de cette mesure est mise en relief par le fait que le *Code Théodosien* lui consacre un titre spécifique : “Cas de quelqu'un qui séduit celle dont il est le tuteur” (IX, 8).

On aura constaté que les fiançailles et le mariage sont au centre de la vie de la mineure : dans la Rome classique, le mariage de la jeune fille a régulièrement lieu à la puberté, ou peu après¹⁷. Le christianisme le fait reculer de quelques années, mais le seuil demeure en-deçà des vingt ans, et les fiançailles peuvent toujours avoir lieu avant dix ans (III, 5, 11, pr.¹⁸). Des mesures du Bas-Empire visent donc à protéger les mineures déjà mariées, ainsi que leurs biens : en 362 (III, 1, 3), Julien abroge une loi (perdue) de Constantin selon laquelle, avec l'accord de son mari, une épouse de moins de 25 ans pouvait disposer librement de sa fortune (on peut conjecturer que cette liberté fut ensuite retrouvée). En 330, afin d'éviter à cette épouse des difficultés matérielles lorsqu'elle se retrouvait seule, conséquences d'une décision inhumaine, Constantin avait d'autre part dispensé la veuve mineure des actes écrits pour valider la *donatio ante nuptias* – en spécifiant le caractère exceptionnel de cette décision, l'*ignorantia iuris* n'étant pas accordée aux femmes en matière de gain matériel (III, 5, 3¹⁹). La règle fut confirmée par Théodose II en 428 (III, 5, 13). Cette réglementation protectrice, qui porte aussi bien sur la personne que sur les biens des mineures, se verra confirmée dans le *Code Justinien*²⁰.

II. Le rapt²¹

Le *Code Théodosien* comporte deux titres portant sur ce thème, témoignage de son intérêt pour la question : De *raptu uirginum uel uiduarum*²² (IX, 24) et De *raptu uel matrimonio sanctimonialium* (IX, 25). Au Bas-Empire, le rapt²³, phénomène universel²⁴, apparaît comme un crime impardonnable²⁵ : il est qualifié de *tantum facinus* (IX, 24, 2 en 349), désigné par les termes *acerbitas* et *scelerosus* (IX, 25, 1 en 354), et mis à deux reprises au nombre des forfaits qui ne reçoivent pas l'amnistie pascale (IX, 38, 3 et 4) ; en 348, il se voit refuser le droit à l'appel par Constance II (XI, 36, 7) ; en 316, Constantin retire le privilège du for aux clarissimes qui enlèvent une jeune fille, et leur comparution devant le tribunal est immédiate (IX, 1, 1), procédure confirmée par Honorius et Théodose II en 409 (IX, 2, 5). Mais surtout, en 326 (IX, 24, 1), il réagit contre une législation laxiste qui admettait le mariage réparateur après un enlèvement²⁶, avec

ou sans *consensus* des *parentes*²⁷ : sans doute pour protéger les valeurs de la famille²⁸, il punit féroce²⁹ le double délit d'enlèvement d'une *uirgo* par la force ou avec son assentiment³⁰. En effet, à l'encontre du *ius uetus*³¹, la jeune fille est en cas de consentement l'objet d'une peine terrible (le *summum supplicium*), qui demeure lourde (perte des droits successoraux) même si ce consentement n'a pas eu lieu. Elle n'est cependant pas la seule à être frappée par la cruauté de la loi : ses parents sont punis de la déportation quand ils ont tu l'affaire (ce qui devait se produire très régulièrement, étant donné le déshonneur entraîné par le rapt³²) ; enfin et surtout, on verse du plomb dans la bouche de la nourrice complice (§ 1), et les autres esclaves coupables sont conduits au bûcher (§ 5). Ajoutons que les femmes convaincues d'avoir participé au crime ne voient pas leur peine allégée en raison de leur sexe (§ 5), contrairement à la distinction établie dans d'autres cas par le même Constantin (IX, 21, 4 pour les veuves). Cet empereur fit donc une tentative manifeste d'éradication de la pratique en privilégiant la répression pénale, dans une rigoureuse exigence à l'égard de la moralité à laquelle cet acte contrevient : la morale sexuelle était en cause, morale qui importe au premier chef à Constantin, si l'on en juge d'après ses lois sur l'adultère. C'est en effet à ce titre que la culpabilité de la femme est patente à ses yeux³³. Aussi, pour la première fois, la femme est-elle punie de son propre enlèvement, le législateur ne faisant que très peu de différence entre rapt consenti et ce qu'il considère comme rapt toléré.

Constantin refusa de statuer sur l'union et les enfants qui en étaient issus. En revanche, Valentinien I^{er} décide en 374 (IX, 24, 3) que cette union sera valide après cinq ans (le pouvoir d'accusation demeure, mais il reçoit ainsi une limite dans le temps), afin de protéger des unions consolidées par le temps, ainsi que les enfants qui en sont nés. Cette décision sera cependant abrogée en 533 par Justinien (9, 13, 1, § 2) qui, sans pour autant aller aussi loin que Constantin, abolira toute distinction entre le rapt d'une femme consacrée et celui d'une femme qui ne l'est pas, et qui élargira à tout rapt la qualité de *crimen*³⁴.

III. Les interdits matrimoniaux³⁵

De manière générale, pour différentes raisons (morales, sociales, religieuses), le Bas-Empire voit une aggravation des peines touchant le *matrimonium iniustum*.

16. C'était probablement déjà la principale raison de l'interdit dans le droit classique : BORRELLI, *op. cit.*, p. 387-388.

17. HOPKINS, 1965 (VIII). Son mariage n'existe juridiquement qu'à 12 ans, lorsqu'elle devient *uiripotens* : GARCÍA GARRIDO, 1957-58 (VIII) ; REINACH, 1956 (VIII). Cependant, DURRY, 1955 (VIII) croit en la possibilité du mariage avant 12 ans.

18. BEAUCAMP, 1992 (XV), p. 296-297.

19. Même décision en IV, 14, 1 et en D. 4, 4, 48, § 1. Julien demandera de nouveau les actes écrits : III, 5, 8.

20. CERVENCA, 1979 (I) ; LEMOSSE, 1975 (I), p. 249-251.

21. IX, 24 : De *raptu uirginum uel uiduarum*. IX, 1, 1 ; IX, 2, 5 ; IX, 24, 1, 2, 3 ; IX, 25, 1, 2, 3 ; IX, 38, 3 et 4 ; XI, 36, 7 ; XV, 7, 2 et 5.

22. Le titre du chapitre mentionne les veuves, bien qu'aucune loi ne le fasse : Constantin a pu vouloir étendre les mesures à leur personne (cf. IX, 24, n. 206).

23. Nous laissons ici de côté le cas particulier de l'enlèvement des moniales, considéré comme une *iniuria* à l'égard de l'Église, ainsi que celui des actrices, qui est sanctionné en raison du préjudice qu'il cause à leur profession (cf. ch. XIII, A et XIV).

24. EVANS GRUBBS, 1989 (II), p. 63. Littérature antique sur le thème : *ibid.*, p. 67-70.

25. Législation du Bas-Empire en la matière : *ibid.*, p. 71-78 ; PULIATTI, 1995 (II), avec une bibliographie (n. 1, p. 471).

26. EVANS GRUBBS, 1989 (II), p. 64, 71, 76.

27. DESANTI, 1986 (II).

28. PULIATTI, 1995 (II), p. 488.

29. Le droit classique était moins sévère : PULIATTI, *op. cit.*, p. 480-481.

30. PULIATTI, *op. cit.*, p. 482, a bien montré que le législateur ne laisse aucune échappatoire à la jeune fille.

31. Selon celui-ci, la jeune fille avait le choix : soit elle se désolidarisait de son ravisseur, auquel cas ce dernier subissait la peine capitale, soit elle l'absolvait en consentant au mariage, même à l'encontre de l'avis parental.

32. DESANTI, 1986 (II), n. 36, p. 203.

33. Peut-être Constantin chercha-t-il à lutter contre un relâchement de la morale féminine dû à l'affaiblissement de la *patria potestas* : GRODZYNSKI, 1984 (II), p. 701.

34. DESANTI, 1987 (II).

35. III, 7 : De *nubtiis* ; III, 12 : De *incestis nubtiis* ; III, 14 : De *nubtiis gentilium* ; III, 11 : Si *prouincia rector uel ad eum pertinentes sponsalia dederint* ; XVI, 8 : De *iudaeis, caelicolis et samaritanis*. III, 6, 1 ; III, 7, 2 ; III, 10, 1 ; III, 11, 1 ; III, 12, 1-4 ; III, 14, 1 ; V, 18, 1. IX, 7, 5 ; XVI, 8, 6.

A. L'INCESTE

Depuis toujours, les Romains abhorrent l'inceste³⁶, mais le Bas-Empire doit rappeler cet interdit aux provinciaux, essentiellement les orientaux³⁷ : Dioclétien avait pris des mesures en 295³⁸. En 342, Constance II suit sa voie, punissant de la peine capitale les mariages entre l'oncle paternel ou maternel et sa nièce (III, 12, 1). Il abroge ainsi en Phénicie l'exception faite pour Claude³⁹ ; en 396 (III, 12, 3), Arcadius rappelle cette prohibition en Occident, mais il abolit la peine de mort. Toujours en Occident, Constance II, puis Arcadius, interdisent le mariage avec l'épouse du frère et la sœur de sa propre épouse (III, 12, 2, en 355, et III, 12, 3, en 396⁴⁰) – mesure adoptée en Orient par Théodose II en 415 (III, 12, 4).

Pour le mariage avec une cousine germaine, que la loi classique avait autorisé, Théodose I^{er} se montre plus rigoureux en prescrivant en 384-386⁴¹ la peine de mort pour l'Occident, mais avec une possibilité de dérogation ; en 409, Honorius ne l'autorise toujours que par dérogation, en punissant de la *deportatio* les unions entre degrés plus proches (III, 10, 1) ; en Orient, avec la constitution III, 12, 3, Arcadius abolit en 396 la peine de mort prescrite par la loi de Théodose et ne conserve que les pénalités civiles ; mais, neuf ans plus tard, il supprime totalement l'interdit (*CJ* 5, 4, 19⁴²). Reste que, comme le montre III, 12, 3, l'initiative en la matière est prise le plus souvent par l'homme, l'inverse apparaissant comme une exception. C'est donc à l'homme qu'on s'adresse, et c'est lui que visent les peines⁴³.

B. MARIAGE AVEC UN FONCTIONNAIRE PROVINCIAL

Le droit classique interdisait déjà à un fonctionnaire provincial d'épouser une femme originaire de la même province, ou qui y résidait⁴⁴. Le Bas-Empire confirme cette règle en cherchant à protéger les femmes contre ce type de mariage : en 380, Théodose I^{er} exempte de toute peine pécuniaire la jeune fille (ou ses représentants) qui rompt des fiançailles conclues avec un fonctionnaire ayant usé de la contrainte (III, 6, 1 – il lui permet aussi de conserver les gages donnés lors des fiançailles). Il en fait de même pour le mariage, en prévoyant cette fois des pénalités (III, 11, 1 – cependant, il n'est pas question de nullité du *matrimonium*). Le patronat exercé par le gouverneur provincial pouvait en effet conduire celui-ci à conclure pour lui-même, ses enfants, ses proches ou ses alliés, des unions qui ne tenaient pas compte de l'avis de la jeune fille ni de ses parents : c'est l'un des aspects des abus de pouvoir exercés par les *potentiores* au détriment des *humiliores*. Un effet similaire est évoqué par la loi de 316 (IX, 1, 1), par laquelle, en s'appuyant sur

36. D. 23, 2, 39, 1. L'inceste va contre le *pudor*, les *mores*, le *fas*. Cf. XVI, 2, 44 (dans le cas de la mère, de la fille et de la sœur) : « Le lien naturel ne permet pas d'imaginer le moindre crime funeste. »

37. L'Égypte (HOPKINS, 1980 [III]), mais aussi d'autres contrées d'Orient telles que la Mésopotamie : LEE, 1988 (III).

38. Cet édit (*Collatio*, VI, 4) refuse en effet de reconnaître la légitimité des enfants issus d'un mariage incestueux, tout en leur épargnant la peine capitale : DE BONFILS, 1987 (XVIII), p. 426 ; GAUDEMET, 1979a (VIII), p. 345-346.

39. En 49 ap. J.-C., une exception avait été prévue par sénatus-consulte en l'honneur de Claude, qui voulait épouser Agrippine, la fille de son frère Germanicus : Tacite, *Annales*, 12, 7, 2, *CUF*, 1976, p. 50 ; cf. MOREAU, 2002 (III), p. 200-203.

40. À quoi on ajoutera une loi de Théodose I^{er}, dans les années 384-386 : *CJ* 5, 5, 5 (MOREAU, *op. cit.*, p. 242).

41. Cf. III, 10, 1, n. 242, qui renvoie à cette loi aujourd'hui perdue.

42. Sur la contradiction entre les deux, cf. BONINI, 1965 (III), p. 508-515. Mais la culture orientale suffit, semble-t-il, à expliquer la différence de traitement de l'inceste par rapport à l'Occident : RODA, 1979 (III), p. 298-299.

43. Cf. III, 10, 1, n. 239.

44. Par ex. D. 23, 2 38, pr. Cf. BEAUCAMP, 1990 (XV), p. 92-100 ; DELL'ORO, 1965 (III) ; VOLTERRA, 1975 (III).

un principe moral rigoureux (*omnem enim honorem reatus excludit*), Constantin renvoie devant la justice, sur place et sans délai, le clarissime qui enlève une jeune fille⁴⁵.

C. INTERDITS DIVERS

Nous ne reviendrons pas ici sur l'interdit du mariage entre le tuteur et sa pupille, qui permet à celle-ci d'éviter les effets (notamment financiers) d'une influence évidente (ch. I). Avec une loi telle que III, 14, 1, le problème matrimonial est tout autre : dans les années 370-373, pour essayer d'enrayer l'intégration des barbares au sein de la société romaine⁴⁶, Valentinien I^{er} et Valens, en bons défenseurs de la *Romanitas*, interdisent toute union entre Romains et barbares⁴⁷ en faisant preuve de la plus grande sévérité, puisqu'ils prescrivent la peine capitale.

Pour ce qui est de l'interdiction faite aux chrétiennes d'épouser un juif, les motivations sont diverses : en 339, lorsque Constance punissait de mort le juif qui avait dévoyé l'ouvrière d'un *gynecarium* (XVI, 8, 6⁴⁸), les intérêts économiques de l'État rejoignent ceux de l'Église ; mais, en 388, la mesure est généralisée : le mariage d'un Juif et d'une chrétienne (et l'inverse) est interdit par Valentinien II, et passible de la même peine que l'adultère (la peine capitale) : III, 7, 2 et IX, 7, 5. Il s'agit alors de lutter contre le prosélytisme juif, mais peut-être aussi contre la polygamie.

Économiques sont à l'évidence les lois sur le mariage dans les corporations, de même que l'interdit de l'union entre la femme libre et l'esclave a une *ratio* sociale indiscutable (nous en parlerons plus loin⁴⁹).

IV. *Dignitas* et mésalliance⁵⁰

D'après le contenu du *Code Théodosien*, les interdits portant sur les mésalliances reposent sur une double règle générale : le principe classique du *consensus* perdure⁵¹, et celui de l'égalité des statuts entre personnes mariées se renforce⁵². La nécessité de l'égalité de condition pour un *iustum matrimonium* est en effet affirmée à différentes reprises : en 397 (XIV, 7, 1), en 428 (III, 7, 3 : *pares honestate personae*⁵³). Sinon, il s'agit d'un concubinage.

45. Cf. ch. III.

46. La loi ne fut pas reprise, mais de nombreux témoignages littéraires et épigraphiques montrent qu'elle ne fut guère suivie (BIANCHINI, 1988*, n. 53, p. 235). L'importance accordée à la question se reconnaît au fait qu'en 397, 399 et 416, Honorius frappa lourdement ceux qui s'habillaient à la mode barbare (XIV, 10, 2°, 3° et 4°).

47. En 212, Caracalla avait donné la citoyenneté romaine (et donc le *conubium*) à tous les habitants de l'Empire, mais en excluant les *dediticii* (barbares qui avaient capitulé). Au IV^e s., Constantin ne l'accorda pas aux soldats barbares pérégrins (ni Latins ni citoyens romains), et peu d'officiers obtenaient le *conubium*. Après 370, l'attitude de rejet ne fit que se confirmer, surtout à la suite de la défaite des Romains contre les Goths à Andrinople (9 août 378). À partir de 380, les soldats barbares enrôlés dans l'armée romaine sont seulement des *aduenae* (étrangers sans *ciuitas* ni *conubium*) : DEMOUGEOT, 1981*.

48. Cette loi ne parle cependant pas obligatoirement de mariage : XVI, 8, 6, n. 160.

49. Cf. ch. VI et XIII, C.

50. VI, 2 : *De senatoria dignitate*. II, 1, 7 ; II, 19, 1 ; III, 6, 1 ; III, 7, 3 ; III, 11, 1 ; IV, 6, 3 ; IV, 8, 7 ; VI, 2, 12 ; VI, 4, 17 ; IX, 1, 1 ; IX, 7, 2 ; IX, 1, 1 ; IX, 9, 1 ; X, 20, 3 et 10 ; XII, 1, 6 ; XII, 19, 1 ; XIV, 7, 1.

51. RASI, 1946 (VIII).

52. Légalité a toujours existé en tant que principe dans la législation matrimoniale romaine, mais le droit classique compensait par la capillarité sociale, ce que ne fait plus le Bas-Empire : Michel, 1971 (IV).

53. VOCI, 1989 (V), p. 229-232.

A. L'ARISTOCRATIE⁵⁴

La dignité sénatoriale est toujours⁵⁵ héréditaire, pour la fille comme pour le fils : c'est ce que l'on peut déduire d'une loi de 377 (VI, 2, 12⁵⁶). De plus, comme le voulait déjà le droit classique et comme le confirme Valentinien II en 392 (II, 1, 7), les femmes acquéraient le rang social de leur mari⁵⁷. Tel est le cas de la femme d'un rang plus humble qui épouse un sénateur, et qui devient ainsi *clarissima* – à condition de ne pas se remarier ensuite avec un homme de rang moins élevé⁵⁸. En revanche, les lois d'Auguste interdisaient aux sénateurs de contracter une union⁵⁹ avec certaines catégories : une affranchie⁶⁰, une femme condamnée dans un *iudicium publicum*, une actrice et une fille d'acteur⁶¹. Sans doute pour réagir contre une mixité sociale de plus en plus fréquente par mariage⁶², la constitution ordonnée par Constantin en 336 (IV, 6, 3) donne une longue liste de celles avec qui un *iustum matrimonium* est impossible : outre les catégories déjà citées, on trouve l'esclave, la fille d'esclave, la fille d'affranchi, la cabaretière, les filles de cabaretier, celles de souteneur (les trois cas de figure sont liés à la prostitution) et de gladiateur, la marchande publique, la femme humble ou avilie⁶³ : on veut interdire le *iustum matrimonium* entre un personnage revêtu d'une *dignitas* et une femme socialement ou/et moralement déconsidérée. D'autre part, non seulement l'empereur applique des sanctions pénales à la mésalliance, mais les sénateurs ne sont plus les seuls visés : le sont cette fois tous les dignitaires de l'Empire⁶⁴. Il faudra attendre 542 pour que Justinien abolisse explicitement la mesure de Constantin⁶⁵.

B. LES DÉCURIONS (OU CURIALES)

En 318 (XII, 1, 6), selon la logique qui vient d'être énoncée, Constantin punit l'union entre un curiale et une esclave, en exprimant sa réprobation morale à l'égard de ce *sordidum conubium*⁶⁶. Cette fois, les raisons financières semblent les plus fortes. Qui plus est, il s'agit d'une

exception puisque, habituellement⁶⁷, l'homme libre qui s'unit à une esclave n'est pas sanctionné⁶⁸, ce qui se comprend quand on sait la liberté dont jouit depuis toujours le *dominus* en matière de relations avec ses *ancillae*⁶⁹. Constantin s'efforce donc d'écartier du mariage avec un responsable municipal toutes les femmes marquées par l'*indignitas* sociale ; il cherche sans doute aussi à remédier à l'affaiblissement de l'*ordo decurionum* et à éviter que la curie perde les biens et les enfants du couple⁷⁰. En vertu de cette loi, le décurion qui s'unit à l'esclave d'autrui sera déporté dans une île et la femme envoyée aux mines. La condamnation est donc plus cruelle pour elle, d'autant plus que dans le sénatus-consulte Claudien, qui envisageait le cas de figure inverse (union entre une femme libre et un homme esclave), l'homme était épargné : seule la femme libre était punie. Par la suite, si demeure valide la constitution de 225, selon laquelle l'homme libre qui vit en concubinage avec l'esclave d'un autre ne saurait en aucune mesure être réduit à la servitude (CJ 7, 16, 3), la législation hésitera néanmoins entre rigueur et indulgence⁷¹, mais finira par prendre parti pour la seconde⁷², offrant ainsi aux femmes une promotion sociale par le mariage qui leur était refusée auparavant⁷³.

V. Les concubines⁷⁴

A. LEUR SITUATION

Comme nous le montrent les cas de figure exposés ci-dessus, le *Code Théodosien* témoigne de l'intérêt du Bas-Empire à l'égard du concubinage. Les empereurs légifèrent sur les aspects juridiques de cette pratique, et la plupart des mesures vont dans le sens d'une diminution ou d'une perte de droits.

Le terme concubinage (*contubernium*, *concubinatus*⁷⁵) désigne depuis l'âge classique – et toujours à l'époque du Code – une union *de facto*, durable, licite⁷⁶ (IV, 6, 7), et par suite tolérée⁷⁷,

54. Distinction entre *honestiores* et *humiliores* : CARDASCIA, 1953 (IV).

55. Elle l'est au moins depuis le II^e s. de notre ère : GAGÉ, 1964 (IV), p. 85.

56. Confirmé par VI, 2, 13^o, § 2 en 383 (la fille du sénateur se voit du même coup soumise aux impôts de son rang). De même dans le *Code Justinien* : CJ 12, 1, 11 ; cf. aussi D. 1, 9, 10 : CHASTAGNOL, 1979 (IV). Questions posées par cette transmission : ARSAC, 1969 (IV), p. 217-224.

57. La règle de l'assimilation du statut de la femme à celui du mari demeure inchangée au Bas-Empire : BEAUCAMP, 1990 (XV), p. 271-274 ; pour les aristocrates : Arsac, *op. cit.*, p. 221 ; CHASTAGNOL, *op. cit.*

58. CHASTAGNOL, 1983 (IV). La règle établie par Caracalla sur ce point (Ulpian : D. 1, 9, 8) reste donc valide.

59. Sur l'interdit du rapt pour les clarissimes du Bas-Empire, cf. IX, 1, 1.

60. Cf. D. 23, 2 23. Selon l'*interpretatio* de II, 19, 1, les affranchis entrent dans la liste des *personae infames*, et peuvent à ce titre faire l'objet d'une *querela inofficiosi testamenti*. HUMBERT, 1987 (VI), p. 135, parle d'une législation de classe.

61. NARDI, 1941 (III). A fortiori, le *matrimonium* était impossible avec les femmes que ne pouvait épouser un ingénu : une prostituée ou ancienne prostituée, une entremetteuse, une adultère : ASTOLFI, 1965 (V) ; DE ROBERTIS, 1939 (III).

62. MAZZARINO, 1973*, p. 135-136. Tel n'était pas le cas des mariages sénatoriaux de l'époque antérieure, qui apparaissent comme essentiellement endogamiques : RAEPSAET-CHARLIER, 1994 (IV), p. 176-194.

63. Pour l'absence des prostituées, cf. ASTOLFI, 1965 (V) ; DE ROBERTIS, 1939 (III).

64. L'annulation du mariage semble implicite.

65. La loi est reprise par CJ 5, 5, 7, mais aussi par CJ 5, 27, 1 (avec quelques modifications dans la liste des femmes), et la prohibition est rappelée en 454 par la *Novelle* 4, c. 1 et 3 de Marcin. La mesure sera abrogée par Justinien (*Nov.* 117, c. 6), peut-être sous l'influence de Théodora, une ancienne actrice. Fin des prohibitions : BEAUCAMP, 1990 (XV), p. 290-291. 66. *ad sordida descendere conubia seruularum*.

67. SORACI, 1983 (VI), n. 4, p. 60. Il faut cependant faire la différence entre une liaison passagère et une union durable (le concubinage).

68. Pensons aux lois du Bas-Empire qui, telles IV, 6, 7 et IV, 8, 7, étudient les problèmes posés par la progéniture de telles unions, sans pour autant les sanctionner. Ce type de liaison était on ne peut plus courant : cf. la confession du poète chrétien bordelais Paulin de Pella (376-459) dans son *Eucharistikon*, cité par GAUDEMET, 1989 (V), p. 15. Cependant, le regard porté sur ces relations avait commencé à se faire moins indulgent sous les Sévères : NETTIS, 2000 (VI).

69. MORABITO, 1986 (VI), p. 372-373, 377. Cf., en IV, 8, 7, l'expression *etsi herilem lectulum ancilla ascenderit*.

70. Le caractère moral n'apparaîtra qu'avec Justinien, la loi étant alors placée sous le titre *De incestis et inutilibus nuptiis* : BEAUCAMP, 1990 (XV), p. 193. Mais le contenu matériel sera toujours présent : *Nov. Maj.* 7 (6 nov. 458).

71. Hésitation confirmée en 442 par Théodose II : *Nov.* 22, 1, c. 3.

72. *Nov. Just.* 89, c. 12 (en 539).

73. Sur les enfants de ce type d'union, cf. ch. V, B.

74. IV, 6 : *De naturalibus filiis et matribus eorum*. IV, 12 : *Ad senatusconsultum Claudianum*. II, 19, 1 ; III, 7, 3 ; III, 10, 1 ; III, 12, 2-4 ; IV, 6, 2-8 ; IV, 8, 7 ; IV, 12, 1-7 ; IX, 24, 3 ; IX, 42, 10 ; X, 20, 3 ; XII, 1, 6 ; XII, 19, 1 ; XIV, 7, 1.

75. Pour une étude du terme dans le droit romain, cf. ROUSSELLE, 1984 (V).

76. « Nous décidons d'appliquer le nom d'enfants naturels à ceux qu'une union légitime (*legitima coniunctio*) a procréés et mis au monde sans la célébration honorable du mariage » : IV, 6, 7 (Théodose II en 426).

77. BEAUCAMP, 1990 (XV), p. 299.

mais inégale⁷⁸ et privée des effets juridiques du mariage⁷⁹. Cette union résulte soit d'un choix⁸⁰, soit d'interdits matrimoniaux (cf. *supra*), et la partenaire est le plus souvent affranchie⁸¹ ou esclave⁸². Le concubinage diffère du *iustum matrimonium* car il lui manque l'*affectio maritalis*, l'*honor maritalis* et, pour une personne de rang inférieur, la *dignitas* (condition sociale)⁸³. Il a toujours été considéré comme inférieur⁸⁴, et ce jugement rejaillit sur la concubine – bien que le Code n'atteste aucune répression à son encontre⁸⁵. L'infériorité sociale est souvent son fait (IV, 8, 7), que la concubine soit libre, affranchie ou esclave (IV, 6, 7). L'ensemble du Bas-Empire n'en continue pas moins à tolérer cette union, Justinien allant plus loin en ce sens que ses prédécesseurs⁸⁶.

B. LES ENFANTS NATURELS ET LEUR LÉGITIMATION

À la différence de ce qu'il en est pour un *iustum matrimonium*⁸⁷, les enfants nés du concubinage⁸⁸ sont des enfants naturels⁸⁹ (*naturales, illegitimi, spurii* ou *uulgo concepti*), leur caractère illégitime pouvant provenir d'interdits autres que sociaux : l'inceste⁹⁰ et le rapt⁹¹. Constantin entérine le discrédit qui pesait sur leur personne⁹² : en 318, il rappelle la règle classique⁹³ selon laquelle, en cas de mariage inégal, les enfants suivent la condition de la mère : « Il ne peut pas y avoir de mariage avec des personnes de rang servile, et d'une telle union naissent des esclaves. » Cependant, dans une loi perdue de 326 (IV, 6, 1^o), créée à titre provisoire⁹⁴, il déclare que des enfants d'un simple concubinage déjà nés au moment de la promulgation de la

78. *Nov. Th.* 22, 1 (en 442) : *inaequale coniugium*.

79. Aucun lien juridique ne relie cette femme à son mari : elle est *concubina, contubernalis*. Attestations de *contubernales* dans *CIL* 6 : TREGGIARI, 1981b (V).

80. Dans les inscriptions, on ne trouve aucun cas d'un homme vivant simultanément avec une *uxor* et une *concubina*. Cependant, les *Sententiae Pauli* 2, 20, 1 l'interdisent, ainsi que Constantin en 326 (*CJ* 5, 26, 1 : *Nemini licentia conceditur constante matrimonio concubinam penes se habere*), ce qui prouve que cela existait.

81. Le concubinat entre affranchis représente le cas le plus fréquent : 17 sur les 37 recensés par RAWSON, 1974 (V), p. 289.

82. L'union est cependant possible entre *ingénus* : IV, 6, 7. Cf. les catégories étudiées par RAWSON, *op. cit.*, à partir des inscriptions de Rome (République et Empire – tableau p. 302).

83. TREGGIARI, 1981^a (V), p. 62-64.

84. Tous les critiques ne s'entendent pas sur l'époque à laquelle cette infériorité est la plus sensible : cf. les avis divergents chez TOMULESCU, 1972 (V), p. 301-302 (selon lui, c'est Justinien qui accentue cette infériorité). Réf. bibl. de la discussion sur l'élément essentiel du concubinat (son caractère immoral, ou illégal) : GAUDEMET, 1989 (V), n. 2, p. 2.

85. Tolérance variable des juriconsultes après la *Lex Iulia de adulteriis* : MCGINN, 1991 (V).

86. BEAUCAMP, 1990 (XV), p. 298-306.

87. Cf. par ex. le rappel de III, 7, 3.

88. La chose est fréquente : *CJ* 4, 57, 2 en 222 ; 4, 19, 13 et 7, 16, 12 en 293 ; TREGGIARI, 1979 (VI), p. 193-194.

89. Cf. la définition de 426 (IV, 6, 7).

90. Cf. ch. III. La qualification d'un mariage comme inceste implique la déchéance des enfants, qui deviennent *naturales* puisqu'il ne peut y avoir de *iustum matrimonium* (III, 10, 1). La loi considère cette union comme un concubinage, ce qui entraîne l'illégitimité de la descendance (III, 12, 4). Les interdits successoraux frappent les enfants nés d'un inceste en 396 (III, 12, 3), puis en 415 (III, 12, 4). Enfants de l'inceste : MOREAU, 2002 (III), p. 363-366.

91. La loi promulguée par Valentinien I^{er} en 374 implique qu'avant lui, au Bas-Empire, le mariage successif à un rapt n'était pas considéré comme valide, et que les enfants n'étaient pas légitimes, puisqu'il autorise ces deux formes de légitimité après une période prescriptive de 5 ans (IX, 24, 3).

92. Cette désapprobation n'a en effet rien de nouveau dans le monde romain : POMMERAY, 1937 (XV), p. 12-13. *L'interpretatio* de II, 19, 1 reste fidèle à cet esprit en qualifiant de *naturales* les enfants nés *pro inhonesto affectu*.

93. Cf. XII, 1, 6, n. 7.

94. En 427, la loi fut reprise par Léon en Orient : *CJ* 5, 27, 5, § 1.

loi seront légitimés⁹⁵ *per subsequens matrimonium* ; en 331 (IV, 8, 7), il laisse sa liberté à l'enfant d'une esclave et de son maître lorsque cet enfant l'a conservée durant 16 ans et qu'il est revendiqué comme esclave. La règle de la condition maternelle est néanmoins appliquée en 397 par Arcadius et Honorius aux enfants des *collegiati* et d'une *colona* ou d'une fille d'esclave (XIV, 7, 1), avant d'être modifiée par ces mêmes empereurs trois ans plus tard pour répartir les enfants entre le maître de la *colona* et la cité, qui perdait trop au régime précédent : XII, 19, 1⁹⁶ : la mesure fut sans doute rendue nécessaire par le cas d'enfants qui étaient nés d'une mère esclave et d'un père libre, et que ce dernier avait élevés comme s'ils étaient libres, sans prendre la peine de les affranchir ou de les racheter. Il faudra attendre Justinien pour qu'un père puisse reconnaître un de ses esclaves comme son fils⁹⁷.

C. LES MESURES SUCCESSORALES

Constantin dévalorise également l'union avec une concubine par l'intermédiaire de plusieurs mesures successorales⁹⁸. De fait, dans le droit classique, elle pouvait recevoir des donations du vivant de son compagnon, ainsi que des legs à sa mort⁹⁹. Ses enfants, n'étant pas soumis à la *patria potestas*, n'étaient donc pas sui heredes, et ne pouvaient pas hériter de leur père ab intestat, pas plus que leur père ne pouvait hériter d'eux¹⁰⁰ ; en revanche, il leur était possible d'en recevoir des dons en tant qu'étrangers¹⁰¹. Or, en 319, l'empereur écarte des *querelae inofficiosi testamenti* tout enfant illégitime (II, 19, 1) : la réprobation morale qui pèse sur leur mère les touche également¹⁰² ; en avril 336 (avant de le faire mettre à mort), il fait retirer au fils de Licinianus (le petit-fils de Licinius, son ancien adversaire) la totalité de sa fortune par une loi très sévère pour le concubinage : elle frappe d'invalidité les successions auxquelles accédaient les enfants naturels (IV, 6, 2) ; en juillet 336, sans doute dans un souci de protection de la *dignitas* des classes dirigeantes, mais en allant plus loin qu'Auguste, il applique les mesures de IV, 6, 2 aux grands personnages de l'Empire, interdisant aux enfants naturels et à la concubine d'accéder à la succession, prévoyant des peines sévères et élargissant la liste des personnes visées (IV, 6, 3 – l'union elle-même ne semble pas annulée pour autant¹⁰³). Cette sévérité sera adoucie en 371 par Valentinien I^{er} (IV, 6, 4 : un quart de l'héritage reviendra aux enfants naturels s'il n'y a pas d'enfants légitimes survivants, un douzième dans le cas contraire), puis renouvelée en Orient¹⁰⁴, mais également en Occident quand Honorius, en 397, exclut les enfants naturels au profit du trésor (IV, 6, 5). Par la suite, l'indulgence, qui ne fera que s'accroître avec Justinien¹⁰⁵, reprend le dessus (si l'on met à part le cas de l'inceste, pour les enfants duquel les interdits successoraux

95. Modes de légitimation, par le sénat, par mariage subséquent ou par rescrit impérial : BLUME, 1931 (V).

96. Cf. ch. XIII, C.

97. *CJ* 7, 6, 1, § 10, en 531. VAN DE WIEL, 1978 et 1979 (V). Historique de la question : BEAUCAMP, 1990 (XV), p. 299-303.

98. Droits successoraux des enfants naturels : GAUDEMET, 1960 (XIX), p. 417-419.

99. *D.* 39, 5, 31 pr. Solazzi, 1963 (V).

100. RAWSON, 1989 (V) ; TOMULESCU, 1972 (V), p. 307-308.

101. EVANS GRUBBS, 1995 (VIII), p. 296.

102. Lois successorales qui frappent l'enfant à naître quand il est illégitime : ch. IX, C.

103. VOCI, 1978 (XIX), p. 45, pense cependant que tel est le cas.

104. Loi perdue de Théodose I^{er} datée des années 380-381 : IV, 6, 5, n. 109. Cependant, en 380, Libanius obtint une dispense impériale pour établir comme héritier à part entière le fils (Cimon) qu'il avait eu de sa concubine : *Vie* 145 et 195, *CUF*, 1979, p. 156 et 173-174 ; cf. JONES, 1964*, p. 472-473.

105. Accentuation de l'adoucissement dans la législation justinienne : TOMULESCU, 1972 (V) ; BLUME, 1931 (V), p. 258.

sont répétés en 396 [III, 12, 3] et 415 [III, 12, 4]¹⁰⁶ : en 405, Arcadius restaure en Orient les décisions de Valentinien I^{er} en accordant les mêmes quotités (IV, 6, 6). En 426, pour l'Occident, Valentinien III accorde un huitième s'il existe des enfants légitimes survivants (IV, 6, 7) ; mais, dès 428, en Orient, Théodose II abroge cette loi et revient à l'état antérieur (IV, 6, 8).

VI. Union de la femme libre et de l'esclave¹⁰⁷

Le contenu du *Code Théodosien* sur le sujet est à lire à la lumière de ce qu'il nous révèle de la condition des esclaves¹⁰⁸. Certes, pour la première fois dans l'histoire de Rome, Constantin reconnaît officiellement à leurs familles le droit de ne pas être séparées (II, 25, 1¹⁰⁹), mais on pourrait se demander si l'humanisme de la mesure n'est pas au moins accompagné d'intentions économiques¹¹⁰. D'autre part, la loi de 385 sur la mise à la torture des esclaves (IX, 7, 4) n'a rien de particulièrement tendre¹¹¹, même si elle n'est pas fondamentalement innovatrice. Qui plus est, de manière générale, les peines étant liées à la condition sociale, c'est l'esclave qui subit les plus rudes¹¹², et, si l'on en croit IX, 24, 1, § 5¹¹³, l'*ancilla* ne bénéficie pas de l'indulgence accordée en général à son sexe en matière de pénalités¹¹⁴. Il est donc difficile à cet égard de parler d'humanité et de justice sociale, du moins au sens moderne. D'ailleurs, le regard sur l'esclavage n'a pas changé (IV, 12, 5 : *seruili condicione pollutus*). C'est sur ce fond historique et culturel que se présente la question de l'union (*contubernium*¹¹⁵) d'une femme libre et d'un esclave¹¹⁶ (en rappelant que, aux yeux de l'Antiquité en général, l'union d'un homme libre, et a fortiori d'une personne revêue d'une dignité, avec une esclave, ne saurait être qu'un *sordidum conubium*¹¹⁷, même si l'indulgence est de mise).

Quand c'est une femme libre qui s'unit à un esclave¹¹⁸, deux cas de figure sont possibles.

106. Il y est rappelé par Théodose II que les *liberi naturales* ne participent pas au culte du *pater familias*, et qu'ils ne peuvent hériter de lui (et inversement).

107. IV, 12 : *Ad senatusconsultum Claudianum*. II, 25, 1 ; III, 14, 1 ; IV, 8, 7 ; IV, 12, 1-6 ; IX, 7, 4 ; IX, 9, 1 ; X, 20, 3 et 10 ; XII, 1, 6, 178 et 179 ; XII, 19, 1 ; XIV, 7, 1.

108. La pire condition selon Julien (IV, 12, 5).

109. SOLAZZI, 1972^a (VI). Législation de cet empereur sur les esclaves : SORACI, 1983 (VI). En 409, Théodose II prend une mesure similaire : V, 18, 1, § 3. Législation postérieure : *interpretatio* de V, 18, 1, n. 203.

110. Les difficultés de la main-d'œuvre au Bas-Empire expliqueraient une loi visant à obtenir une plus grande efficacité dans le travail. À titre comparatif, dans une loi de 326 qui n'est pas dans le *Code Théodosien*, mais dans *CJ* 5, 37, 22, § 2-4, Constantin interdit de vendre les esclaves de jeunes maîtres, afin que les *serui* puissent, le cas échéant, les protéger des tuteurs et des curateurs ; cf. aussi IV, 12, 3 (n. sur « Latins »).

111. Elle restreint cependant la torture aux esclaves présents lors de l'adultère.

112. Cf. par ex. IX, 24, 1. Le principe de l'aggravation des peines pour les esclaves est énoncé en IX, 24, 2, et il est justifié par la capacité de nuire qui leur est spécifiquement prêtée : l'*audacia*.

113. C'est aussi dans cette loi qu'une femme (la nourrice) est soumise à un châtement atroce (le plomb fondu versé dans la bouche). Cf. aussi XII, 1, 6 : dans le cas d'une union entre un curiale et une esclave, l'homme est déporté, alors que la femme est envoyée dans les mines.

114. Il faut cependant considérer à part le cas des prostituées, qui sera traité plus loin (ch. XV, « *Castitas et pudicitia* »).

115. *SP* 2, 19, 6 : *Inter seruos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest* : cf. RAWSON, 1974 (V), p. 293-299.

116. Pour le droit classique et celui du Bas-Empire, excellente synthèse par EVANS GRUBBS, 1993 (VI) ; pour le Bas-Empire : GAUDEMET, 1989 (V), p. 12-17.

117. XII, 1, 6 (cf. *supra*, ch. IV, B).

118. Évolution de la législation : EVANS GRUBBS, *op. cit.*

B. RELATION ENTRE UNE FEMME LIBRE ET L'ESCLAVE D'AUTRUI¹¹⁹

Dès le début de notre ère (52 ou 54 ap. J.-C.), une relation de ce type se trouva condamnée par le sénatus-consulte Claudien¹²⁰. Constantin proscribit de nouveau cette union, qui repose sur des relations sexuelles illégitimes¹²¹ et socialement choquantes, puisque les femmes s'avilissent en ne respectant pas leur *libertas* (X, 20, 3 et 10). Le phénomène devait rester assez largement répandu¹²² pour que la législation revienne sur lui à plusieurs reprises : en 314, Constantin (ou Licinius ?) émet une loi (IV, 12, 1) dont l'*interpretatio* donne le résumé : « Une femme unie par la violence et contre sa volonté à l'esclave d'un autre obtient justice. Mais si elle devient esclave de plein gré, ses enfants aussi sont esclaves. » Cette mesure, qui est fidèle au sénatus-consulte Claudien, mais qui supprime, semble-t-il, le ou les¹²³ indispensables avertissements faits à la femme, est rétroactive. En 317 (IV, 12, 2), Constantin modère sa position, puisqu'il revient à la nécessité classique de l'avertissement (trois en l'occurrence). En 320, il confirme cette tendance en faisant une exception à l'asservissement pour les femmes (nombreuses) vivant en concubinage avec un esclave du trésor (IV, 12, 3) : malgré le peu de faveur qu'il dit accorder à ces *contubernia*, elles ne perdent pas leur liberté, mais leurs enfants deviennent des Latins. Sont cependant exclues celles unies aux esclaves des cités, sauf si leur âge ou leur ignorance permet d'expliquer le fait. En 331 (IV, 12, 4), il revient à la rigueur de 314, et peut-être plus encore, puisqu'il précise que les notifications explicitement exigées en 317 n'auront plus d'effet : le caractère punitif de cette loi est de nouveau ouvertement exprimé, et la vieille pratique des *denuntiationes* (essentielles pour protéger la femme) abolie – sans doute pour ce qui est des esclaves privés. En 362, Julien abroge les décisions de 314 et 331, et revient au droit classique, reprenant la règle des trois notifications, ainsi que l'exception qui concernait les esclaves du trésor – il ajoute cette fois ceux des cités (IV, 12, 5). En 365, la *denuntiatio* est présentée comme nécessaire avant de réduire à la condition de son mari la femme libre qui s'unit à un esclave (ou assimilé) des ateliers textiles (X, 20, 3). En 366, Valentinien I^{er} confirme la réduction à l'esclavage dans un cadre général, sans mentionner de notification (IV, 12, 6) : il faut attendre 398 (IV, 6, 7) pour qu'Arcadius rappelle la nécessité des trois notifications. En tout état de cause, la femme est toujours victime des conséquences de son choix : ce n'est qu'en 531-534 que Justinien abolira les effets du sénatus-consulte Claudien¹²⁴, et que désormais le maître de l'esclave devra se contenter de punir celui-ci¹²⁵.

119. Le cas de l'union entre une esclave et un curiale ou un *corporatus* sera traité au ch. XIII, B et C.

120. Le sénatus-consulte Claudien décide que, si les relations se poursuivent après 3 notifications du maître à la femme, celle-ci deviendra son esclave, elle lui abandonnera ses biens et ses enfants seront esclaves. D'après les *Sententiae Pauli* 2, 21a, 1-18, il était toujours en vigueur à la fin du III^e s. Cependant, si l'on en croit ces mêmes *Sententiae Pauli* 2, 21, 9, 11, 13 et 16, de nombreuses exceptions permettaient à la femme d'éviter l'esclavage.

121. BIONDI, 1952 (VI).

122. KOLENDO, 1981 (VI). Confusion qui devait régner alors en ce domaine et doutes probables de beaucoup de couples à propos de leur statut : EVANS GRUBBS, 1993 (VIII), p. 269-271.

123. La question n'est pas claire : NAVARRA, 1990 (VI), n. 8, p. 429.

124. Sur le cas particulier de XII, 1, 178 (en 415), cf. ch. XIII, B. Théodose II y fit d'une pierre deux coups : accorder un statut à ces enfants et contribuer au renouement des curies.

125. *CJ* 7, 24 : *De senatus consulto Claudiano tollendo*. *CJ* 7, 24, 1, et aussi *CJ* 9, 48, 24 ; *CJ* 1, 3, 53 ; *CJ* 9, 13, 1. Suppression des notifications : *CJ* 7, 24, 1, pr. : BEAUCAMP, 1990 (XV), p. 191-195. Vicissitudes post-classiques du sénatus-consulte Claudien : BIONDI, 1952 (VI).

C. RELATION D'UNE FEMME LIBRE AVEC SON ESCLAVE

Ce second type de liaison¹²⁶ subit une très nette aggravation de la répression¹²⁷ sous l'effet de la loi de 329 (IX, 9, 1) : Constantin punit la femme de mort, alors qu'il s'agit de *stuprum*, pour lequel les peines sont plus légères¹²⁸. Cette liaison (considérée comme un *contubernium*, semble-t-il), est châtiée beaucoup plus sévèrement que l'union avec l'esclave d'autrui, de par la peine elle-même, et de par son nouveau statut de *iudicium publicum*, qui donne à tout un chacun le droit de présenter l'accusation devant un tribunal, tandis que l'empereur a supprimé cette possibilité trois ans plus tôt pour l'adultère (IX, 7, 2) : cette fois, plus n'est besoin de protéger un *iustum matrimonium*¹²⁹. Justinien conservera la position intransigeante de Constantin¹³⁰. La femme continuera donc à être victime d'une répression qui n'a pas d'équivalent pour l'homme. Notre *Code* confirme la rigueur de ses lois en l'appliquant aux enfants : ceux d'une liaison entre une femme et son esclave deviennent des *Latini* et se voient écartés de l'héritage, sauf si l'un des deux amants est mort avant la loi (IX, 9, 1).

VII. Les fiançailles¹³¹

A. LE CONSENSUS DE LA FILIA FAMILIAS

Comme c'était déjà le cas à l'âge classique¹³², le *consensus* et l'*affectio maritalis* fondent le mariage (III, 7, 3 ; VII, 13, 6), outre le fait que les prétendants y sont égaux par la naissance et par les mœurs (III, 7, 1, § 1). Mais quel est l'auteur du *consensus* ? Certes, la mère apparaît après le père dans la liste des personnes susceptibles de prendre la décision : en cas de décès de son mari, son opinion est respectée¹³³ (III, 5, 11, § 3) ; mais, au cas où le *pater familias* est encore en vie, c'est manifestement l'avis de celui-ci qui compte, même s'il arrive au législateur de mentionner les deux (III, 10, 1 : *parentibus*). La décision du père décédé a par ailleurs plus d'autorité que celle de la mère, du tuteur ou du curateur¹³⁴ (III, 5, 12).

Le principe général est le suivant : si la jeune fille est *sui iuris*, la décision lui appartient ;

126. IX, 9, 1, § 1 : *nupta tali consortio*. Il ne s'agit pas ici d'une liaison discrète, qui relevait du droit de propriété sur l'esclave, mais de liaison avouée et durable.

127. Elle tombait auparavant sous le coup de la *lex Iulia de adulteriis*, mais n'y étaient soumises que les femmes dont la condition était concernée par cette loi. De plus, dans les faits, elle devait être peu poursuivie (DUPONT, 1953*, p. 40-41), malgré une déconsidération qui dépasse l'époque romaine (ARJAVA, 1998 [XV], p. 227). Aggravation des peines sur l'adultère dans l'ensemble du droit byzantin : GORIA, 1975 (X), p. 228-232. Cas de la mère d'une certaine Théodora, qui eut une relation suivie avec son esclave et qui prétendait que son union était légale parce que, disait-elle, elle l'avait affranchi (sa fille reçut un rescrit de Dioclétien et de Maximin : *CJ* 7, 20, 1 en 290) : EVANS-GRUBBS, 1993 (VI), p. 138-139 et *passim*. 128. En revanche, cette peine est la même que celle appliquée à l'adultère en 313 (IX, 40, 1).

129. Aux yeux de NAVARRA, 1990 (VI), IX, 9, 1 cherchait à protéger les classes riches ; à ceux de MURGA GENER, 1982 (VI), p. 416 sq., il faut plutôt y voir le résultat de l'influence chrétienne.

130. Voir aussi *Nov. Iust.* 2, c. 3. Sur cet itinéraire, cf. EVANS GRUBBS, 1993 (VI) ; SORACI, 1983 (VI), n. 5, p. 60.

131. III, 5 : *De sponsalibus et ante nuptias donationibus* ; III, 7 : *De nubtiis* ; III, 13 : *De dotibus*. III, 5, 1-13 ; III, 6, 1 ; III, 7, 1 et 3 ; III, 8, 2 ; III, 10, 1 ; III, 11, 1 ; III, 12, 3 ; III, 16, 1 et 2 ; VII, 13, 6 ; IX, 14, 3 ; IX, 42, 15.

132. DELLA LUNA, 1987 (VIII) ; LONGO, 1939 (VIII).

133. Il y a là une constante dans l'Antiquité : ARJAVA, 1998 (XV), n. 30-31, p. 36 (textes classiques, chrétiens, papyri). Elle intervient en cas de conflit avec le tuteur : *CJ* 5, 4, 1, 199.

134. Risques encourus par le tuteur et le curateur : ch. I, B.

mais si elle est *in potestate*, elle revient au détenteur de la *potestas*, comme nous venons de le constater¹³⁵. C'était déjà la règle dans le droit classique¹³⁶ ; mais, au Bas-Empire, le rôle de la *patria potestas*¹³⁷ ne fait que se renforcer dans la décision concernant les fiançailles et le mariage de la *filia familias* : outre les termes peu flatteurs employés à l'égard de la femme par III, 5, 12, l'*interpretatio* de ce texte insiste lourdement sur la nécessité de la soumission de la fille à son père. L'opinion manifestée à l'égard de la participation de la volonté féminine en la matière est donc à la mesure du peu de liberté effective dont elle dispose¹³⁸ : toutes les sources laissent clairement entendre que ce n'était qu'exceptionnellement qu'elle choisissait son premier époux¹³⁹. Il faut certes tenir compte de son âge : avant douze ans, comme on pouvait s'y attendre, son rôle est totalement passif quand il s'agit des fiançailles (III, 5, 11) ; un cap est franchi à douze ans, âge de la puberté pour la femme, puisque, sans pour cela lui laisser l'initiative, le législateur la rend responsable en cas de rupture de contrat (III, 5, 11, § 3, en 380). En compensation, liberté lui est laissée d'attaquer les auteurs de la décision (y compris son père) s'il y a eu contrainte (*ibid.*, § 4). Elle peut donc refuser le mariage¹⁴⁰.

Souignons cependant la méfiance à l'égard du jugement féminin en général (III, 5, 12). Quant à la possibilité de refuser le mariage, envisagée par III, 5, 2, § 1 et III, 5, 11, § 4, on est en droit de s'interroger sur la fréquence d'une situation de ce genre. Ainsi donc, quand il s'agit d'une mineure, la femme apparaît comme l'objet de l'accord, et non pas comme l'initiatrice, même si elle est *sui iuris* : une loi de 371 (III, 7, 1) témoigne de l'existence de cas où la jeune fille entrait en conflit avec ses proches, mais elle décide précisément la nécessité du consentement du père ou des proches parents pour que les veuves mineures se remarient, même si elles sont émancipées, à la différence de ce que leur accordait le droit classique¹⁴¹. En 409, la nécessité de l'avis de la famille à propos du mariage sera étendue à l'ensemble des jeunes filles mineures *sui iuris* (*CJ* 5, 4, 20). Par ailleurs, on ne mentionne plus jamais le *consensus* de la femme *in potestate* : on serait tenté de croire que la raison en est le peu de poids accordé à ce dernier¹⁴². Qui plus est, l'homme apparaît comme l'initiateur habituel du mariage (III, 12, 3) – alors que c'est l'inverse pour le remariage (celui-ci est en effet souvent objet de réprobation).

B. DONATIONS PRÉNUPTIALES ET *ARRHAE SPONSALICIAE*

La *donatio ante nuptias*¹⁴³ est progressivement remplacée par le nouveau régime des

135. III, 6, 1 ; III, 10, 1 ; III, 11, 1, pr.

136. KUPISZEWSKI, 1967 (VII).

137. Sur cette question du *consensus* de la mineure en présence du père, cf. SOLAZZI, 1957d (I), n. 25, p. 155-157 (d'après lui, III, 5, 12 ne fait allusion qu'à un *consensus* tacite).

138. Dans les incestes, on considère d'abord la responsabilité de l'homme, puis de ses complices et, ensuite seulement, de la femme : III, 12, 3.

139. *CJ* 5, 4, 20, pr. ; ARJAVA, 1998 (XV), n. 28, p. 36.

140. Nous verrons qu'il n'en va pas de même pour le remariage, l'autonomie de la veuve n'existant que si le père est absent : III, 7, 1 (cf. ch. XII).

141. Par ex. D. 23, 2, 20. Autres textes et bibl. : HUMBERT, 1972 (XII), n. 1, p. 373.

142. La question de la nécessité du consensus de la *filia familias* au Bas-Empire reste controversée : Volterra donne une réponse affirmative (VOLTERRA, 1991[VIII]).

143. BIONDI, 1965 (XVI) ; Arjava, 1998 (XV), p. 52-62 ; EVANS-GRUBBS, 1995 (VIII), p. 156-172. On lui donne aussi le nom de *sponsalia*, et elle deviendra *donatio propter nuptias* avec Justinien.

*arrahae sponsaliciae*¹⁴⁴, introduites dans l'usage romain en 319¹⁴⁵ (III, 5, 2). Cette donation faite par le fiancé à la fiancée (plus rarement l'inverse : III, 5, 6, § 1 ; cf. cependant III, 5, 2 § 2) constituée à partir de 382 (III, 8, 2) une contrepartie à la dot dans l'ensemble de l'Empire¹⁴⁶. D'autre part, dès la loi de 319, le contrat des fiançailles devient juridiquement valide, et Constantin va rapidement en assurer la validité par l'exigence de l'*instrumentum*¹⁴⁷ (III, 5, 2¹⁴⁸ : cf. l'*interpretatio*), suivi en cela par Constance en 355 (III, 5, 1). Cette exigence, qui n'existait pas dans le droit classique¹⁴⁹, témoigne de l'importance grandissante accordée à l'engagement en vue des noces¹⁵⁰ ; elle sera simplifiée par Théodose II en 428 grâce à la suppression de la *traditio* et des *instrumenta* (III, 5, 13 et III, 7, 3). Dans quelle mesure la femme est-elle cependant bénéficiaire d'un tel régime¹⁵¹ ? Outre les mesures favorables aux mineures (III, 5, 3), en abolissant la *traditio*, la loi de 428 lui assure la *donatio ante nuptias* sous forme d'augmentation de dot. Elle préserve ainsi l'unité économique du couple. La donation doit aussi permettre de constituer un patrimoine familial qui pourra servir à la veuve (*ibid.* et IX, 14, 3, § 4) – à condition de la transmettre à ses enfants si elle se remarie (III, 8, 2¹⁵²). La législation apparaît donc soucieuse des intérêts de la femme, tout en ne lésant pas le mari, qui demeure propriétaire de l'ensemble des biens durant le mariage¹⁵³ (le principe selon lequel il ne possède que l'usufruit de la dot est justinien¹⁵⁴), et pour qui on prévoit le dommage subi en cas de prédécès de la femme (III, 5, 9).

C. RUPTURE DU CONTRAT DE FIANÇAILLES

La fiancée peut prendre l'initiative de la rupture : nous en avons des exemples (III, 5, 2, § 1 ; III, 5, 12), notamment pour le mariage forcé avec un fonctionnaire (III, 6, 1). Mais tout ce qui précède montre une nette évolution dans la législation romaine en matière de fiançailles : alors que le droit classique ne considère pas le pacte comme une obligation au mariage¹⁵⁵, ce qui était pourtant le cas à l'origine avec l'union *sine manu*, la position des législateurs du Bas-Empire se durcit¹⁵⁶. Ce n'est cependant pas obligatoirement la femme qui est la plus visée par les peines en cas de rupture si la

loi de 319 (III, 5, 2) promet des pénalités¹⁵⁷ au fiancé comme à la fiancée¹⁵⁸, et si la donation revient à la victime, celle de 332 (III, 5, 4 et 5) se montre plutôt soucieuse de veiller sur les intérêts de la jeune fille¹⁵⁹. D'autre part, dans le cas du décès de l'un des deux fiancés, c'est le survivant qui se voit progressivement favorisé par rapport aux héritiers : en 319 (III, 5, 2, § 3 et 4), ceux-ci recevaient la totalité de la *donatio ante nuptias* ; en 336 (III, 5, 6), le survivant en obtient la moitié. Ainsi donc, le *Code Théodosien* participe au renforcement des garanties d'alliance matrimoniale, ce dont la femme ne pouvait que se féliciter.

VIII. Le mariage¹⁶⁰

A. LE MARI COMME POINT DE RÉFÉRENCE

Le *Code Théodosien* illustre une réalité qui n'est pas née (et qui ne disparaîtra pas) avec lui : certes, en 320, Constantin met fin aux lois caducaires¹⁶¹ (*lex Iulia et Papia Poppaea*¹⁶²), par lesquelles Auguste grevait lourdement le célibat en obligeant ses sujets au mariage¹⁶³, notamment en interdisant aux célibataires et aux couples sans enfant¹⁶⁴ de recevoir des héritages (VIII, 16, 1). On pourrait voir là une possibilité d'émancipation pour les femmes ; mais, dans les faits, l'existence de la plupart d'entre elles passe par le mariage¹⁶⁵ (nous avons vu que leur dépendance commençait par le rôle mineur qu'elles jouaient dans l'engagement au mariage et dans sa conclusion : VII, A). Or, le pouvoir y est détenu par le mari : le rang social¹⁶⁶, le domicile et le siège du tribunal de l'épouse sont toujours ceux de son conjoint (II, 1, 7 et XIII, 5, 12). Ainsi le voulait déjà la loi classique¹⁶⁷, et il y a là une marque de dépendance on ne peut plus claire à l'égard du *uir*. En revanche, pour des raisons économiques, le domicile fiscal de l'épouse n'est pas obligatoirement celui du mari : si elle possède un patrimoine assujéti à un *munus*, c'est dans son municipe d'origine qu'elle doit satisfaire à ses obligations (XIII, 5, 12).

157. Pénalités en cas de rupture des fiançailles : DUPONT, 1976 (VII).

158. Le souci de protéger les fiançailles apparaît aussi dans IX, 24, 1 (en 326), où Constantin traite du rapt en cas d'absence d'accord pour un mariage.

159. Une loi de 370 (?) se soucie aussi du donateur : en cas de mort de la femme durant le mariage, ce qu'elle a reçu au titre des fiançailles sera remis à celui qui est à l'origine du versement de ces biens : III, 5, 9.

160. Ce chapitre traite différents aspects de la vie conjugale. Les thèmes collatéraux (interdits matrimoniaux, fiançailles, rupture par le divorce ou la mort, puis remariage, mariage et religion, mariage et professions) sont envisagés dans les ch. correspondants. III, 7 : *De nubitiis* ; VIII, 16 : *De infirmandis poenis caelibatus et orbitatis*. II, 1, 7 ; II, 12, 4 ; II, 16, 3 ; II, 24, 2 ; III, 1, 3 ; III, 5, 3 et 13 ; III, 7, 3 ; IV, 7, 4 ; IV, 21, 1 ; VII, 13, 6 et 7 ; VII, 20, 4 ; VIII, 13, 5 ; VIII, 16, 1 ; IX, 7, 2 et 4 ; IX, 14, 3 ; IX, 42, 1 et 15 ; X, 11, 1 ; XI, 16, 18 ; XII, 3, 3, 10 et 16 ; XIII, 4, 4 ; XIII, 5, 7 et 12 ; XVI, 2, 10.

161. Disparition de l'ensemble des lois caducaires, de Constantin à Justinien : VOCI, 1960 (XIX), p. 442-445.

162. ASTOLFI, 1986 (VIII). Les hommes célibataires entre 25 et 60 ans et les femmes célibataires entre 20 et 50 ans ne pouvaient percevoir d'héritage ni de legs de quiconque ne leur était pas lié au moins au sixième degré ; les époux, à moins que leurs liens fussent au moins aussi proches, ne pouvaient hériter l'un et l'autre de plus du dixième de la masse de la succession. Politique sociale d'Auguste pour favoriser les familles nombreuses : CSILLAG, 1963 (VIII).

163. En 320, seule demeure l'incapacité de recevoir entre époux sans enfant, abrogée en 410 par Théodose II (VIII, 17, 2).

164. Visées eugéniques (déchues) et démographiques (et non pas fiscales) de la loi : FIELD, 1944-45 (VIII).

165. Cf. le nombre important de lois du *Code Théodosien* qui traitent le thème matrimonial et ses différents aspects.

166. Cf. ch. III, A.

167. D. 23, 2, 5. Le lieu de résidence de l'épouse n'est donc plus celui de sa famille (ou le sien propre si elle en possède un). La veuve conserve ce domicile, et n'en change que si elle se remarie : textes chez BEAUCAMP, 1990 (XV), p. 270 (p. 269-279 sur la dépendance de l'épouse : domicile, statut, privilèges, position inférieure).

144. L'expression *arrahae sponsaliciae* apparaît dans le droit en 380 : III, 5, 10 ; *arrae* : III, 5, 11, § 4, III, 6, 1 et III, 10, 1 ; *sponsalia* : III, 6, 1 et III, 10, 1.

145. Elles sont peut-être originaires d'Orient : elles y étaient considérées comme un prix donné par le fiancé pour sa future épouse, prix qu'il perdait s'il rompait l'engagement, et qui devait être rendu au multiple si la rupture provenait de la femme : GIRARD, 2003*, p. 164, n. 2. Cependant, la question de l'origine est très discutée : ARJAVA, 1998 (XV), n. 95, p. 56. Bibl. sur le sujet : GIGLIO, 1988 (XVI), n. 18, p. 276.

146. III, 16, 2. Témoignages chez les Pères : ARJAVA, 1998 (XV), n. 97, p. 56. Cf. aussi SCHERILLO, 1930 (XVI).

147. Exception faite, selon une loi de 345 (III, 5, 7), des simples présents faits le jour des fiançailles.

148. Exception pour les mineures pupilles en 330 : III, 5, 3.

149. MONTERREAL, 1998 (XVI), p. 215-222.

150. ANNÉ, 1941 (VII), p. 252-262.

151. Sur cette question difficile, cf. ARJAVA, 1998 (XV), p. 57.

152. En 463, Sévère va plus loin en donnant la nue-propriété de la donation aux enfants, même si la mère n'est pas remariée : Nov. 1.

153. IX, 7, 4 ; IX, 42, 1 et 15. ANNÉ, *op. cit.*, p. 369 ; GIRARD, 2003*, p. 1023-1024.

154. ALBERTARIO, 1933^d (XVI).

155. Bonne synthèse sur la nature et les formes des fiançailles dans le droit classique : KUPISZEWSKI, 1969 (VII).

156. D. 48, 5, 12, § 7 donne pour la première fois au fiancé le droit d'accuser d'adultère la *sponsa iure mariti* : DE DOMINICIS, 1966 (X).

Une autre marque de dépendance est donnée par l'existence de privilèges qui montrent à quel point le droit antique (toutes époques confondues) tend à considérer le sort de l'épouse comme indissociable de celui du mari, que ce soit en bien ou en mal : il est de règle que la femme (avec ses enfants) soit exemptée des mêmes charges que son conjoint¹⁶⁸. Cette règle est énoncée en 333 (XIII, 3, 3) par Constantin pour l'épouse d'un médecin et d'un professeur de lettres ; elle est reprise pour celles des médecins et des enseignants, d'abord en 373 par Valentinien I^{er} et Valens (XIII, 3, 10), puis en 414 par Théodose II (XIII, 3, 16, avec de légères variantes quant aux activités des maris). Une autre de 356, qui émane de Constance II, libère les clercs et leurs conjointes des corvées (dont celle de transport) ainsi que de l'impôt¹⁶⁹. De même pour les épouses de soldats, à des conditions variables selon la conjoncture, mais qui tendent à se durcir à la fin du quatrième siècle (VII, 20, 4 en 325, VII, 13, 6 en 370, VII, 13, 7 en 375¹⁷⁰). En 374, un dégrèvement de cet ordre est accordé aux épouses des professeurs de peinture (XIII, 4, 4). La seule exception est constituée par une loi de 390 (XI, 16, 18), qui rappelle l'obligation des *munera extraordinaria* aux curiales et aux *possessores*, et qui ne les en exempte que dans un cadre très restreint, dans lequel ne se trouve pas inclus le patrimoine de leurs femmes¹⁷¹.

B. LES BIENS DE L'ÉPOUSE

Nous avons vu (VII, B) que les fiançailles comprenaient l'apport d'une dot destinée à faire face aux besoins de l'épouse, ainsi que d'une donation visant à constituer un patrimoine familial. Or, en 321, Constantin prend une mesure qui repose sur le vieux principe de la séparation des biens dans le mariage (IX, 42, 1¹⁷²), et sa loi de 327 (la libre donation des biens de la mère à ses enfants de son vivant : II, 24, 2) suppose l'usage plein et entier de sa fortune par l'épouse¹⁷³. On constate donc un souci permanent de veiller sur ses intérêts pécuniaires. Mais des lois n'en sont pas moins édictées à l'encontre de certains excès dont les femmes mariées se rendaient coupables : en 402, Arcadius et Honorius rappellent la règle classique de la *collatio dotis*¹⁷⁴ pour la femme (et seulement elle) qui veut succéder à son père à égalité avec ses frères, c'est-à-dire celle qui demande la *collatio bonorum* : IV, 2, 1. Cette même année, ils l'appliquent à la succession des grands-parents

168. Les remises d'impôt et de charges sont explicables notamment par la misère dans laquelle les troubles divers plongeaient la majorité des contribuables : GAUDEMET, 1990 (XV), p. 90-94. Mais la quantité respectable de lois du Bas-Empire qui répètent cette exemption laisse deviner qu'elles n'étaient pas toujours appliquées par les autorités municipales : MARROU, 1948*, p. 434-435.

169. XVI, 2, 10. Nous reviendrons sur la question au ch. XIV.

170. DEMOUGEOT, 1981*, p. 386.

171. Dioclétien avait assujéti les femmes aux *munera extraordinaria*, qu'on désignait à son époque sous le titre de *munera patrimonialia* (CJ 10, 42, 9).

172. Textes extérieurs au *CTh* : ARJAVA, 1998 (XV), n. 85, p. 144.

173. Témoignage de l'existence des *res uxoriae* en tant que patrimoine autonome : XI, 16, 18.

174. Principe dérivé de la *collatio bonorum* qui, selon le droit prétorien, pour éviter que les enfants *in potestate* (qui n'ont donc pas de biens propres) soient défavorisés par les enfants *sui iuris* au moment d'accéder à la succession du père, oblige ces derniers à verser leurs acquis dans la masse des biens successoraux. Or, la dot, même si elle a été versée par le père, ne relève pas du droit de ce dernier ; à la rupture du mariage, la fille (émancipée ou non – à dire vrai, la question n'est pas très claire : SZLECHTER, 1954 [XVI], p. 170-174) en dispose donc, si bien que, à la mort de son père, elle se trouve dans la même situation que les enfants émancipés. Dès lors, si elle n'a pas été instituée héritière et qu'elle demande la *bonorum possessio*, il lui faut, selon le droit classique (D., 37, 7), reverser sa dot dans la masse successorale – procéder à la *collatio dotis* – pour accéder à la *bonorum possessio unde liberi* : ESMEIN, 1872 (XVI) ; GUARINO, 1947 (XVI) ; SZLECHTER, 1954 (XVI).

par représentation (V, 1, 5 – c'est la première loi à appliquer la réforme).

La mise en pratique du principe de séparation connaît par ailleurs des limites, qui ne bénéficient que partiellement à la femme : nous avons vu (ch. I) que Constantin avait permis aux femmes mineures mariées de disposer librement de leur fortune, mais seulement avec l'accord du mari, qui joue ainsi le rôle du *curator*¹⁷⁵. Nous avons dit aussi (ch. VII, B) que, à lire le *Code Théodosien*, le mari demeure le propriétaire de l'ensemble des biens du couple, comme en témoigne IX, 42, 15¹⁷⁶. Constantin laisse un certain pouvoir au mari, ce dont témoigne une autre loi qui permet à celui-ci, sans l'aide d'aucun mandat, d'être le procureur de son épouse quand il s'agit de représenter ses intérêts en justice¹⁷⁷. L'obligation du mandat sera en revanche dictée en 393 par Théodose I^{er} (II, 12, 4), laissant ainsi entrevoir que certains essayaient de gérer librement les biens de leur conjointe – raison pour laquelle, sans doute, dans un autre passage de cette même loi (VIII, 13, 5), Théodose rappelle l'autonomie de la femme en matière de gestion de ses propres biens, en exigeant du mari qu'il respecte les formes légales lors d'une demande de restitution d'une donation (à son épouse) présentée comme invalide. Un abus similaire (provenant d'une personne qui se présente comme caution) entraîne, d'après une décision de 414 (II, 16, 3) la *restitutio in integrum*¹⁷⁸. En réalité, l'impression dominante qui se dégage de ces lois est la sempiternelle méfiance des législateurs à l'égard de la *leuitas* féminine, méfiance qui les amène à protéger les femmes tout en prenant des précautions à leur égard, notamment quand il s'agit de gestion : la mesure de 414 est attribuée à l'*ignorantia iuris*, tout comme, en 324 déjà, la mineure n'obtenait de gérer ses propres biens qu'à condition de démontrer la qualité de ses mœurs (II, 17, 1). D'autre part, malgré les exemptions accordées aux femmes mariées à des hommes exerçant certaines activités (ch. VIII, A), l'État n'hésite pas à grever ses biens quand il l'estime nécessaire¹⁷⁹. Tel est le cas des charges patrimoniales, comme le montre XI, 16, 18 (*ibid.*), en particulier pour les épouses de naviculaires (XIII, 5, 12).

C. DONATIONS ENTRE CONJOINTS

L'interdit général des donations entre époux remonterait au plus tôt à la fin du VI^e s. av. J.-C.¹⁸⁰. Constantin le renouvelle en 315¹⁸¹, et sa constitution de 320 (VIII, 16, 1) manifeste le même esprit puisque, tout en supprimant les peines qui pesaient sur les couples sans enfant, elle conserve

175. L'existence de la tutelle du mari sur la femme dans le droit romain classique reste à prouver : GAUDEMET, 1961 (VIII), p. 460-461. Constantin s'inspirerait en fait de la coutume grecque.

176. Ce fait est particulièrement net en Égypte, mais aussi dans d'autres régions : ARJAVA, 1998 (XV), p. 147-152.

177. *CJ* 2, 12, 21, pr. (datée de 315 et attribuée à Constantin – absente du *CTh*) : « Le mari a la libre faculté d'intervenir sans mandat dans les affaires de son épouse, en donnant la caution habituelle et en s'acquittant des autres formalités, de peur que, sous prétexte de poursuivre un procès, les femmes ne se jettent d'une façon indécente dans le mépris de la pudeur d'une femme honorable (*matronalis pudor*) et ne soient contraintes à se mêler à des réunions d'hommes ou à des procès » : trad. de BEAUCAMP, 1990 (XV), p. 137-138.

178. *Restitutio in integrum* : GIRARD, 2003*, notamment p. 1127-1131 : « Décision par laquelle le magistrat remet dans sa situation primitive celui qui a subi, en vertu des règles mêmes du droit, un préjudice que le magistrat estime injuste, par laquelle le magistrat répute non avvenu le fait duquel résulte ce préjudice » (p. 1127) ; pour les femmes : CARRELLI, 1934 (XV).

179. D'après KLINGENBERG, 1983 (XVI), l'examen du statut de la femme en tant que personne soumise à l'impôt et de l'organisation fiscale la concernant, ne permet pas d'établir une nette différence entre sa situation et celle de l'homme.

180. STOICESCO, 1939-40 (XVI).

181. *Fr. Vat.* 273 (texte : DUPONT, 1968*, p. 105)

les restrictions classiques portant sur le *ius capiendi* entre époux (*ibid.*, § 2). Déjà, en 317, il s'en était pris aux maris qui essayaient de tourner la loi en recourant à un fidéicommiss (ch. XII, C).

IX. La mère et ses enfants¹⁸²

L'idéal classique du mariage *procreandi causa*¹⁸³, ravivé par la législation augustéenne¹⁸⁴, demeure au Bas-Empire : en 316, quand il s'agit d'évoquer une femme à laquelle ses bonnes mœurs confèrent la *dignitas* (qu'il vise à protéger), Constantin recourt significativement à l'expression *mater familias* (I, 22, 1, en 316).

A. LE *IUS LIBERORUM*

Avec le Bas-Empire disparaissent les effets répressifs de la politique nataliste d'Auguste et de ses lois caducaires, qui pénalisaient les couples sans enfant¹⁸⁵. En 318, une loi de Constantin, qui porte sur l'héritage d'un enfant par sa mère (V, 1, 1), contient la première brèche faite dans l'édifice du *ius liberorum*¹⁸⁶, qui favorisait les mères d'au moins trois enfants au détriment des autres. Cependant, en 320, dans une loi manifestant son attachement à la famille et à la fonction maternelle, l'empereur dit encore sa méfiance à l'égard des amours qui n'engendrent pas d'enfants (ce qui l'amène à conserver l'un des effets de la *Lex Iulia et Papia* – la loi du dixième pour les successions entre conjoints : VIII, 16, 1, § 2) ; en 396, pour la première fois, la législation prend en considération les efforts (même s'ils n'ont pas été fructueux) pour obtenir des enfants, en leur reconnaissant le *ius liberorum* (VIII, 17, 1) ; en 410, Honorius et Théodose II reconnaissent à l'amour entre époux sa totale légitimité, même sans la présence d'enfants ; enfin, en 410, le *ius liberorum* sera octroyé à toutes les femmes, ce qui revient à le supprimer en tant que privilège (VIII, 17, 2 et 3) : ce n'est sans doute pas le respect pour la mère qui est en cause, mais bien plutôt une législation qui n'est plus adaptée à son temps.

B. L'EXPOSITION ET LA VENTE DES ENFANTS

La question est celle des droits de la mère sur la vie de son enfant, une fois conçu. Le *Code Théodosien* ne dit rien de l'avortement, mais nous savons par d'autres lois¹⁸⁷ qu'il était puni depuis l'époque classique, parce qu'on le considérait comme une atteinte aux droits du mari¹⁸⁸. La mère ne

peut donc décider de l'existence de son enfant. Mais interviennent d'autres aspects de la question. Le droit d'exposition, que la législation romaine confère au père, avait perduré durant toute la période classique¹⁸⁹ (même s'il n'était pas aussi courant qu'on a bien voulu le croire¹⁹⁰) : selon D. 25, 3, il n'existait pas de contradiction entre son existence et le devoir, pour le géniteur, d'alimenter ses enfants¹⁹¹. À lire la loi promulguée en 331 (V, 9, 1), il perdure sous Constantin¹⁹², même si, par ailleurs, IV, 8, 6^o semble présenter le *ius uitae necisque* du *pater familias* comme appartenant au passé¹⁹³ (*patribus quibus ius uitae in libros necisque potestas permissa est*¹⁹⁴). Or, cette mesure interdit au père ou au maître qui expose un enfant le moindre droit sur lui : il ne peut plus verser une indemnité, ni revendiquer l'*adsertio libertatis*, et celui qui a recueilli l'enfant peut à sa guise en faire un fils ou un esclave (V, 9, 1 et V, 10, 1). La décision, qui durcit la législation en la matière, fut prise pour dissuader les auteurs de l'exposition et pour favoriser celui qui recueillait l'enfant : la pratique avait dû augmenter avec la misère du temps¹⁹⁵, et l'État se devait de protéger la natalité¹⁹⁶, comme le montrait déjà en 315 la loi ordonnant de prendre sur son propre patrimoine et sur le Trésor ce qui était nécessaire pour nourrir les enfants indigents, afin d'éviter les parricides (XI, 27, 1). En 374, le meurtre des très jeunes enfants est puni de la peine capitale (IX, 14, 1⁹⁷). En 412, sans doute en raison des difficultés à faire appliquer la loi, Honorius et Théodose II légifèrent de façon similaire sur l'exposition des esclaves et des colons, mais en demandant le témoignage d'un évêque à celui qui recueille l'enfant (V, 9, 2). L'exposition sera définitivement interdite par Justinien¹⁹⁸. Reste que, cette fois encore, même si c'est le père que vise cette législation au premier chef, la pratique pouvait aussi bien être le fait de la mère (cette réalité est mentionnée par XI, 27, 1, ainsi que par l'*interpretatio* de V, 9, 1) : les enfants du concubinage étaient particulièrement concernés, ainsi que ceux du veuvage, en raison des difficultés matérielles que rencontrait le plus souvent une femme seule.

Quant à la vente des enfants, elle était déjà connue et interdite par le droit romain classique¹⁹⁹. Cependant, Constantin reconnaît sa validité. Il faut sans doute encore y voir un signe des problèmes économiques du Bas-Empire²⁰⁰, qui forcent l'empereur à admettre la misère de nombre de parents tout en s'efforçant d'en réduire les effets. Loin d'être répressive, la lutte contre

189. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, 1983 (XVII), p. 182-187. Le texte de Paul (D. 25, 3, 4) qui le prohibe est cependant sujet à caution, car il ne nous est parvenu que par le *Digeste*.

190. RADIN, 1925 (XVII) plaide pour la rareté du fait.

191. LANFRANCHI, 1940 (XVII).

192. Quant à la mesure prise par Constantin en 318 (IX, 15, 1), elle traite, non du *ius uitae necisque* paternel, mais du parricide sur un plan général.

193. Ce droit conféré par Les Douze Tables avait été largement découragé par la législation classique. Résumé historique de la question : PLESCIA, 1987 (XV), p. 286 ; bibl. chez LORENZI, 1991 (X), n. 71, p. 177-179. Cependant, à propos du statut problématique de ce droit et de ses origines, cf. SHAW, 2001 (XVII), qui parle de mythe.

194. Le texte correspondant du *Code Justinien* (CJ 8, 46, 10) change d'ailleurs le temps de l'auxiliaire et ajoute un adverbe pour souligner ce fait : *olim erat permissa, entérinant ainsi l'interdit au VI^e s.*

195. COSTA, 1911 (XVII), p. 118.

196. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, 1983 (XVII), p. 187.

197. Mais l'exposition des nouveau-nés est-elle concernée par cette loi (cf. IX, 14, 1, n. 146) ? Sur une autre loi de 374 (CJ 8, 51, 2) concernant l'exposition, cf. IX, 14, 1, n. 142.

198. CJ 8, 51 (52), 3. En 529, l'empereur avait décidé que, si un maître exposait l'enfant d'un esclave, cet enfant deviendrait libre : CJ 1, 4, 24.

199. Textes et analyse : BIANCHI FOSSATI VANZETTI, 1983 (XVII), p. 179. Évolution du *ius uendendi* du *pater familias* : MAYER-MALY, 1958 (XVII).

200. Cf. le titre de XI, 27.

182. II, 19 : *De inofficioso testamento* ; IV, 1 : *De cretione et bonorum possessione* ; IV, 3 : *De Carboniano edicto* ; V, 9 (?) : *De expositis* ; V, 10 : *De his qui sanguinolentos emptos uel nutriendos acceperint* ; VI, 1 : *De legitimis hereditatibus* ; VIII, 13 : *De reuocandis donationibus* ; VIII, 17 : *De iure liberorum* ; VIII, 18 : *De maternis bonis et materni generis et cretione sublata* ; IX, 14 : *Ad legem Corneliam de sicariis* ; IX, 15 : *De parricidis* ; XI, 27 : *De alimentis quae inopes parentes de publico petere debent*. II, 19, 2 ; II, 21, 1 et 2 ; II, 24, 2 ; III, 5, 11 ; III, 6, 2 ; III, 8, 1 et 2 ; III, 17, 4 ; IV, 1, 1 ; IV, 3, 1 ; V, 1, 1-8 ; V, 9, 1 et 2 ; V, 10, 1 ; VIII, 13, 1, 4, 6 ; VIII, 16, 1 ; VIII, 17, 1, 2, 3, 4 ; VIII, 18, 1-9 ; VIII, 19, 1 ; IX, 14, 1 ; IX, 15, 1 ; IX, 42, 8-10 ; XI, 27, 1 et 2 ; XVI, 8, 28.

183. PETER, 1991 (IX).

184. FIORI, 1993-94 (IX), p. 479-487.

185. Cf. ch. VIII, A.

186. Signification du terme : V, 1, 1, n. 5.

187. Par ex. CJ 5, 17, 11, § 2.

188. BEAUCAMP, 1990 (XV), p. 309-310.

cette vente²⁰¹ cherche à enrayer le dépeuplement lié aux guerres et autres troubles : elle adopte un comportement caritatif²⁰². Si nous prenons les lois dans l'ordre, vient d'abord le Fragment 34 du Vatican : il nous a transmis une loi de Constantin datée de 313 qui concède le *ius dominii* à l'acquéreur, après qu'il a payé et rédigé un acte, mais qui autorise à reprendre l'enfant en donnant un esclave ou en restituant le prix d'achat à l'acquéreur ; l'enfant acheté n'est pas vraiment esclave, mais il est soumis à une servitude de fait. En 315, Constantin abroge la loi en interdisant totalement la vente (Fr. Vat. 33²⁰³) ; en 322, par une nouvelle mesure qui concerne cette fois la province, il ordonne de fournir une aide aux parents incapables de nourrir leur progéniture (XI, 27, 2). Le droit de vente, disparu à Rome, existait donc toujours au niveau régional²⁰⁴ ; en 323, Constantin rappelle l'interdiction faite aux pères par la loi romaine de réduire leurs enfants en esclavage²⁰⁵ ; en 329, plutôt que de formuler un nouvel interdit, il efface tous les effets juridiques de la vente (V, 10, 1) : cette mesure reprend l'esprit de la loi de 313²⁰⁶, mais limitée aux nouveau-nés et au cas de pauvreté extrême de la famille. On peut conclure que, devant l'impossibilité d'interdire au *pater familias* le droit de vendre ses rejetons, Constantin a préféré rendre le *status libertatis* à celui qui avait été vendu²⁰⁷. Et, cette fois encore, la mère est présente à côté du père en tant qu'auteur de cet acte, comme le laissent apparaître les lois de 322 (XI, 27, 2) et de 329 (V, 10, 1²⁰⁸). Cela s'explique sans doute en partie par l'influence de l'Orient où l'on connaissait une sorte de *matria potestas*, mais aussi par l'obligation alimentaire qui, au Bas-Empire, est faite à la mère, à défaut du père²⁰⁹.

C. LES ENFANTS À NAÎTRE²¹⁰

Aux yeux des Romains, l'individualité juridique de l'enfant à naître est héritée du père, et non de la mère. Le Bas-Empire ne change rien au principe, loin de là²¹¹ : le délai d'un an (auparavant, il était de dix mois²¹²) imposé en 381 par Théodose Ier aux veuves pour se remarier (III, 8, 1) est fixé notamment pour assurer qu'il n'y ait pas de doute sur la légitimité des enfants²¹³ – ce temps apparaît ensuite comme le délai minimal pour le divorce (III, 16, 2, § 1, en 421). Cependant, la mère voit les intérêts de ces mêmes enfants pris en considération : une loi de Gratien (IX, 42, 10) déclare en 383 que l'enfant posthume aura droit à la succession de son père²¹⁴ condamné par la justice, au même

titre que le reste de la progéniture. Ainsi l'épouse (à condition qu'elle soit légitime) voit-elle reconnus les droits de son enfant à venir ; en 393, dans le cadre des mesures qui, au Bas-Empire, assouplissent l'interdiction d'instituer par testament des *personae incertae*, le législateur rappelle l'existence de l'édit de Carbo assurant l'accès de l'enfant posthume à la succession paternelle, toujours à la condition que le mariage soit légitime (IV, 3, 1²¹⁵). Si l'on veut tenir compte des différentes lois sur le sujet, on peut avancer que le *Code Théodosien* témoigne du désir de conserver les droits du père tout en ne sacrifiant pas l'être né du *iustum matrimonium*²¹⁶.

D. L'IMPIETAS DES ENFANTS ET DE LA MÈRE

Depuis toujours, la législation romaine se soucie des relations parents-enfants²¹⁷, et attache une importance particulière à la *pietas* aussi bien filiale que maternelle²¹⁸. En la matière, la Rome classique reconnaissait déjà à la mère les mêmes droits qu'au père, notamment en punissant l'*impietas*²¹⁹. Les législateurs postérieurs le font pour les donations en reconnaissant progressivement le droit de les révoquer pour ingratitude : après une première loi édictée en 330 (Fr. Vat. 248), Constance II donne ce droit, en 349, à la mère pour la moitié de la donation (VIII, 13, 1), et la même année au père pour la totalité (VIII, 13, 2²²⁰), avant d'établir une égalité de régime en 358 (VIII, 13, 4). En 426, Théodose II étend la règle aux petits-enfants et aux arrière-petits-enfants *impium* pour des donations effectuées au moment de l'émancipation par les pères et les grands-pères (VIII, 13, 6). Des précautions n'en sont pas moins prises à l'égard de la mère : la nécessité absolue de prouver le bien-fondé des récriminations par l'intermédiaire d'une enquête judiciaire (*ibid.*²²¹) avait déjà été énoncée en 321 pour la mère qui attaquait le testament de son enfant pour *inofficiosité* (II, 19, 2 – il est vrai que la loi était équilibrée : l'enfant qui attaque le testament de sa mère pour la même raison doit fournir les mêmes preuves) ; en 349, la révocation de la donation n'est accordée qu'aux mères vertueuses et non remariées (VIII, 13, 1), et cette restriction est répétée en 358 (VIII, 13, 4). Le droit de la mère à la *pietas* filiale ne va donc pas sans le devoir correspondant.

E. LA MÈRE TUTRICE

À la mort du père, durant l'âge classique et de la même manière plus tard²²², c'est à la mère qu'il revient d'abord de faire une demande de tutelle pour ses enfants impubères, sous peine

201. Cela vaut aussi pour l'exposition.

202. Sur les motivations de Constantin, qui consacre malgré lui une réalité incontournable tout en s'efforçant d'en amoindrir les effets, cf. DUPONT, 1968*, p. 142-143 ; VOLTERRA, 1939 (XVII), p. 468 sq.

203. Textes des fr. 33 et 34, et commentaire : DUPONT, 1968*, p. 137-140.

204. VOLTERRA, 1939 (XVII) a montré, à partir du thème de l'exposition, qu'une loi donnée ne vaut pas forcément pour l'ensemble de l'Empire (distinction entre lois italiennes et lois provinciales).

205. IV, 8, 6.

206. Nuances : BIANCHI FOSSATI VANZETTI, 1983 (XVII), p. 192.

207. Justinien ne fera que reprendre la position de Constantin. Synthèse, avec une étude de l'influence des courants philosophiques et religieux : NARDI, 1978 (XVII) ; analyse diachronique : BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *op. cit.*

208. Fr. Vat. 34 et Nov. Val. 33 emploient les termes génériques *patres* et *parentes*.

209. HUMBERT, 1983 (XVII), p. 199-200.

210. Sur cette question de l'enfant à naître : ALBERTARIO, 1933 (IX) ; GAUDEMET, 2000*, p. 26-27 ; KOCH, 1985 (IX) ; ROBERTI, 1935 (IX).

211. Le droit civil utilise pour cet enfant le terme *uenter* : THOMAS, 1986 (XVII).

212. 9 mois selon HALKIN, 1949 (XII).

213. La règle est énoncée de façon explicite par Théodose II en 449 (CJ 5, 17, 8, § 4b) et dans la Nov. 22, c. 18 ; *turbatio sanguinis* : HUMBERT, 1972 (XII), p. 119, n. 1.

214. Selon le droit romain, l'enfant posthume hérite de son père en proportion du nombre d'enfants que *mater in utero*

habuit : LATORRE SÉGURA, 1955 (IX).

215. La protection de l'enfant à naître se renforce au Bas-Empire, mais le principe *infans conceptus pro iam nato habetur* est plus récent.

216. Le droit classique reste dubitatif quant aux droits successoraux de l'enfant : existent-ils dès sa conception, ou à sa naissance ? En 530, Justinien tranchera en optant pour la naissance, sauf si l'intérêt de l'enfant est en jeu (CJ 5, 27, 11, § 4 – cette réserve était déjà chez Paul : D. 1, 5, 7). C'est dans ce sens que va IV, 3, 1. Analyse de ce problème successoral : LATORRE SÉGURA, 1955 (IX).

217. Souci classique et chrétien à la fois : HUMBERT, 1972 (XII), p. 387-388.

218. *Officium pietatis* : RENIER, 1942 (XIX), p. 39 sq. ; textes de loi classiques : GIRARD, 2003*, p. 913, n. 3.

219. BEAUCAMP, 1990 (XV), p. 311.

220. De plus, à la différence de la mère, le père ne se voit imposer aucune restriction en la matière.

221. Une série de lois de 426 datées du même jour protègent les intérêts successoraux des enfants, petits-enfants et arrière-petits-enfants, sans oublier XVI, 8, 28, qui conserve le même *ratio*, mais sous l'angle du christianisme et de sa protection.

222. Demande de tuteur par la mère à l'époque classique et post-classique : BEAUCAMP, 1990 (XV), p. 315-320.

de se voir exclue de la succession de l'enfant²²³. En 357, cette pénalité est étendue aux grands-parents qui se sont rendus coupables de la même faute (III, 18, 1). L'obligation faite aux mères est donc élargie. Par ailleurs, celles-ci avaient une responsabilité limitée dans la gestion des biens du pupille par le tuteur. Le Bas-Empire ne change pas fondamentalement cette situation, et III, 5, 11, § 4 nous montre les mères intervenant dans les affaires matrimoniales de leurs filles²²⁴. Quant à la prise en charge de la tutelle par les mères, en principe elle était auparavant interdite (elles n'ont pas la *patria potestas* !), mais la loi classique, semble-t-il²²⁵, les y autorisait sous certaines conditions très restreintes²²⁶ : il existe des attestations au III^e siècle, et elle se répandit sans doute à partir de Dioclétien²²⁷. Or, le Bas-Empire va multiplier la pratique²²⁸, comme l'atteste notre *Code* : en 390, une loi (III, 17, 4), la première sur le sujet pour cette période, énonce ce droit, mais elle impose des restrictions à la pratique²²⁹ : les agnats sont préférés à la mère, qui ne peut exercer la tutelle qu'en l'absence de tuteur testamentaire ou légitime. De plus, dans cette même loi, pour protéger les enfants du premier lit, et probablement parce que la réalité allait à l'encontre de ce que souhaitait le législateur, Théodose I^{er} et Valentinien II exigent de la mère veuve qui désire la tutelle de ses enfants qu'elle ne se remarie pas (en revanche, la fonction ne lui est pas imposée). Cette mesure amorce donc pour le Bas-Empire un accroissement des droits de la mère en matière de tutelle (celle-ci n'est peut-être pas étrangère à la tombée en désuétude de la *tutela mulierum*²³⁰), mais aussi une plus grande sévérité quant aux conditions d'exercice²³¹.

F. LA MÈRE HÉRITIÈRE DE SES ENFANTS

Lorsque l'enfant n'avait pas de descendance et que le père était décédé²³², le sénatus-consulte Tertullien permettait à la mère d'hériter²³³ de ses enfants *ab intestat*²³⁴, à condition entre autres qu'elle possédât le *ius liberorum*²³⁵. Or, à partir du IV^e siècle, la législation met un terme à

la défaveur qui frappe celle privée de ce droit²³⁶ : en 318, dans une loi (V, 1, 1) faite « pour venir au secours de la mère », Constantin étend à la veuve qui ne possède pas le *ius liberorum* l'accès à la succession de ses enfants prédécédés *ab intestat*²³⁷ : elle a accès à une fraction variable selon les autres héritiers (un ou deux tiers). Elle n'est donc plus exclue par les agnats. En 321, dans le cas où il y a eu testament, elle obtient le droit d'intenter une *querela inofficiosi testamenti* si elle a été déshéritée (II, 19, 2). En 369, Valentinien I^{er} ajoute à la mesure de 318 le cas des frères du défunt, qui avait été omis par Constantin : en accord avec le droit classique, ils primeront la mère, s'ils ne sont pas émancipés, mais ils seront primés par elle s'ils le sont (V, 1, 2). En 426, Valentinien III améliore la situation de la mère non pourvue du *ius liberorum* en cas de concours avec l'oncle (V, 1, 7) : elle est assurée de recevoir les deux tiers, tout comme celle qui possède ce droit²³⁸ ; de même si elle concourt avec un frère de son enfant prédécédé (V, 1, 8²³⁹). Par ailleurs, elle est libre de l'obligation de la crétion²⁴⁰. Cette préférence donnée à la mère sera confirmée par Justinien, octroyant ainsi à la lignée maternelle des droits successoraux qui, auparavant, étaient réservés en grande partie à la lignée paternelle²⁴¹.

G. LES ENFANTS HÉRITIERS DE LEUR MÈRE

Une évolution parallèle se produit dans l'accès des enfants à la succession de leur mère²⁴² : avec le sénatus-consulte Orfitien, les enfants *in potestate* avaient obtenu le droit d'hériter d'elle, mais au profit de leur père, qui pouvait aliéner les biens²⁴³. Or, des lois inscrites dans le *Code Théodosien* vont faciliter l'accession des enfants aux biens maternels²⁴⁴ grâce à un nouveau régime

223. Il est fort possible que III, 18, 2, aujourd'hui perdu, ait porté sur les pénalités infligées à la mère qui ne remplissait pas son devoir de *postulatio tutoris*.

224. À l'époque classique, les interventions représentent des exceptions (*D.* 23, 2, 62, pr.), ce qui ne sera plus le cas au Bas-Empire (par ex. *CJ* 5, 4, 20, pr.).

225. Les avis sont partagés : CRIFO, 1964 (I) pense que le droit (partiel) existe dès l'époque classique ; MASIELLO, 1979 (I) estime qu'il a évolué entre les Antonins et les Sévères dans le sens d'un retour à l'interdiction totale ; cf. aussi GARDNER, 1986 (XV), p. 146-154 ; HUMBERT, 1972 (XII), p. 296-300 et 410-413.

226. La tutelle doit être demandée à l'empereur ; de façon générale, elle est le privilège des hommes : *D.* 26, 1, 16 (Gaius) : *Tutela plerumque uirile officium est* ; *D.* 26, 1, 18 (Neratius) ; CRIFO, 1964 (I).

227. ARJAVA, 1998 (XV), p. 90-94.

228. Réf. : VOGLI, 1960 (XIX), n. 50, p. 390.

229. On peut imaginer que, plutôt que de faire la sourde oreille, le législateur de III, 17, 4 a voulu fixer des limites à une situation de *facto*.

230. CARCATERRA, 1940 (IX).

231. Confirmation du droit et des devoirs dans la législation postérieure au *Code* : interdit du remariage répété en 439 par Théodose II (sanction : privation de la succession de son enfant) : *Nov. Th.* 11, 2 (cf. BEAUCAMP, 1990 [XV], p. 331-332).

232. Si le père est vivant, l'enfant *in potestate* ne possède rien.

233. Définition du sénatus-consulte Tertullien : V, 1, 1, *interpretatio*. Analyse des droits généraux de la femme en la matière à la période classique : GARDNER, 1986 (XV), p. 163-198 ; relations successorales avec ses enfants : SALLER, 1991 (XIX) ; pour le Bas-Empire : GAUDEMET, 1960 (XIX).

234. Tel est obligatoirement le cas pour un mineur, qui n'a pas le droit de tester.

235. Émis sous le règne d'Hadrien, ce sénatus-consulte concède à la mère la succession légitime de ses enfants prédécédés *ab intestat* et sans enfants, à condition qu'elle soit *ingenua*, qu'elle ait trois enfants *ius liberorum* – quatre pour une

affranchie- et que le défunt ne laisse ni père, ni enfants ni frères consanguins. La mère vient alors en concours avec une sœur consanguine, mais elle devance l'oncle agnatique de son enfant : *Tit. Ulp.*, 26, 8. BARONE ADESI, 1988 (IX).

236. Évolution post-classique : LAVAGGI, 1954 (XIX).

237. Législation de Constantin favorable aux mères : DUPONT, 1968*, p. 78-115.

238. En 380, dans la succession d'un fils qui a été condamné, la mère d'un condamné qui possède le *ius liberorum* se voyait encore privilégiée sur celle qui ne le possède pas (IX, 42, 9) – il est vrai qu'il s'agit du cas où elle hérite en concurrence avec son mari. Rappelons par ailleurs que le *ius liberorum* est accordé de façon générale par Théodose II le 4 sept. 410 (VIII, 17, 3).

239. Cette loi, qui date aussi de 426, présente un cas de figure curieux : tout comme le père (VIII, 18, 10, à la même date), la mère, à condition de ne pas être remariée, hérite de toute la succession d'un enfant mort *ab intestat* et sans enfant. Cependant, seule est concernée celle pourvue du *ius liberorum* : curieuse retour en arrière, qui ressemble fort à une erreur de rédaction de la part des compilateurs.

240. Au moins en 426, comme le montre IV, 1, 1, qui en dispense le père pour le mettre sur un pied d'égalité avec la mère. Déchéance et abolition de la crétion au Bas-Empire : LÉVY-BRUHL, 1914-15 (XIX).

241. Justinien réaffirme l'inutilité du *ius liberorum* pour le sénatus-consulte Tertullien (*Inst. Just.* 3, 3, 4) ; ARJAVA, 1998 (XV), p. 107.

242. Dans un cadre plus large, pas plus que la période précédente, le Bas-Empire ne met d'obstacle à la capacité de la femme *sui iuris* à faire un testament : depuis la Rome archaïque, elle peut disposer de ses biens *mortis causa*, avec *l'auctoritas tutoris*, ainsi que pour des actes entre vifs : VOLTERRA, 1941 (XIX).

243. En 178 ap. J.-C., ce sénatus-consulte, qui donne naissance à la notion de *bona materna*, appelle les enfants à la succession de leur mère avant les agnats. En effet, le droit romain voulait que seule la *patria potestas* donnât droit à avoir des *heredes sui* (héritiers ayant avec le défunt un lien de parenté les faisant regarder comme déjà investis des biens). Les enfants acquéraient donc pour le père, qui détenait la propriété des biens maternels. Les *bona materna* devaient cependant revenir aux enfants à sa mort, et c'est bien ainsi qu'on l'entendait : Gaius, *D.* 38, 17, 9 ; Ulpien, *D.* 38, 17, 1 ; Paul, *D.* 38, 17, 6... Cf. EVANS GRUBBS, 1995 (VIII), p. 115-116 ; DENOYEZ, 1959 (XVI).

244. La mère pouvait auparavant s'assurer par fidéicommiss que l'enfant recevrait les biens après la mort de son père, ou inclure dans le testament un codicille spécifiant qu'il devrait être émancipé avant de recevoir l'héritage. Réf. : ARJAVA, 1998

(VIII, 18) : en 315, Constantin décide que, tout en restant propriétaire des *bona materna*, le père ne pourra plus les aliéner²⁴⁵ : à sa mort, le fils les recueillera par préciput et hors part ; s'il est émancipé, il en recevra la moitié (VIII, 18, 1²⁴⁶ – le contenu de cette loi est maladroitement et inexactement résumé en 318 : VIII, 18, 2). La mère peut donc désormais disposer librement de ses biens par testament, sans être soumise aux contraintes entraînées par la *patria potestas*, alors qu'auparavant cette possibilité ne lui était offerte que par la *condicio emancipationis* et le *fideicommissum restitutionis*²⁴⁷. En 329, l'empereur décide de réserver aux parents maternels les *bona materna* dévolus à un enfant de moins de six ans prédécédé, les biens de la lignée paternelle allant au père (VIII, 18, 4). En revanche, en 349, Constance remet au père ce que le fils recueille dans la succession de son grand-père maternel (VIII, 18, 5) : la notion de *bona materni generis* n'est donc pas encore reconnue définitivement. Elle ne le sera véritablement qu'en 379 par Gratien, le père se voyant interdire l'aliénation de ces biens (VIII, 18, 6). En 395, Arcadius et Honorius précisent et étendent cette mesure (VIII, 18, 7). Qui plus est, en 407, l'enfant acquiert la possibilité d'acquérir les *bona materna* à titre définitif à partir de sept ans (VIII, 18, 8). En 426 (VIII, 18, 9), comme chez Constantin, les droits du père sur les *bona materna* d'un enfant *in potestate* sont réduits à l'usufruit, et au tiers pour un enfant émancipé. La même année, l'enfant reçoit le *dominium* des *lucra nuptialia*, le père n'en conservant que l'usufruit (VIII, 19, 1). Justinien finira par appliquer la solution à tous les biens obtenus hors de la famille²⁴⁸ et par décider que la mère faisant un legs ou une donation à un enfant *in potestate* peut interdire au père d'en avoir ne fût-ce que l'usufruit²⁴⁹.

Le Bas-Empire a donc facilité le passage des biens de la mère à ses enfants (un autre témoignage en est fourni par une loi de Constantin qui, en 327, innove totalement en permettant à la mère de laisser ses biens à ses enfants de son vivant : II, 24, 2). Ici encore, comme dans le cas de la succession des enfants dévolue à la mère, la décadence du *ius liberorum* se fait sentir : en 383, Gratien décide que les enfants peuvent hériter d'une mère qui ne l'a pas, et il privilégie l'émancipation en attribuant la succession aux enfants d'une fille émancipée sans que les parents reçoivent une seule part (V, 1, 3) ; et, surtout, le droit des enfants à hériter de la mère est élargi en 389 par Valentinien II (V, 1, 4) grâce au principe de la représentation²⁵⁰, qu'ignorait le sénatus-consulte Orfitien : si leur mère est prédécédée, elle sera représentée par ses enfants, qui obtiendront les deux tiers de la part qu'elle aurait recueillie, le troisième tiers revenant à leurs oncles et tantes maternels ; s'ils sont en concours avec d'autres agnats, qui auparavant les excluaient, ils obtiendront les trois quarts. Cette règle s'applique aussi bien au grand-père maternel qu'à la grand-mère maternelle ou paternelle. En 402, cette règle est reproduite pour l'Orient par Arcadius, qui exige aussi la participation de la

dot à la succession maternelle (V, 1, 5). En 420, Honorius ira plus loin que Gratien et sa loi de 383 en ouvrant la succession des grands-parents aux petits-enfants par représentation de leur mère prédécédée, même émancipée (V, 1, 6).

On peut donc parler, là aussi, d'une brèche ouverte dans la *patria potestas*, bien que celle-ci conserve des privilèges. Il n'en existe pas moins quelques témoignages sur les précautions prises par les législateurs dans les cas où la mère cherchait à spolier ses enfants : en 358, Constance oblige la mère à leur laisser au moins le quart d'un héritage qui, autrement, aurait été totalement absorbé par la dot (II, 21, 1) : l'année précédente, la même mesure avait été prise pour le cas où elle se remarierait (II, 21, 2²⁵¹).

X. L'épouse adultère²⁵²

A. MORALISATION DE LA LÉGISLATION

La *Lex Iulia de adulteriis coercendis* avait été promulguée en 18 av. J.-C. pour, entre autres motifs²⁵³, lutter contre un phénomène qui contribuait à déstabiliser la société en fragilisant l'indispensable équilibre de l'institution matrimoniale²⁵⁴. L'adultère entraînait dans les comportements susceptibles de faire encourir à l'épouse une *actio de moribus*, ce qui est toujours vrai au Bas-Empire (III, 13, 1 en 349). Mais surtout, après plusieurs siècles, l'intérêt se centre de nouveau sur la question avec la prise de pouvoir par Constantin : en 326, celui-ci réduit l'*accusatio* d'adultère au mari et aux proches²⁵⁵ afin d'interdire à ceux qui le voudraient de souiller les unions à la légère ; il élargit le droit du mari à l'*accusatio* en lui rappelant le devoir de veiller à la moralité de son union. Le conjoint voit donc renforcer son rôle de protecteur du foyer (IX, 7, 2). L'attachement à l'institution du mariage est également sensible dans l'expression *sacrilegi nuptiarum* employée en 339 à propos des adultères (XI, 36, 4). Constantin renoue ainsi avec une législation qui accorde une grande attention à ce phénomène, ce que montre clairement la place qui lui est réservée dans les compilations²⁵⁶.

B. MAINTIEN DE L'INÉGALITÉ ENTRE LES CONJOINTS

Les lois du Bas-Empire ne changent rien à l'inégalité entre homme et femme en matière d'adultère : comme par le passé, celui du mari ne peut exister qu'avec une femme mariée²⁵⁷, alors que toute relation extra-conjugale de l'épouse est sanctionnée²⁵⁸. C'est ainsi qu'en 331 (III, 16, 1), Constantin fait entrer l'adultère parmi les trois (seuls) motifs qui justifient la répudiation d'une épouse. En revanche, rien de tel pour l'homme, et une loi de 421 n'accorde pas plus d'importance

(XV), n. 71-72, p. 99.

245. DENOYEZ, 1959 (XVI), p. 81-82, voit des prémisses de cette loi dans *D.* 5, 3, 58 et *D.* 35, 1, 92, qui restreignaient déjà les droits du père.

246. En somme, la loi oblige officiellement les pères à faire ce qu'ils faisaient auparavant de leur propre volonté ou par la contrainte d'un fidéicommiss. Les romanistes ont en général vu dans cette loi et la réforme qu'elle contient la rupture de la règle classique selon laquelle le père, grâce à la *patria potestas*, était l'unique titulaire du patrimoine : FUENTESECA, 1993 (XIX), p. 333-334.

247. FUENTESECA, *op. cit.*, p. 343-345.

248. *CJ* 6, 61, 6 (en 529) ; *Inst.* 2, 9, 1.

249. *Nov. Just.* 117, 1, en 542.

250. Un cas particulier est représenté par une loi de 380 : si le grand-père a subi une *poena capitalis*, Gratien donne (sous certaines conditions) la préférence aux enfants de la lignée maternelle sur ceux de la lignée paternelle (IX, 42, 9). La loi s'explique sans doute par la volonté de punir la lignée paternelle, qui se voit associée au crime.

251. Nous verrons des précautions similaires à l'égard du père remarié.

252. IX, 7 : *Ad legem Iuliam de adulteriis* ; III, 13, 1 ; III, 16, 1 et 2 ; IX, 7, 1, 2, 4, 7, 8, 9 ; IX, 15, 1 ; IX, 38, 1, 3, 4, 6, 7, 8 ; IX, 40, 1 ; XI, 36, 1, 4, 7.

253. Motifs d'ordre moral, démographique, politique, idéologique : DES BOUVRIE, 1984 (X), p. 95 sq. ; COHEN, 1991 (X).

254. RIZZELLI, 1987 (X).

255. Restriction du droit d'accusation : VOLTERRA, 1928 (X).

256. *D.* 48, 5 : *Ad legem Iuliam de adulteriis coercendis* ; *CJ* 9, 9 : *Ad legem Iuliam de adulteriis et de stupro*.

257. ANKUM, 1985 (X), p. 158.

258. BEAUCAMP, 1990 (XV), p. 139-140 (p. 139-170 sur l'ensemble de la question de l'adultère).

à ses frasques²⁵⁹, alors qu'elle punit lourdement la femme pour les mêmes fautes (III, 16, 2). C'est toujours la femme adultère qui est la première visée par IX, 7, 2 (en 326), ainsi que par III, 13, 1 (en 349) et IX, 7, 4 (en 385). Qui plus est, en cas de mariage avec son complice, elle se voit elle aussi accusée d'adultère, ce qui n'était pas le cas dans la législation classique (IX, 7, 8²⁶⁰). Quant à l'amant, une décision de 393 lui interdit, s'il appartient à l'armée, d'arguer de son privilège de for militaire pour éviter le tribunal du mari (IX, 7, 9). Ainsi donc, l'adultère n'est toujours conçu par le Bas-Empire qu'en fonction du tort causé à l'époux²⁶¹, ce qui explique que la législation mette constamment en scène l'épouse infidèle et son amant, et non le mari et sa maîtresse.

C. MESURES DE PRÉCAUTION

Il est vrai que l'épouse est protégée de certains abus en matière d'accusation²⁶² : depuis la *lex Iulia de adulteriis*, l'adultère était un *crimen publicum* pour lequel l'accusation était ouverte à tous²⁶³. Or, en 326, comme nous venons de le voir, Constantin innove en interdisant désormais aux *extranei* de mettre en danger l'institution du mariage par des accusations infondées, et en réservant au mari et aux proches le droit à l'accusation d'adultère (IX, 7, 2) ; mais, en vertu de cette même loi, l'accusation peut être formulée sur un simple soupçon, et le législateur libère le mari des formalités nécessaires pour la présenter (à savoir les 60 jours de délai après le divorce, et l'*inscriptio*, c'est-à-dire le risque du talion) : ces mesures ont pour but d'interdire à la coupable d'échapper à la procédure. Une loi de 385 (IX, 7, 4) reprend en outre la règle d'origine classique qui permet, en cas d'adultère, d'interroger les esclaves des maîtres, et surtout de les interroger pour les amener à dénoncer leurs maîtres²⁶⁴ ; une autre de 392 (IX, 7, 7) interdit les *praescriptiones*, manœuvres dilatoires susceptibles de retarder l'accusation d'adultère.

D. RENFORCEMENT DES PEINES

Les pénalités qui frappent les femmes adultères sont à la mesure des précautions prises pour assurer accusation et procédure. Peut-on cependant parler de permanence du *ius uitae necisque* accordé au père à l'encontre de sa fille adultère (droit concédé de façon très restrictive par la *lex Iulia de adulteriis coercendis*²⁶⁵, et qui semble être ensuite tombé en désuétude²⁶⁶) ? Le contenu d'une mesure prise par Constantin en 318 (IX, 15, 1) ne permet pas non plus d'affirmer que le père exerçant un tel droit était considéré comme un infanticide²⁶⁷. En revanche, au Bas-Empire, l'État punit de mort la femme adultère : une constitution de 313 (IX, 40, 1) prévoit la

poena capitalis pour trois crimes : l'adultère, l'homicide et la sorcellerie²⁶⁸, ainsi qu'une autre de 326 (IX, 7, 2²⁶⁹). La répression exercée par l'État devient donc impitoyable : alors qu'à l'époque classique une femme adultère n'encourait pas la mort (depuis Antonin le Pieux, *relegatio* dans une île pour les *honestiores*, condamnation aux mines pour les *humiliores*), c'est désormais le cas. En 339, Constance va plus loin que la simple *poena capitalis* en prescrivant un *summum supplicium* : le sac ou le bûcher (XI, 36, 4), c'est-à-dire la peine prévue pour les parricides. Par ailleurs, en 313, Constantin dénie à celui qui est reconnu coupable toute tentative dilatoire, dont le droit d'appel²⁷⁰, en le faisant entrer dans la liste de personnes responsables d'*atrocissima facinora*, qui comprend aussi l'homicide, l'empoisonnement et la sorcellerie (XI, 36, 1). La mesure est répétée en 339 (XI, 36, 4 – Constance dénonce ces *scelera saeviora* en 348 : XI, 36, 7), et Théodose I^{er} rejette en 392 toutes les prescriptions civiles qui retardent le procès (IX, 7, 7). À la différence de l'époque classique, l'adultère fait désormais partie des crimes qui ne bénéficient pas de l'*indulgentia* impériale : IX, 38, 1 (en 322), 3 (367), 4 (368), 6 (381), 7 (384), 8 (385)²⁷¹. Il faudra attendre Justinien pour que la loi se montre plus indulgente²⁷² : la femme ne sera plus exécutée, mais enfermée dans un couvent.

La même rigueur et la même inégalité se constatent en matière de pénalité patrimoniale : durant la période classique²⁷³, en cas d'*actio de moribus* à l'encontre de l'épouse, la dot pouvait déjà être amputée (*retentiones*), et même accaparée, par le mari, ce qui est toujours le cas au Bas-Empire (III, 13, 1²⁷⁴). De plus, dans la loi de 331 (III, 16, 1), le sort des époux est inégal : la femme qui répudie son mari à tort perd tout, alors que le mari se contente de rendre la dot, sans rien avoir à donner de ses biens propres. La même disparité se retrouve en 421, dans la loi de Théodose II²⁷⁵, pour la dot et la donation (III, 16, 2) : alors que le droit antérieur punissait l'épouse coupable de la perte de la moitié de sa dot et d'un tiers de ses biens personnels²⁷⁶, l'épouse perd désormais la totalité de la dot et de la donation des fiançailles, alors que le mari adultère ne donne manifestement rien de ses biens personnels. Qui plus est, en 392, une mesure interdit à l'épouse adultère de réclamer sa dot pour échapper à l'accusation et au divorce (IX, 7, 7). Ces retenues seront abolies par Justinien, de même que l'*actio de moribus*²⁷⁷.

268. IX, 40, 1, n. 317.

269. IX, 7, 2, n. 52.

270. Refus de l'appel pour l'adultère et autres crimes graves : GAUDEMET, 1981*, p. 50-51 ; en 347, Constance autorise l'appel lorsque l'accusé est condamné à mort (XI, 30, 20°), et ce retour à l'indulgence est maintenu en 398 par Arcadius (XI, 30, 57°) et Honorius (XI, 30, 58°).

271. Cf. aussi *Sirm.* 8, en 386 ; *Nov. Val.* 19, pr. et 1, en 445.

272. C'est aussi vrai pour la procédure que pour les pénalités : BEAUCAMP, 1990 (XV), p. 165 et 169 ; autres réf. : NÚÑEZ Paz, 1998 (XV), n. 33, p. 279-280. Évolution de la peine d'Auguste à Justinien : BIONDI, 1965 et DE DOMINICIS, 1950 (X).

273. Cependant, d'après WOLFF, 1934 (XVI), à l'origine, le but du *iudicium de moribus* n'était pas de faire porter la punition de la femme sur sa dot.

274. Il y est cependant stipulé que les héritiers du mari ne pourront plus retenir la dot, et que ceux de la femme sont libérés de cette pénalité.

275. Cette constitution innove en distinguant les pénalités en fonction des motifs (faibles ou nuls).

276. PLESCIA, 1987 (XV), p. 302-303.

277. *CJ* 5, 13, 1, § 5d (en 530) et 5, 17, 11, § 2b.

259. En 449, le divorce est déclaré possible si le mari est pris en flagrant délit d'adultère avec une femme mariée, ou s'il amène chez lui une femme de mœurs dissolues et qu'il a des relations sexuelles avec elle en présence de sa femme – cas sans doute particulièrement peu fréquent ! : *CJ* 5, 17, 8, 2.

260. Peines infligées par la législation tardive à la femme adultère remariée avec son amant : VITALI, 1992 (X).

261. C'est une constante dans la législation romaine : cf. *D.* 48, 5.

262. Tendances générales au Bas-Empire : BEAUCAMP, 1990 (XV), p. 46-147.

263. Substitution d'une procédure légale à la législation familiale : DEL CASTILLO, 1979 (XV), p. 179.

264. Sur les fluctuations de la législation classique en ce domaine, cf. IX, 7, 4, n. 76.

265. Conditions très restreintes d'application de ce droit dans la période classique : RUSSO RUGGERI, 1989-90 (X).

266. Les avis divergent sur la réalité et la date de la disparition de ce droit : ch. IX, B.

267. Il est également on ne peut plus difficile d'admettre que le *ius occidendi* dénié au père en IV, 8, 6° (cf. ch. IX, B) concerne le droit de tuer sa fille adultère. Le Bas-Empire a donc réduit à l'extrême les possibilités de vengeance privée par le père et le mari à l'encontre de la femme adultère : BEAUCAMP, 1990 (XV), p. 141-145 ; CANTARELLA, 1972 (X).