



HAL
open science

Les devoirs comportementaux dans le mariage cum manu : voyage aux confins du droit romain

Richard Ouedraogo

► **To cite this version:**

Richard Ouedraogo. Les devoirs comportementaux dans le mariage cum manu : voyage aux confins du droit romain. 2013. hal-00817952

HAL Id: hal-00817952

<https://hal.science/hal-00817952>

Preprint submitted on 26 Apr 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les devoirs comportementaux dans le mariage *cum manu* : voyage aux confins du droit romain

Par Richard OUEDRAOGO, Docteur en Droit, ATER à l'Université Paris 8.

Résumé. – La législation française sur le mariage suscite actuellement un débat très passionné. La communauté des juristes, à l'image de l'opinion publique tout entière, semble profondément divisée sur les réformes tendant à ouvrir le mariage aux couples homosexuels. On en comprend aisément les raisons : l'institution sociale du mariage couve d'importants enjeux politiques, sociaux et éthiques, dont les contours ne peuvent véritablement être cernés qu'en remontant le temps. L'analyse des fondements juridiques des devoirs conjugaux dans la société romaine illustre, d'une certaine façon, l'articulation du droit et des croyances religieuses autour d'une institution qui a toujours reflété la ferme volonté politique des pouvoirs publics de contrôler les mœurs familiales.

Mots-clés : *mariage, droit romain, religion, devoirs conjugaux*

Introduction

« Le mariage a précédé toute loi positive ; dérivé de la constitution même de notre être, il n'est ni un acte civil, ni un acte religieux, mais un acte naturel qui a fixé l'attention des législateurs ».

PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil. Écrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, Coll. des Publications du Centre de philosophie du droit, 1988, p. 37.

1. Rome n'a pas inventé le mariage. Pour autant, l'exploration du droit matrimonial romain permet de mieux cerner une grande part de la complexité juridico-éthique du mariage moderne. En effet, en remontant aux origines de l'Empire pour tenter d'appréhender les fondements des devoirs conjugaux, on réalise, sans peine, que la connaissance des dimensions sociale et religieuse du mariage romain peut aussi éclairer les juristes contemporains sur le débat socio-éthique autour de l'institution

matrimoniale en pleine mutation. En effet, la notion de « devoir comportemental » dans le mariage romain révèle, dans ses fondements axiologiques, de véritables similitudes avec ce que HART¹ a pu désigner de « règle sociale », à travers cette double dimension à la fois « comportementale », qui renvoie au fond à l'usage répété, et « intellectuelle », qui induit une conscience d'obéir à une norme contraignante. En vérité, cette dernière dimension correspond, dans l'analyse habituelle de la coutume, à l'*opinio necessitatis*, ou encore, selon les termes même du Digeste², au consentement tacite, sinon à la convention tacite des intéressés³.

Cette transcendance de la règle sociale dans la société romaine confère ainsi une force normative certaine au régime juridique du mariage en général, et aux devoirs qui lient les époux en particulier. Comme le souligne d'ailleurs si bien un auteur, « la société romaine avait stabilisé les relations amoureuses et la vie de la famille par le mariage »⁴. Cette perception politique du mariage comme véritable valeur de consolidation du tissu social a constitué, essentiellement, la philosophie primaire qui a inspiré l'élaboration d'un régime juridique impératif des devoirs matrimoniaux.

2. De la fondation de Rome à la chute de l'Empire d'Occident, il apparaît clairement que le mariage a traversé une période longue de profondes mutations sociales. Il n'y a pas lieu d'aborder ici toute l'évolution complexe du droit romain du mariage, étant donné que de nombreux auteurs s'y sont déjà attelés avec plus ou moins de dextérité⁵. Il s'agira pour nous de voir comment, à l'Époque classique, l'institution matrimoniale, si fermement établie dans la société romaine, poussant des racines si profondes dans la religion et le droit civil, s'est transformée peu à peu, perdant une partie de sa force à chaque nouveau progrès qui la rapprochait du droit naturel, pour arriver enfin à un relâchement si éloigné de sa rigueur primitive⁶.

¹ H. L. A. HART, *Le Concept de droit*, Oxford, 1961, trad. française de VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, 4^e 1994, considéré comme l'un des ouvrages les plus influents en théorie du droit de la seconde moitié du XX^e siècle.

² D. I, 3, 32, 33 et 35.

³ V. R. SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 110-111.

⁴ J. FOVIAUX, *De l'Empire romain à la féodalité*, t. 1 *Droit et Institutions*, Paris, Economica, 1986, p. 202.

⁵ FI. DEMOULIN-AUZARY, *Les actions d'état en droit romano-canonique*, Paris, LGDJ, 2004 ; M. HUMBERT, *Le mariage à Rome : Étude d'histoire juridique et sociale*, th. Paris II, 1972 ; J. GAUDEMET, *Originalité et destin du mariage romain*, Milan, éd. A. GIUFFRÈ, 1954.

⁶ O. BEYLOT, *Étude historique sur la condition juridique des époux dans le mariage romain*, th. Bordeaux, 1888.

Chacun le sait, toute société produit des normes dont le respect assure sa solidité et sa durée⁷. Le moins que l'on puisse dire, c'est que les normes sociales qui délimitent les contours juridiques des devoirs conjugaux à Rome justifient toute l'importance politique du mariage, et partant, de la famille, dans la cohésion même de l'Empire. Il faut d'ailleurs le reconnaître, la régulation normative des rapports conjugaux dans la société romaine pourrait trouver une belle illustration dans la pensée positiviste de KELSEN⁸, lorsque celui-ci expliquait par exemple que dans les sociétés primitives, la notion de « bien » et de « mal » se forme dans la tête des Hommes. Ils en viennent ainsi à penser que dans telle circonstance les membres du groupe doivent se conduire d'une manière déterminée, c'est-à-dire se conformer à certaines normes.

3. En clair, les mœurs conjugales dans la société romaine reconnaîtraient certaines vertus comportementales comme fondamentales, parce que participant justement à la cohésion morale de toute l'institution familiale. Mais, pour autant, il ne faudrait sans doute pas envisager chez les Romains la morale comme la seule source normative à même de produire des règles obligatoires et des interdits comportementaux en droit positif. Morale et droit constituaient déjà deux ordres normatifs bien distincts. Et, comme le rappelle d'ailleurs KELSEN, pour que la morale soit distincte du droit, il aurait sans doute fallu que le contenu des normes de la morale ne se confonde pas avec celui des normes du droit, donc, qu'il n'y ait pas de renvoi du droit à la morale ou de la morale au droit. C'est à cette condition qu'il est possible de prononcer un jugement moral considéré dans son ensemble ou sur l'une ou l'autre de ses normes⁹.
4. Contrat purement consensuel¹⁰, le mariage est en tout cas conclu à Rome dans un but de procréation (*Liberorum procreandorum causa*). On y voit, alors, émerger cette dimension sociale et utilitariste qui confère à l'institution son rôle de garant de certaines valeurs morales transcendantes. Par comparaison avec ce qu'avait déjà pu écrire ARISTOTE¹¹ dans la Grèce Antique, on peut s'apercevoir que chez les Romains, l'individu était toujours naturellement enclin à former un couple, plus même

⁷ Voir J. BART, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, Paris, Montchrestien, 2009.

⁸ H. KELSEN, *théorie pure du droit*, trad. française par H. THEVENAZ, Neuchâtel, éd. de la Baconnière, 1988, pp. 30-31.

⁹ *Ibid.*, p. 58.

¹⁰ La présence des rites dans la cérémonie de la célébration du mariage n'entache en rien l'idée selon laquelle, seul le consentement des chefs de famille (*paterfamilias*) suffisait à donner valeur juridique au mariage.

¹¹ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, VIII, 14, 2D, p. 420. Pour le philosophe, la finalité de la *philia*, c'est la procréation, la *philia* étant l'attachement moral réciproque de l'homme et de la femme qui composent le couple.

qu'à former une société politique, dans la mesure où la famille était perçue comme quelque chose d'antérieur à la cité et de plus nécessaire qu'elle, et la procréation des enfants une chose commune à tous les êtres vivants.

Puisque le citoyen romain rêve justement de progéniture, le droit, fondé en cela sur des convictions sociales fortes qui dépassent l'entendement des jurisconsultes de l'époque, va lui offrir la possibilité de prendre « sous sa main » une épouse – d'où l'expression « mariage *cum manu* » – qui se soumettra, avec tous ses biens, à la puissance du *paterfamilias* de son mari.

5. Cette dimension politique du mariage, qui concerna la quasi-totalité des unions célébrées au cours des premiers siècles de l'Empire, reflétait le rigorisme des mœurs familiales d'une époque qui tenait pour valeur morale transcendante, cette nécessité juridique d'ériger un ordre inégalitaire des rapports interindividuels jusque dans la sphère familiale.

La force des interdits moraux excluait par exemple toutes formes d'union polygamiques et incestueuses¹². De ces impératifs moraux, le droit romain a bâti un régime juridique complexe du mariage où le mari, de par son statut social hyper-privilegié, jouissait d'une puissance absolue.

En réalité, dans le mariage *cum manu*, l'homme et la femme ne sont ni socialement, ni juridiquement égaux. L'épouse est soumise à la *manus* (I). Cette situation est dite *alieni juris*¹³. Dans le même temps, on observe cependant que le statut juridique du mari n'était guère dénué de tout impératif comportemental (II).

I. La soumission juridique de la femme à la *manus*

¹² L'inceste est qualifié de crime grave et attentatoire à l'ordre moral et social.

¹³ La situation *alieni juris* de la femme signifie qu'elle ne possède pas d'existence juridique en propre. Elle ne peut par conséquent rien acquérir en propre.

6. Le mariage constitue la base de la famille romaine et de tout son ordre social¹⁴. En cela, les règles qui la gouvernent doivent recueillir l'obéissance et l'adhésion de tous. Ces règles sont d'abord sociales, car leur « obéissance n'implique pas nécessairement l'idée, dans le chef de la personne qui obéit, que l'acte qu'elle pose (respecter par exemple un usage du mariage) constitue la conduite correcte que l'on attend d'elle et des autres : il n'est pas nécessaire qu'elle s'aperçoive que ce qu'elle fait constitue l'observance d'un modèle de comportement qui s'applique à d'autres membres du groupe social. Il n'est pas nécessaire qu'elle considère son comportement conforme comme « approprié », « correct », ou « obligatoire ». Son attitude, en d'autres termes, ne doit pas nécessairement revêtir, d'une façon ou d'une autre, ce caractère critique qu'implique l'acceptation des règles sociales...»¹⁵. Ces règles sociales revêtent un caractère bien juridique lorsque les individus en viennent à considérer les prescriptions comportementales « comme exigeant d'elle un acte sous la menace d'une sanction »¹⁶. Mais, si la règle sociale confère force de droit aux devoirs conjugaux, l'on pourrait presque se dire que l'idée même de « devoir être conjugal », qui donne tout son sens normatif à l'union des époux, demeure fragilisée du fait notamment de l'instabilité des mœurs. En effet, comme l'explique si bien un auteur, « si l'institution du mariage est celle qui est la plus importante de toutes, elle est aussi celle qui a été et qui reste maintenant encore, la plus obscurcie par les erreurs et par les passions de tous genres »¹⁷. Le régime juridique des obligations entre époux est donc, à l'instar du mariage lui-même, la proie des instabilités sociales de tous genres.
7. En premier lieu, il convient de relever le rôle central de la religion dans la régulation normative des devoirs comportementaux. À ce propos, on remarquera d'ailleurs que MONTESQUIEU n'avait certainement pas tort d'affirmer que « dans tous les pays et dans les tous les temps, la religion s'est mêlée des mariages... Comme les mariages intéressent la société, il a fallu qu'ils fussent réglés par la loi civile »¹⁸. Le droit romain est la parfaite illustration de l'articulation des croyances religieuses et des règles juridiques du mariage autour de l'idéal comportemental des époux.

¹⁴ Cette idée est formidablement explicitée par l'historien du droit J. FOVIAUX, *De l'Empire romain à la féodalité*, *op. cit.*, p. 25 : « Le mariage est à Rome un des piliers de la société, puisqu'il permet la stabilisation des personnes et, dans une certaine mesure, celle des biens ».

¹⁵ HART, *op. cit.*, spéc. p. 144.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ J.-B.-Ch. PICOT, *Du mariage romain, chrétien et français*, th. Paris, 1849, p. 1.

¹⁸ MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, Livre XXVI, p. 13.

Par exemple, la *confarreatio*, cérémonie d'acquisition de la *manus*, fut un acte certes religieux qui emporta des effets juridiques non négligeables. Dans les faits, il s'agissait d'une offrande faite à Jupiter d'un pain d'épeautre (*panis farreus* qui a donné son nom à la cérémonie), de sacrifices non sanglants de la religion romaine archaïque. L'offrande était probablement faite par le Flamine de Jupiter, qui l'accompagnait de prières à Junon, à Tellus (plus tard à Cérès) et à d'autres dieux du mariage. Les époux étaient assis sur deux sièges jumeaux, la tête voilée. Après l'offrande et les prières, ils faisaient le tour de l'autel¹⁹. VARRON²⁰ rapporte aussi qu'un bœuf ou un porc était sacrifié, accompagné de prières aux divinités du mariage et de la fécondité. Également, dans le but de s'assurer le repos après la mort, l'époux devait-il avoir une descendance qui accomplirait régulièrement des sacrifices et entretiendrait la femme. Les divinités domestiques sont donc invoquées au moment de la remise de l'épouse à son mari, en leur demandant de rendre le mariage fécond. Les prières faites aux divinités de la fécondité (Tellus) indiquent clairement qu'en droit romain, la procréation était le but recherché²¹.

8. Dans le mariage *cum manu*, la femme est considérée juridiquement comme une « incapable » ; elle ne peut donc disposer de patrimoine propre. Ainsi, tous les biens acquis avant et au moment de son mariage devenaient-ils la propriété exclusive de son mari. De cet état d'incapacité, le droit romain a retenu au moins une conséquence majeure qui va influencer sur ses devoirs en tant qu'épouse : la femme passe sous l'autorité du *paterfamilias* de son mari.

Le changement de famille pour la femme marque avant tout l'établissement d'un lien juridique définitif avec la famille de son époux. En réalité, ce passage d'une famille à une autre emportait, du point de vue des rapports personnels du mariage, d'importantes conséquences juridiques, dans la mesure où celle-ci était désormais sous l'autorité du *paterfamilias* de son époux.

En clair, chez les Romains, la femme n'est soumise tout d'abord qu'à une seule puissance, celle du père (de son mari), et c'est cette puissance qui pourra être transmise à l'époux pour certaines formalités spéciales, concomitantes ou non à la célébration.

¹⁹ J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, Paris, Montchrestien, 2009, p. 47.

²⁰ VARRON, *de re rust.* II, p. 49.

²¹ En ce sens, J. FOVIAUX, *De l'Empire romain à la féodalité*, *op. cit.*, p. 203. À la question « pourquoi se mariait-on à Rome ? », l'historien pense que c'est « pour s'établir dans la société et former, dans le couple, une association patrimoniale et amicale, dont la finalité était la procréation ».

Par lui-même, le mariage ne donnera pas naissance à une autorité nouvelle. Le mari se substitue au père dans l'exercice de sa puissance paternelle ; ainsi, la femme, en prenant le titre d'épouse, conserve-t-elle son rang de fille. Le mari qui acquiert la *manus* de sa femme acquiert du même coup une certaine *potestas* (puissance au sens juridique), non par le fait du mariage, mais par des formalités spéciales. Et là où ces formalités prescrites par la loi n'étaient pas remplies, le mari était désarmé, sans pouvoir sur la femme qui restait sous la puissance et l'autorité du seul père²².

9. Mais ce n'est pas tout. En contractant le mariage *cum manu*, la femme passait également sous l'autorité juridique et morale de son mari : c'est la situation dite *alieni juris*. Concrètement, elle devenait *loco filiae*, c'est-à-dire la fille de son mari. En réalité, lorsqu'une fille se mariait, pour éviter de graves conflits de pouvoirs entre le *paterfamilias* et le mari, le premier se dépouillait de son autorité et la transmettait dans son intégralité au mari de la famille duquel faisait désormais partie la *filiafamilias*. Par conséquent, pèsent dorénavant sur l'épouse, des obligations positives d'honorer et de respecter son mari (A), ainsi qu'un impératif absolu de fidélité aux enjeux éthiques et sociaux considérables (B).

A/ Les devoirs d'honorer et de respecter le mari

10. En tant que propriétaire unique de la *Familia*, il faut signaler que le *paterfamilias* avait, à l'origine, sur chacun de ses membres, droit de vie et de mort²³. On le sait aussi, ce droit sur la personne des enfants se conserva très longtemps, et il n'est point besoin de longues recherches dans le Digeste ou les Institutes pour trouver nombre de textes qui en font mention. Toutefois, les mêmes textes qui nous enseignent l'existence de ce droit entre les mains du père de famille nous indiquent également qu'il ne s'exerçait pas d'une manière absolue ; en effet, toutes les fois où le père, en sa qualité de magistrat domestique, avait à prononcer une sentence grave, il s'entourait d'un conseil de parents et d'amis qui devaient participer au jugement²⁴. Également, toutes les fois où le père prononçait la peine de mort contre un de ses enfants en cette qualité et non comme investi de fonctions publiques lui donnant pleins pouvoirs à cet

²² Pour une étude plus détaillée, V. VIAL, *De la manus en droit romain*, th. Marseille, Typographie et Lithographie Barthelet et Cie, 1895, p. 9.

²³ O. BEYLOT, *op. cit.*, p. 36.

²⁴ TITE-LIVE, II, 61.

effet, il était obligé par la loi de recueillir l'avis de ce conseil de famille, faute de quoi il pouvait lui-même être condamné.

C'est en quelque sorte ce même pouvoir qui est conféré au mari dans sa mission directrice de la cellule familiale. Les devoirs d'honneur et de respect de l'enfant à l'égard du *paterfamilias* dans le cadre de la *patria potestas* se transposent sur la condition juridique de l'épouse. Désormais, c'est à l'égard de son seul mari que les contraintes morales et sociales imposent ces règles d'honneur et de respect ; de ces exigences matrimoniales, il résultait par exemple une interdiction stricte pour la femme de consommer de l'alcool ou du vin. Denys D'HALICARNASSE²⁵ explique ainsi que « la femme qui avait outragé la pudeur ou bu du vin était jugée par son mari et le tribunal de famille ». Dans le même ordre d'idées, Valère MAXIME²⁶, rapportant l'histoire d'Egnatus METELLUS faisant mourir sa femme sous le bâton parce qu'elle s'était enivrée, prend soin d'ajouter que ce fut d'un excellent exemple pour ses citoyens²⁷.

11. L'on mesure donc assez aisément toute la rigidité morale qui façonne les règles obligatoires du mariage romain : la société considère en effet que la femme pouvait, de par son comportement, porter atteinte à la stabilité du mariage, et partant, à la cohésion familiale et sociale. Il fallait donc sévir par le droit contre toutes formes de dérives comportementales déshonorantes. Le devoir de fidélité obéit également à la même logique d'éthique conjugale.

B/ Le devoir de fidélité

12. Si les Romains tiennent pour « sacrées » leurs règles juridiques en matière de mariage, l'on peut aisément deviner toute la sévérité de la réponse sociale à l'égard de l'épouse infidèle. Pour l'historien Édouard CUQ²⁸ par exemple, dans le mariage *cum manu*, la femme encourait la répudiation si elle était convaincue d'avoir commis l'adultère. La fidélité était alors plus qu'une simple prescription morale ; elle revêtait une portée juridique et sociale considérable en ce sens que sa transgression conférait un droit de répudiation au mari trompé. Devoir moral et juridique fondé sur l'idée d'une double

²⁵ Denys D'HALICARNASSE, *Histoire ancienne de Rome*, II, 8.

²⁶ V. MAXIME, *Faits et dits mémorables*, éd. et trad. Fr. Robert COMBES, Paris, *Les Belles Lettres*, Coll. des Universités de France, Livre VI, 2003, (2^e tirage).

²⁷ Récit rapporté dans l'étude d'O. BEYLOT, *op. cit.*, p. 37.

²⁸ É. CUQ, *Institutions juridiques des Romains*, Paris, Librairie Plon, 1891, 1^{er} fascicule, p. 227.

soumission de la femme à la *manus* et aux mœurs sociales²⁹, la règle de fidélité était une contrainte d'ordre public dans le mariage *cum manu*.

13. Face au risque de dépérissement de l'édifice social romain, l'Empereur Auguste avait en effet voulu faire œuvre de rénovation, en promulguant une série de lois dont les dispositions coercitives devaient, selon lui, « mettre un terme au désordre des mœurs »³⁰, parmi lesquelles, la très célèbre *Lex Julia de adulteriis*³¹. On bâtit, dès son apparition, de grandes espérances sur l'amélioration de la moralité matrimoniale puisqu'on gageait que la répression encadrerait les mœurs. Destinée à redonner au mariage sa vitalité d'autrefois, la *Lex Julia de adulteriis* interdit, sous des peines sévères, certains comportements considérés comme des « dérèglements criminels » tels que la fornication, l'inceste, l'homosexualité, qui écartaient de toute union morale et légale. Mais l'adultère était son principal objectif : il fallait impérativement enrayer la vogue. Aussi, prend-t-on le soin d'examiner successivement les hypothèses sous lesquelles l'infidélité de l'épouse se caractériserait dans la pratique. Ce n'est plus la femme et le tiers coupable qui auront seulement à répondre de leurs relations jugées immorales et par conséquent illicites, mais toute une suite d'individus qui, directement ou par des moyens détournés, auront favorisé l'adultère. Le crime principal et la complicité morale de crime sont confondus dans la même répression ; l'intention est réputée pour le fait, tant on craignait que le génie des criminels réussisse à contourner la loi...

14. Le dispositif de la loi applicable en la matière était formulé dans des termes dénués de toute ambiguïté : la femme qui contracte mariage *in manu* s'oblige à observer fidélité envers son mari. Un auteur, soulignant l'impact que pouvait avoir l'infidélité dans la fragilisation de la dimension sociale de l'institution matrimoniale, note avec justesse que « sous l'influence des événements, on avait compris que ce crime, s'il lésait des intérêts particuliers, portait aussi atteinte à l'ordre social, qu'il importait donc de remettre au peuple la garde de sa propre moralité »³². Le même souci de préservation d'un équilibre moral dans l'institution sociale du mariage a pu conduire le législateur

²⁹ Pour un détail sur cette idée de double soumission de l'épouse à la *manus* et aux contraintes sociales, voir not., A. LAVRAND, *De la manus*, th. Dijon, 1892.

³⁰ É. BAILLEUX, *De l'adultère à Rome*, th. Lille, Imprimerie Verly, Dubar et Cie, 1891, p. 36.

³¹ Parmi les nombreuses études menées sur cette *Lex Julia de adulteriis*, cf. G. RIZZELI, *Lex Julia de adulteriis, Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Bari, 1997.

³² É. BAILLEUX, *op. cit.*, p. 46.

romain à imaginer un statut juridique du mari dans lequel l'idée de responsabilité conjugale fut le maître-mot.

II. Le statut juridique du mari

15. Même s'il apparaît, à l'étude du régime juridique des rapports entre époux dans le mariage *cum manu*, que l'homme a pu jouir d'une sorte de puissance maritale en apparence incontestable, il serait illusoire de l'imaginer dépourvu de toute contrainte juridique et morale. En effet, le premier de ses devoirs, et sans doute le plus sacré, fut celui d'entretenir son foyer.

Puisque « ce n'est pas un acte juridique qui forme la base du mariage romain (*matrimonium*) mais la conscience et la volonté de vivre en union conjugale et de constituer une communauté familiale qui s'exprime dans le rapport de vie qu'elles concrétisent »³³, le mari se devait d'être, sur le plan des rapports personnels, le garant de la cohésion morale du couple (1), de l'intégrité et du bien-être de la *domus*³⁴ (2).

A/ Le devoir de garant de la cohésion morale du couple

16. Le mariage, même contracté *in manu*, ne déchargeait guère juridiquement le mari de son devoir de respecter sa femme (1) et, dans une bien moindre mesure, d'une certaine obligation de lui rester fidèle (2).

1. Le respect conjugal découlant de l'*honor matrimonii*

17. À Rome, la situation juridique de la femme mariée n'est nullement dépourvue de privilèges de tous genres. C'est un statut « social » bien plus enviable que le régime assez répandu à l'époque du simple concubinat : « La femme mariée, à la différence de la concubine, est traitée en épouse légitime (*uxor*), elle seule est *mater familias* ou *matrona*, elle seule partage le même rang social que son mari qui doit la traiter avec

³³ B. SCHMIDLIN et C. CANNATA, *Droit privé romain*, t.1, *Sources, famille, biens*, Lausanne, éd. Payot, 1984, p. 60.

³⁴ L'expression « *domus* » est ici employée pour désigner la famille en tant que foyer composé du couple et des enfants.

respect »³⁵. En élevant l'épouse au rang de *mater familias*, le droit romain entendait lui garantir une fonction sociale qui forge le respect : respect d'abord de la société, mais aussi et surtout respect de son mari. C'est ce qui a pu être qualifié d'*honor matrimonii*.

Le mari se voyait ainsi contraint, aussi bien juridiquement que moralement, d'observer un minimum de considération envers celle qui incarne la figure de transmission d'une éducation exemplaire à ses enfants. Par exemple, il devait éviter de l'humilier ou de lui proférer des propos irrespectueux, car tous deux jouissent désormais, du fait du mariage, d'un même rang social. En vertu de cette exigence de respect, « si par hypothèse l'épouse quittait la maison conjugale, le mari n'avait, en sa qualité de mari, aucun moyen légal à sa disposition pour l'y faire rentrer »³⁶. On sait également que lorsque la femme passait totalement sous l'autorité de son mari dans le mariage *cum manu*, ce dernier n'avait le droit de la répudier que dans des hypothèses très limitées³⁷, à savoir les cas d'adultère, de tentative d'empoisonnement des enfants et de falsification des clés du cellier. Le mari qui répudiait en dehors de ces trois hypothèses s'exposait à des sanctions religieuses et pécuniaires³⁸.

18. D'autres lois romaines prescrivait également ce devoir de respect dû aux femmes sous des formes assez variées d'usage de courtoisie. Par exemple, Valère MAXIME rapporte cette obligation pour les hommes de céder le pas aux femmes en public pour leur rendre hommage : « Pour l'honneur des femmes, le Sénat a entouré l'ordre des Matrones de la bienveillance de ses sénatus-consultes, et a établi que les hommes céderaient le pas aux femmes, avouant que la *stola* importait plus que les armes au salut de l'État »³⁹. HOFFMAN fait également état d'une loi qui prescrivait aux hommes de respecter la pudeur des femmes dans leurs discours et dans leur tenue : « Personne, dit-il, ne doit dire rien de honteux en présence d'une femme, ni se présenter nu devant elle, sous peine de mort »⁴⁰. Dans le même temps, le droit romain exigeait de l'époux une éthique comportementale qui prit la forme d'une véritable exigence comportementale de fidélité.

³⁵ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, P.U.F., Coll. Droit fondamental, 1996, p.106.

³⁶ V. VEILLCOVITCH, *De la manus dans le mariage romain*, th. Paris, A. Giard et E. Brière (libraires-éditeurs), 1892, p. 36.

³⁷ PLUTARQUE, *Vie de Romulus*, 22, 3.

³⁸ J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *ibid.*, p. 52.

³⁹ Livre 5, Ch. 2.

⁴⁰ H. V. HOFFMAN, *Traité sur la loi Julia*, th. Dijon, 1872, p. 87.

2. La règle de fidélité

19. L'un des caractères fondamentaux assignés au mariage romain était le noble but poursuivi, à savoir, la propagation de l'espèce humaine. Un auteur affirme par exemple qu'« il est certain que devenir père semblait aux Romains et le mobile et la justification du mariage ; c'était un devoir public et sacré ; ils prenaient une épouse pour en avoir des enfants »⁴¹. Il apparaissait donc logique aux Romains de faire peser sur les épaules de celui qui incarnait la fécondité et la perpétuation de l'espèce humaine, une règle d'éthique comportementale pour garantir en quelque sorte l'exclusivité dans les relations charnelles.

20. Cependant, pour l'homme, la règle de fidélité s'apparentait davantage à une simple obligation morale qu'à une véritable norme juridique. En effet, alors que l'épouse qui trompait son mari risquait la peine de mort⁴², les lois romaines se montraient particulièrement indulgentes en ce qui concerne l'infidélité du mari ; l'adultère de l'époux était en effet puni à Rome non pas comme un crime contre les mœurs, mais plutôt comme un crime contre la famille. On a pu ainsi écrire que « l'adultère du mari, pour fréquent qu'il pût être, ne devait pas être très criminel aux yeux de la société romaine. Tout au plus, la femme du coupable eût-elle pu se plaindre que son mari allât porter ailleurs un hommage qui n'était dû qu'à elle »⁴³. Toutefois, le statut juridique du mari induisait certaines contraintes domestiques eu égard notamment à la responsabilité somme toute noble de veiller à maintenir un climat apaisé au sein de la *domus*.

B/ Les charges domestiques de l'époux

⁴¹ A. De RICHECOUR, *Essai sur l'histoire des formes requises pour la validité du mariage*, th. Paris, Charles DOUNIOL (libraire-éditeur), 1856, p. 8.

⁴² Sur la répression de l'adultère, cf. not. J. A. C. THOMAS, « Lex Julia de adulteriis coercendis », in *Études J. MACQUERON*, Aix-en-Provence, 1970, p. 637 s. ; H. ANKUM, *La captiva adultera, problèmes concernant l'accusatio adulterii en droit romain classique*, R.I.D.A., 1985, p. 153 s.

⁴³ J. CHAILLEY, *L'adultère à Rome avant et sous la Loi Julia*, th. Auxerre, Imprimerie de Georges Rouillé, 1882, p. 33.

21. D'un point de vue purement patrimonial, il importe de relever, d'emblée, que le ménage n'est pas autonome dans la famille romaine agnatique, le mariage *cum manu* absorbant la personnalité de la femme dans celle de son mari. En réalité, il n'y a qu'un seul patrimoine pour l'ensemble de la famille : il est aux mains de son chef qui peut en disposer librement entre vifs et à cause de mort⁴⁴.

Dans ce contexte, la dot, constituée par des pactes de mariage particuliers en forme de stipulation dotale ou de *dotis dictio*, joue un rôle primordial. Elle consiste, cette dot, en l'affectation d'un certain patrimoine au mari, dans le but de l'alléger des charges provenant de l'entretien de la femme et des enfants communs⁴⁵. Ainsi, cette dot revient-elle au mari selon l'adage romain *ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt* (Paulus, D. 23, 3,56, 1) : la dot doit être là où se trouvent les charges du mariage. À cela il faut aussi ajouter que la dot servait à l'entretien de la femme même après la dissolution du mariage, d'où l'obligation de restitution qui limitait l'usage abusif par le mari de cette dot durant la vie commune.

22. Également, il appartenait au mari de définir un cadre moral propice à l'éducation des enfants. On rapporte en effet que les rapports entre père et fils étaient étroits et même affectueux « pour autant que l'attitude de discipline, de respect et de piété du fils envers son père le permett. C'est le père qui se chargeait lui-même de l'éducation de ses fils, tandis que les filles restaient entre les mains de la mater familias »⁴⁶. Un récit, relaté par PLUTARQUE sur l'idée que se faisait CATON⁴⁷ du devoir pour tout citoyen « modèle » d'assurer lui-même l'éducation de ses fils, est très explicite en ce sens : « ce fut Caton lui-même qui enseigna les lettres à son fils, qui lui apprit le droit et qui fut son maître de gymnastique. Il lui apprit non seulement à lancer le javelot, à combattre lourdement armé, à monter à cheval, mais encore à boxer, à endurer le chaud et le froid et à traverser à la nage le fleuve en forçant les passages difficiles et les tourbillons. Il dit aussi qu'il avait rédigé un livre d'histoire de sa propre main, en

⁴⁴ P.-Cl. TIMBAL, *Droit romain et ancien droit français, Régimes matrimoniaux-successions-libéralités*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1975, p. 4.

⁴⁵ B. SCHMIDLIN, *op. cit.*, p. 127.

⁴⁶ *Ibid.* p. 117.

⁴⁷ PORCIUS CATO CENSORIUS ou CATON (234-149 av. J.-C.) est une figure brillante de la littérature de l'ancienne Rome. Édile plébéien en 199, consul en 195, désigné parmi huit autres candidats pour exercer la censure en 184, il fit tant et si bien que son surnom lui resta. Il était en effet d'une sévérité envers les dépravations des mœurs et jusqu'à sa mort, il mena une activité politique très intense et très controversée.

gros caractères, afin que son fils trouvât à la maison même le moyen de connaître les antiques traditions de son pays »⁴⁸.

Le mari se voyait ainsi, par l'effet du mariage *cum manu*, confier la lourde charge d'inculquer aux enfants une éducation exemplaire. On retrouve des exemples de dévouement marital chez d'illustres personnages de la société romaine, à l'instar de CICÉRON par exemple qui surveillait de près « la bonne instruction de son fils et de ses neveux », ou encore, chez AUGUSTE et TIBÈRE⁴⁹. Cependant, à y voir de plus près, l'éducation des enfants prend une dimension clairement supra juridique lorsqu'on réalise que c'est en réalité à la religion qu'il fallût attribuer primitivement tout principe d'autorité. En effet, la toute-puissance serait divine et c'est la religion qui l'attribuerait au père : le père est le prêtre suprême et, par là même, le chef suprême ; « il est en contact direct avec l'autel et le descendant immédiat des ancêtres, de ceux qui ont leurs tombeaux dans la maison et qui sont devenus autant de divinités »⁵⁰.

⁴⁸ PLUTARQUE, *Caton*, ch. XX.

⁴⁹ B. SCHMIDLIN, *op. cit.*, p. 118.

⁵⁰ Ch. C. ARION, *De la puissance paternelle à Rome, en France et en Roumanie*, th. Paris, 1878, p.8.

Conclusion

23. Au final, l'étude des devoirs comportementaux dans le mariage *cum manu* présente cette difficulté majeure qu'à Rome, le mariage n'est pas une institution figée et soumise à la seule force normative du droit. Il a beaucoup évolué, relativement sur une période assez longue, et ce, en s'imprégnant des réalités politiques, sociales et religieuses qui ont façonné les mœurs familiales.

Si le régime juridique du mariage *cum manu* laisse entrevoir une institution fortement inégalitaire, en ce sens que l'homme et la femme ne jouissent pas des mêmes droits à Rome, il serait toutefois inexact de penser que les obligations du mariage ont d'abord été pensées à l'origine pour contraindre la seule épouse à se conformer à une morale conjugale absolue. Les devoirs comportementaux, érigés par le droit romain classique en rempart contre la dépravation des mœurs, reposent sur l'impérieuse nécessité de trouver un équilibre relationnel dans le mariage.

Telle était, pour les Romains, la garantie d'une institution solide et durable. Le droit contemporain français, qui a tant hérité de cette conception « primitive » de la famille, ne devrait guère ignorer cette vérité politico-historique.