Compléments à la légitimation par mariage subséquent sous Justinien et dans le droit gréco-romain

par C. Van de Wiel

Une précédente étude [1] nous a permis d'établir que la légitimation par mariage subséquent a été instituée par Constantin en l'an 336, à titre transitoire. En 517, elle fut à nouveau autorisée par Anastase à titre permanent. Mais, estimée en contradiction avec les principes chrétiens, cette légitimation fut abolie deux ans plus tard par Justin. Pour la même raison, cet empereur supprima aussi l'adrogation, estimant que, bien loin de favoriser le mariage, elle permettait au père d'acquérir pour ses enfants des privilèges analogues à ceux que conférait le mariage, et cela sans mariage légitime. Cette suppression privait de toute faveur les enfants naturels qui désormais étaient condamnés à stagner dans leur misérable situation, sans qu'il y eût de leur part la moindre faute.

Par la suite, Justinien, toujours très humain et soucieux de faire régner l'équité, rétablit une nouvelle fois, en l'année 529, la légitimation par mariage subséquent: il en fit une institution qui cette fois serait définitive. Cette mesure cependant ne pouvait résoudre tous les cas, ce qui, avant Justin, avait été rendu possible grâce à l'institution de l'adrogation. Pour mettre fin à cette lacune, Justinien institua la légitimation par rescrit du

(1) C. Van de Wiel, *La légitimation par mariage subséquent, de Constantin à Justinien. Sa réception sporadique dans le droit byzantin*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, t. XXV, 1978, p. 307-350.

prince, et, après le décès du père, la légitimation par testament qui, pourrait-on dire, sert de complément à la précédente.

Nous traiterons d'abord de la légitimation par rescrit du prince (*art. 1*); puis des légitimations par testament (*art. 2*). Nous y ajoutons une courte étude à propos de la légitimation dite *per nuncupationem* ou par reconnaissance du père, introduite au chapitre 2 de la novelle 117 (*art. 3*).

Art. 1. — La légitimation par rescrit du prince

Dans certaines situations, la légitimation des enfants naturels par mariage subséquent est rendue inapplicable pour une raison dépendant soit de la mère, soit des enfants. Mais quel qu'en soit le motif, le père n'en est jamais directement responsable. La préface de la novelle 74 montre que Justinien a personnellement rencontré pareils cas, car il y décrit très concrètement ces situations (2).

Voici les différents cas envisagés.

1/ Un père a des enfants naturels et se propose de les légitimer en épousant leur mère. Mais avant qu'il ne contracte ce mariage, sa femme vient à mourir. Le mariage est donc devenu impossible et les enfants doivent rester ce qu'ils sont, des enfants naturels, malgré la volonté du père de les légitimer par mariage subséquent (3). Le décès de la mère entraîne donc l'impossibilité de la légitimation. Le père et les enfants sont ici des victimes bien involontaires.

2/ Un homme a des enfants naturels qu'il aime et désire légitimer. Cependant, il ne veut pas épouser leur mère en raison de son inconduite: il ne la juge pas digne de porter le nom d'épouse (4). Ici, c'est à nouveau la mère qui est à l'origine de

(2) *Nov.*, LXXIV, *praef.*, 1 (a. 538): ... *secundum tale exortum est apud viros neque nobis incognitos.*

(3) *Ibid.*: ... *at ille eos volebat a nobis adinvento modo facere suos nuptialium confectione documentorum: deliberante autem haec patre mortua est mulier et constitutionis eum deseruit modus* ...

(4) *Ibid.*: *Procreavit etenim quidam filios non legitime, et filios quidem ultraquam diligebat et legitimos sibi fieri secundum legem volebat, ea*

cette impossibilité. Elle l'est, cette fois, non plus matériellement, mais moralement: sa responsabilité est engagée, tandis que père et enfants sont lésés sans aucune faute de leur part.

3/ Dans cette hypothèse, les enfants interviennent très positivement. Le père veut épouser sa concubine pour en légitimer ses enfants. Mais ceux-ci, apprenant avant leur légitimation que leur mère était devenue, à l'improviste, héritière d'un cognat, cachent leur mère *maligne et dolose*, pour éviter que plus tard, après la mort de la mère, le père survivant ne puisse, conformément à la loi, jouir de l'usufruit légal des *res maternae* (5).

4/ Justinien ici ne s'exprime qu'en termes très généraux: la mère peut être empêchée de se marier en vertu de l'une ou l'autre loi (6). L'impossibilité serait alors purement juridique: la mère serait, par exemple, déjà mariée, ou entrée en religion, etc.

autem quae sunt mulieris non erant omnino sine peccato, neque dignam eam aestimavit legitimo quodam nomine, quae etiam semetipsam injuriaverat. — Sur ce point, quelques auteurs recourent à des termes parfois ambigus. X. D'HAUCOUR, *L'évolution historique du concubinat romain*, dans *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, t. XVIII, 1894, p. 741 et Cl. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t. I, 4e éd., Paris, 1886, nr. 116, p. 291 traduisent: quand le mari n'eut pas la possibilité de se marier. Ceci n'est exact que jusqu'en 542; en effet, lorsque cette institution fut créée, en 538, l'empêchement de mariage à cause de la mésalliance existait encore, mais il fut aboli à partir de 542. Il est donc préférable de dire « ne *voulut* » pas épouser, à cause de son inconduite. Un tel refus était aussi admis avant 542, et persiste assurément dans l'intention de Justinien (*neque dignam eam aestimavit*).Semblent s'exprimer dans ce sens H. JANEAU, *De l'adrogation des 'liberi naturales' à la légitimation par rescrit du prince*, Paris, 1947, p. 87 ; G.J. MCDEVITT, *Legitimacy and Legitimation. An Historical Synopsis and Commentary*, Washington, 1941, p. 7 ; A. WEITNAUER, *Die Legitimation des ausserehelichen Kindes im Römischen Recht und in den Germanenrechten des Mittelalters*, Bâle, 1940, p. 43.

(5) *Nov.*, LXXIV, *praef.*, 2: ... *filii vero sentientes quoniam quaedam inopinate venissent ad matrem eorum (licet uxorem non legitimam existentem) a quodam cognato divitiae, maligne simul et dolose agentes matrem occultaverunt, ne ... moriente forte matre maternarum rerum frueretur usufructu, hoc quod patribus dat bene faciens lex.*

(6) *Nov.*, LXXIV, 1: ... *mulierem vero aut non habet penitus, aut (quae) non sine delicto sit aut quae non appareat habeat, aut secundum quandam legem ad matrimonium praepeditam...*

Tels sont les cas relevés par Justinien. Cette liste n'a cependant aucun caractère limitatif, mais uniquement exemplatif; le texte le dit déjà expressément: *multae namque naturae sunt novitates* (7). Plus loin, la novelle 89 ajoute encore d'autres hypothèses sans mentionner aucune limite (8).

L'empereur va, de façon très efficiente, s'intéresser à ces situations: à leur intention, il élaborera une nouvelle solution juridique. N'avait-il pas déclaré deux ans plus tôt, en 536, qu'on n'avait jamais invoqué en vain ses faveurs, quelques nombreuses ou répétées qu'aient été les sollicitations qui lui étaient adressées au sujet du sort des enfants naturels? (9). Déjà ses décisions antérieures (la novelle 18, p. ex.) prouvent à suffisance que cet empereur a toujours fait preuve d'indulgence vis-à-vis des enfants naturels. Pour résoudre les cas cités plus haut, il instaurera un rescrit du prince qui accordera la légitimation aux intéressés.

Mais il importe de bien comprendre le sens de cette mesure. Toute faveur accordée par un rescrit doit être réellement un remède qui s'inscrit dans la ligne de la loi (10). Il est assurément louable de faire preuve d'indulgence à l'égard de la situation des enfants naturels; cependant, les principes de la morale et de la légalité doivent toujours être respectés. Justinien ne perd pas de vue ce principe. Il y songe, car immédiatement après avoir exposé sa solution, il déclare: *sed quia non hoc cum lege agimus, erubescimus* (11). Il tient à s'expliquer. Il reconnaît qu'aucune faveur, aucune solution juridique nouvelle ne peuvent aller à l'encontre de la loi. Une seule exception existe cependant: lorsque la faveur ne blesse pas le droit d'autrui et qu'en même temps elle est vraiment utile au demandeur ou fait preuve d'indulgence à l'égard de celui qui supplie pour son crime; dans les cas contraires elle doit être refusée par les juges (12).

(7) *Ibid., in medio.*

(8) *Nov.*, LXXXIX, 9 (a. 539).

(9) *Nov.*, XVIII, 5, *praef.* (a. 536): *Multi namque molesti sunt nobis semper, precesque crebrae et flentes filii, et semper equidem clemens aliquid definimus ...*

(10) Ibid.: *...dabimus autem omnibus habere ex lege remedium.*

(11) *Ibid.*

(12) *C.*, I, 19, 7 (a. 426): *Rescripta contra jus elicita ab omnibus judici-*

Cette légitimation n'est donc rien d'autre qu'une suppléance, une modification (13), une mutation ou compensation (14), une forme subsidiaire de la légitimation par mariage subséquent, entraînant les mêmes conséquences (15). Cette nouvelle forme de légitimation ne pourra être utilisée que là où la légitimation par mariage est impossible.

Certains auteurs (16) entrevoient une autre possibilité. Ils estiment qu'on peut y recourir lorsque la légitimation par oblation à la curie (17) n'est pas applicable, en raison du manque de for-

bus praecipimus refutari, nisi forte aliquid est, quod non laedat alium et prosit petenti vel crimen supplicanti indulgeat.

(13) G. Tonnelier, *De la légitimation en droit romain et dans l'ancien droit*, Paris, 1884, p. 65.

(14) F. Kogler, *Die 'legitimatio per rescriptum' von Justinian bis zum Tode Karls IV*, Weimar, 1904, p. 11, dit d'une façon caractéristique: « Gedacht war diese Legitimation bloß *Surrogat* für die legitimatio per subsequens matrimonium ». Le mot *Surrogat* exprime plus judicieusement l'idée de compensation que le mot *Ersatz* qu'il emploie à la p. 85.

(15) P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, t. I, *Diritto di famiglia*, 2e éd., Milan, 1963, p. 375: « appare come un sustituto di essa »; O. Robleda, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Rome, 1970, p. 235-236: « ese modo fuera subsidiaria de la per ... ».

(16) R. Pauly, *Du concubinat et de la légitimation*, Dijon, 1876, p. 104; G. Tonnelier, *o.c.*, p. 63-64.

(17) Une procuration de la succession paternelle comme compensation de l'oblation d'enfants à la curie municipale avait été créée en l'an 443 par les empereurs Théodose II et Valentinien III sous diverses conditions (cfr *Nov. Theod.*, XXII, 1 et 2; *C.*, V, 27, 3), disposition confirmée par les empereurs Léon et Anthémios en 470, qui à cette occasion créèrent la notion d'enfant quasi légitime (« *ad instar legitimi filii* », cfr *C.*, V, 27, 4). Ceci en opposition avec les empereurs précités pour lesquels ce n'était qu'un simple moyen pour le père de laisser aux enfants la totalité de ses biens. Cette idée consacrée juridiquement par Justinien, il en faisait un véritable mode de légitimation, cfr *C.*, V, 27, 9, 8 (a. 528); *Inst.*, I, 10, 13; *Nov.*, LXXXIX, 2-4, 11. Elle ne procéda tout au long de son histoire que de préoccupations fiscales. — Il en reste quelques traces dans le droit byzantin, cfr *Brevarium novellarum Theodori scholastici Thebani Hermopolitani*, novella LXXXIX, *de naturalibus liberis*, cfr éd. C.E. Zachariae, *Anekdota*, Leipzig, 1843 (réimpression anastatique, Scientia Aalen, 1969), p. 86-89; *Athanasii scholastici Emiseni de novellis constitutionibus imperatorum Justiniani Justinique commentarium*, tit. XI, const. 4, éd. G.E.

tune du père. Remarquons cependant que le législateur a introduit cette nouveauté juridique comme compensation pour la légitimation par mariage subséquent, sans envisager le cas de légitimation par oblation à la Curie. Il nous semble inexact de dire que la légitimation par rescrit du prince peut servir de solution de rechange lorsque les deux autres légitimations s'avèrent inapplicables.

Cette légitimation par rescrit, qui se présente comme une suppléance pour une impossible légitimation par mariage subséquent, pourra-t-on y recourir dans tous les cas d'impossibilité? Quoi qu'en ait dit Justinien lui-même ([18]), la réponse doit être négative, car certaines conditions fondamentales doivent être réunies.

La première, essentielle évidemment, sera la présence d'enfants naturels ([19]) nés d'une concubine libre (ingénue ou affranchie) ou encore celle d'un enfant né esclave et affranchi plus tard par son père.

La seconde sera la non-existence d'enfants légitimes. A deux reprises, dans les novelles 74 ([20]) et 89 ([21]), cette exigence est réaffirmée jusqu'à cinq fois. Il faut en conclure que cette condition est considérée comme essentielle et que l'on ne peut ni l'oublier ni la transgresser. L'insistance mise à la rappeler était peut-être nécessaire parce qu'elle est propre à cette forme de légitimation. L'empereur le remarque explicitement. Des trois modes de légitimation reconnus, seule celle par rescrit ne peut être appliquée lorsqu'existent déjà des enfants légitimes ([22]).

HEIMBACH, *Anekdota*, Leipzig, 1838 (réimpression anastatique, Scientia Aalen, 1969), t. I, p. 138-141.

(18) *Nov.*, LXXIV, 2, 1, *in fine*: *Et haec dicimus nullum anteriorem legitimum perimentes modum, sed etiam hunc addentes in quibus illos accipere non licet*; *Nov.*, LXXXIX, 11, 1.

(19) *Nov.*, LXXXIX, 8, *praef.* et 9, 1.

(20) *Nov.*, LXXIV, 1 : *Si quis ergo non habens filios legitimos..., procul dubio suis in talibus casibus non existentibus ..., si legitimam non habeat sobolem*; *Nov.*, LXXIV, 2, *praef.*: ... *in his, qui legitimos non habent filios medemur*; *Ibid.*, 1, *in fine*.

(21) *Nov.*, LXXXIX, 9, *praef.* et 1; *Nov.*, LXXXIX, 11, 1.

(22) *Nov.*, LXXIV, 2, 1; *Nov.*, LXXXIX, 11, 1: *Omnino enim legitimis*

Ce point la caractérise, la différencie des deux autres modes pour lesquels cette condition n'est mentionnée nulle part, à l'exception d'un seul cas (23).

Il faut donc en conclure que la légitimation par rescrit ne peut intervenir dans *tous* les cas où la légitimation par mariage subséquent s'avère impossible.

Les conditions fondamentales étant réalisées, on pourra engager la procédure de légitimation. Le père adressera à l'empereur un *libellus supplex,* une sollicitation, une prière, dans laquelle il exposera son état, sa situation légale, et déclarera qu'il désire faire légitimer ses enfants (24). Au sujet de la procédure de vérification qu'il faudra suivre, la novelle 74 se contente de dire que les conditions requises par la loi doivent être réalisées « *procul dubio* » (25). Elle ne donne aucune autre indication. Cette omission s'explique peut-être par l'existence d'une règle générale édictée par Zénon, en 477, et insérée dans le Code de Justinien(26). Cette constitution promulgue que les rescrits, pour être exécutifs, sont soumis à une double condition: toute sollicitation visant à obtenir un rescrit doit être digne de foi, et le demandeur doit réellement avoir le droit de jouir de la faveur impériale. Étant donné la teneur du texte lui-même et la généralité de la règle, il est presque certain que les juges devaient en pre-

cæxistentibus, deinde naturalibus provenientibus nequaquam jus legitimorum eis adicitur, nisi omnino aut per curiam aut per nostras constitutiones, quae dotalium instrumentorum introduxerunt modum.

(23) Justinien avait aboli cette condition pour la légitimation par mariage subséquent, cfr *Nov.*, XII, 4; XIX, *praef.*; LXXXIX, 8 et 11, 1, exception faite pour les enfants nés d'un *'contubernium'*, même après l'affranchissement de la mère, cfr *Nov.*, XVIII, 11 (a. 536).

(24) *Nov.*, LXXIV, 2, *praef.*; *Nov.*, LXXXIX, 9, 1: ... *preces offerre hoc declarantes, quia vult naturales suos filios restituere naturae et antiquae ingenuitati et juri legitimo* ...

(25) *Nov.*, LXXIV, 1: ... *procul dubio suis in talibus casibus non existentibus; Ibid.*, 2, *praef.*: ... *si ex veritate aliquid* ...

(26) *C.*, I, 23, 7, *pr.*: *Universa rescripta ... sub ea conditione proferri praecipimus, si preces veritate nituntur, nec aliquem fructum precator oraculi percipiat impetrati, licet in judicio adserat veritatem, nisi quaestio fidei precum imperiali beneficio monstretur inserta.*

mier ressort examiner si le père avait vraiment le droit d'invoquer la bienveillance impériale. Aux demandes trouvées régulières l'empereur accordera toujours son consentement (27).

Cette légitimation place l'enfant sous la puissance paternelle (28) — évidemment selon le mode en vigueur à partir de Constantin — et le fait entrer dans la famille. Les conséquences qui s'ensuivent sont exactement les mêmes que celles qui découlent de la légitimation par mariage subséquent. Ainsi ces enfants peuvent, dès le moment de leur légitimation, hériter de leur père, tout comme ceux qui sont issus de *justae nuptiae* (29). Ils ne diffèrent en rien des enfants légitimes (30), des *justi filii*, parce qu'ils sont considérés comme nés dans un *justum matrimonium*. En effet, l'union qui lie leurs parents est un mariage légitime.

Il faut encore noter que, dans ces cas, le principe de rétroactivité ne joue pas. La novelle dit clairement *efficientes legitimos* et cela en opposition avec ceux qui furent légitimes *ab initio* (31). De plus, d'autres textes mentionnent expressément que les légitimés ne jouiront de la bienfaisance de la loi qu'à partir du moment de leur légitimation (32). En d'autres termes, cette nouvelle institution ne prévoit aucune rétroactivité qui remonterait jusqu'au moment de la conception, ou au moins, jusqu'à celui de la naissance.

(27) *Nov.*, LXXIV, 1, *praef.*; *Nov.*, LXXXIX, 9, *praef.*: *... damus ei fiduciam (hoc quod dudum gessimus) ad legitimum jus filios educere naturales ...*

(28) *Nov.*, LXXIV, 1, *in medio*; *Ibid.*, 2, *praef.*; *Nov.*, LXXXIX, 9, *praef.* et 1; *Ibid.*, 11, *praef.*

(29) *Nov.*, LXXXIX, 8, *praef.*: *Semel enim eos efficientes legitimos, damus habere etiam successiones illas, quas habent hi, qui ab initio legitimi sunt*; *Ibid.*, 11, 2.

(30) *Nov.*, LXXIV, 2, *praef.*; *Nov.*, LXXXIX, 9, 1: *... nihil a legitimis filiis differentes.* — Cette question est bien établie par E. Sachers, *Legitimatio*, dans Pauly-Wissowa, *Real-Encyclopaedie der classischen Altertumswissenschaft*, Suppl. X, 1965, col. 368-374.

(31) Cfr *supra*, n. 29.

(32) *Nov.*, LXXIV, 1, *in medio*: *Et licebit id patri ... et suos de cetero et sub postestate habere*; *Ibid.*, 2, *praef.*: *Et hoc facto eximde filios frui tali solacio*; *Nov.*, LXXXIX, 9, *praef.*: *Si pater ... voluerit eos ... legitimos de cetero et sub potestate habere, hoc agat per nostrum rescriptum.*

Puisque en vertu de cette légitimation les enfants se trouvent placés sous la puissance paternelle, il en découle qu'ils doivent aussi y consentir, car personne ne peut contre son gré devenir assujetti à la puissance d'un père (33). Il est à noter que cette condition n'apparaît que dans le chapitre 11 de la novelle 89, c'est-à-dire en 539, et qu'on ne la retrouve ni dans le Code, ni dans les novelles 12, 18 et 74. On ne pourrait cependant en conclure qu'elle n'a pas été requise dès le début du règne de Justinien. Quoiqu'il en soit, dès 539 elle devient obligatoire pour tous les modes de légitimation (34). Ajoutons cependant que, selon le droit justinien, avant l'âge de 25 ans le mineur ne peut refuser la légitimation que moyennant l'assentiment de sa mère ou de son curateur. Une exception semble admise pour le cas où les enfants auraient caché leur mère, empêchant ainsi le mariage envisagé par le père. La légitimation pourrait alors être acquise sans leur assentiment (35).

Remarquons enfin que, si les enfants doivent donner leur assentiment, ils ne sont pas autorisés à solliciter eux-mêmes le rescrit. Cette demande est réservée au seul père, sauf dans l'unique cas dont il sera question dans l'article suivant.

Une question se pose encore: à partir de quel moment les enfants sont-ils légitimés? Il faut exclure, nous l'avons dit, toute rétroactivité. A première vue, on pourrait croire que cette légiti-

(33) *Nov.*, LXXXIX, 11, *praef.*: *Generaliter autem in omnibus qui per praedictos modos deducuntur ad legitimum jus tunc haec volumus obtinere, dum et filii hoc ratum habuerint*; *Ibid.*, 1, *in initio*. Bien que les textes soient nets et explicites P. Girard ne considère pas cette condition comme absolument nécessaire. Cfr P. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8e éd., Paris, 1929, p. 203: « ... *probablement* à condition que les enfants ne s'y opposent pas ».

(34) E. Sachers, *a.c.*, col. 369.

(35) *Nov.*, LXXIV, 2, *praef.*: ... *neque fraudare posse patrem, et celantes matrem jus legitimorum abicere*. Cfr H. Wolf, *Die 'legitimatio per subsequens matrimonium' nach justinianischem Recht*, Braunschweig, 1881, p. 75: « Nach alledem ist die Statthaftigkeit einer legitimatio wider Willen der Kinder nur auf den Fall zu beschränken, dass von Ihnen ihre Mutter verborgen wird. Für diesen Fall kann aber begreiflicherweise nur von einer *legitimatio per rescriptum principis* die Rede sein ».

mation est acquise au moment de la réception du rescrit. On se rappellera, en effet, que tant les formalités de contrôle confiées au juge que la décision de l'empereur sont des éléments nécessaires de cette procédure. L'empereur, par son rescrit, fera droit à la demande si les faits invoqués s'avèrent exacts.

Et cependant dans différentes novelles, des textes nous apprennent que les enfants sont légitimés *quo facto*, c'est-à-dire dès l'envoi à l'empereur de la requête sollicitant l'obtention du rescrit (36).

Evidemment en droit, les suppositions, si raisonnables ou logiques qu'elles puissent paraître, doivent céder devant des textes clairs et explicites. Or, dans les novelles, les expressions « *hoc facto* », « *quo facto* » se rapportent à la demande du père. Il est donc permis de conclure qu'il ne fallait pas attendre le rescrit impérial et que la légitimation produisait ses effets à partir du moment de la sollicitation du père. Cette thèse d'ailleurs n'a rien d'incompréhensible. Elle apparaît en pleine concordance avec la loi. Justinien, en effet, déclare qu'il ne refusera jamais son assentiment à quiconque demande ainsi la légitimation (37). Il en ressort que le mobile essentiel sur lequel se fonde l'acte impérial n'est rien d'autre que la décision du père de légitimer ses enfants.

A maintes reprises Justinien se glorifie de remédier aux déficiences de la légitimation par mariage subséquent, en instituant la légitimation par rescrit du prince (38). On ne peut cependant ignorer que le droit classique avait connu l'adrogation par rescrit du prince, supprimée cependant sous le règne de Justin.

(36) *Nov.*, LXXIV, 2, *praef.*: *Et hoc facto exinde filios frui tali solacio* ...; *Nov.*, LXXXIX, 9, 1: ... *quo facto ex hoc filios frui huiusmodi adjutorio.*

(37) Cfr *supra*, n. 27.

(38) *Nov.*, LXXIV, *praef.*, 2, *in fine*; *Ibid.*, 1 et 2, *praef.*; *Nov.*, LXXXIX, 8: *Reliqui igitur sunt modi qui a nobis inventi sunt* ...; *Ibid.*, 9, *praef.*, *in fine* et 1, *in fine* : *Uno namque hoc modo omnes huiusmodi naturae digressiones et opiniones in his qui legitimos non habent filios curamus, sic brevi solacio tantum impetum naturae corrigentes.*

Cette adrogation était un acte conférant le pouvoir du père de famille sur des personnes, qui étaient *sui juris*.

On peut donc se demander où se trouve historiquement l'origine de cette légitimation? Faut-il considérer celle-ci comme la continuation d'une ancienne institution ou est-elle, au sens strict, une création de Justinien? En raison probablement de l'insistance avec laquelle Justinien tient à affirmer qu'il en est l'inventeur, la plupart des historiens (39) admettent que cette légitimation est une nouveauté juridique introduite en 538 par la novelle 74 de Justinien. Quelques auteurs (40) cependant découvrent un

(39) Cl. Accarias, *o.c.*, nr. 116, p. 291; V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 14e éd., Naples, 1968, p. 471; A. Berger, *Legitimatio per rescriptum principis*, dans *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphie, 1953, p. 543; G. Cornil, *Droit romain. Aperçu historique sommaire*, Bruxelles, 1921, p. 571; É. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, t. II, 2e éd., Paris, 1928, p. 203; X. D'Haucour, *a.c.*, p. 741; Ch. Douxchamps, *Des enfants naturels : histoire, coutume et législation depuis les temps les plus reculés*, Bruxelles-Paris, 1901, p. 12; Cl. Dupont, *Les constitutions de Constantin et le droit privé au début du IVe siècle. Les personnes*, diss., Lille, 1937, p. 203-204; R. Génestal, *Histoire de la légitimation des enfants naturels en droit canonique*, Paris, 1905, p. 118: « C'est lui qui va créer la légitimation par rescrit du prince ». Répété à la page 110 et 120; F. Kogler, *o.c.*, p. 11: « Während den Römern die legitimatio per subsequens matrimonium schon seit Kaiser Konstantin bekannt war, hat das Institut der legitimatio per rescriptum principis erst Justinian durch Novelle 74 und Novelle 89 eingeführt »; G. McDevitt, *o.c.*, p. 7 et 51; R. Monier, *Manuel élémentaire du droit romain*, t. I, 6e éd., Paris, 1947 (réimpression anastatique, Scientia Aalen, 1970), p. 271; C. Pecorella, *Filiazione (parte storica)*, dans *Enciclopedia del diritto*, t. XVII, 1968, p. 450; D. Pilette, *Lettre à M. de Rozière sur le concubinat chez les Romains*, dans *Revue historique de droit français et étranger*, t. XI, 1865, p. 445.

(40) P. Bonfante, *o.c.*, p. 375: « ... non fu introdotta da Giustiniano se non nel diritto delle Novelle, benché l'arrogazione anastasiana, ... rappresenti in sostanza un sistema analogo ». A la page 372 il dit cependant qu'elle est une invention de Justinien, voyez aussi Id., *Nota sulla riforma giustinianea del concubinato*, dans *Studi in onore Silvio Perozzi*, Palermo, 1925, p. 284: « ... poichè la 'legitimatio per rescriptum principis' è creazione di Giustiniano espressamente disposta in sostituzione dell' 'adrogatio' » ; R. Pauly, *o.c.*, p. 104 : « Avant lui (Justinien) ... par une faveur toute spéciale, l'empereur accordait à des enfants naturels l'entrée dans la famille. Justinien ne fit que généraliser cette faveur »; G. Tonnelier,

certain lien entre cette légitimation et l'adrogation des enfants naturels, mais sans aller plus loin.

A H. Janeau revient le mérite d'avoir démontré que la légitimation par rescrit du prince de Justinien n'est rien d'autre que l'adrogation par rescrit du Bas-Empire. Se basant sur les textes, il a établi qu'une relation historico-juridique, et même une parfaite concordance existent entre l'adrogation par rescrit impérial du Bas-Empire, abrogée en 519 par Justin, et la légitimation décrétée par Justinien (41). Le système juridique de l'adrogation permettait de légitimer tous les enfants naturels quelles que soient les conditions soit matérielles, soit formelles dans lesquelles ils se trouvaient (42). Et H. Janeau conclut: « Justinien n'est pas plus le créateur de cette légitimation par rescrit que de la légitimation par mariage » (43); il affirme même que « des trois modes de légitimer que le droit romain a connus, celui que les historiens ont jusqu'ici considéré comme le plus récent est, en réalité, de beaucoup le plus ancien » (44).

On ne peut cependant dénier tout mérite à Justinien, puisque, à son époque, aucune forme légale de légitimation par rescrit n'existait plus, Justin ayant abrogé toute adrogation par rescrit.

o.c., p. 64: « Justinien introduit dans la novelle 74 un nouveau mode de légitimation, c'est la légitimation par rescrit qui a beaucoup de rapport avec l'adrogation elle-même »; A. Weitnauer, *o.c.*, p. 35: « ... der Vater ... konnte ... durch Arrogation die volle Legitimität zugestehen ... ».

(41) H. Janeau, *De l'adrogation des liberi naturales à la légitimation par rescrit du prince*, Paris, 1947, p. 101: « Il est impossible de faire une différence, grande ou petite, entre les effets de la légitimation et les effets de l'adrogation des 'liberi naturales' au début du 6e siècle; impossible de nier leur parfaite équivalence fonctionnelle ».

(42) Id., *o.* et *l. c.*: « Il est indiscutable que l'adrogation des 'naturales' a été, au Bas-Empire jusqu'en 519, un mode normal et pleinement efficace de *légitimer* ces enfants; rien ne lui manque, à ce sujet, de ce qu'offrira, dix-neuf ans plus tard, la légitimation par rescrit du prince ». A la page 116: « L'adrogation des 'liberi naturales' a été au Bas-Empire, un véritable mode de légitimer par rescrit ».

(43) Id., *o.c.*, p. 116.: « L'adrogation est la forme ancienne, mais au fond, toujours valable à l'époque de Justinien, de la légitimation par rescrit du prince ».

(44) Id., *o.c.*, p. 117.

Il serait sans doute assez exact de dire que Justinien a *restauré* ce qui avait cessé d'exister.

D'ailleurs, même indépendamment de sa relation avec l'adrogation, la légitimation par rescrit avait déjà existé. E. Volterra a démontré que tant le Sénat Romain durant la République, que les empereurs du Haut-Empire s'arrogeaient la faculté d'attribuer par un rescrit la qualité d'enfant légitime à un *spurius* (45). A tout le moins, le principe de cette institution a des origines de plusieurs siècles antérieures à Justinien.

Art. 2. — Les légitimés par testament

Justinien qui se vantait d'avoir trouvé une réponse *omnibus naturae excessibus et adinventionibus* (46), a encore édicté une solution juridique que nous ne pouvons passer sous silence. Il en est question à deux reprises — dans les novelles 74 et 89 —, chaque fois après des considérations concernant la légitimation par rescrit du prince (47).

Voici le cas envisagé et la façon dont l'empereur le résout. Il s'agit d'un père ayant l'intention d'obtenir la légitimation de ses enfants en recourant à un rescrit impérial. Hélas, des cir-

(45) E. Volterra, *Intorno a D. 23, 2, 57a*, dans *Mélanges Philippe Meylan*, t. I, Lausanne, 1963, p. 367-377. A la page 373 il écrit : « La facoltà di modificare con un provvedimento autoritativo lo *status* dei figli non si riscontra solo in questa D. 23, 2, 57a, ma appare già all'epoca repubblicana ». O. Robleda, *o.c.*, p. 235, n. 33 se rallie à cette opinion. H. Janeau, *o.c.*, p. 18-19 conteste cependant ce rapprochement: « Ce sont des actes déclaratifs, des rescrits confirmatifs d'une légitimité congénitale, apparente et menacée; ce ne sont pas, en principe, des rescrits de légitimation, constitutifs d'une légitimité nouvelle. La légitimation des enfants ne serait que la conséquence ou l'effet de la légitimation ou de la convalidation du mariage ».

(46) *Nov.*, LXXIV, 2, *praef.* cfr *Nov.*, LXXXIX, 9, 1, *in fine*.

(47) Tandis que E. Sachers, *Legitimatio*, dans Pauly-Wissowa, *Real-Encyclopaedie der classischen Altertumswissenschaft*, suppl. X, 1965, col. 367 la considère comme une véritable légitimation, E. Volterra, *Legittimazione dei figli*, dans *Novissimo digesto italiano*, t. IX, 1963, p. 725, n. 1 estime cette thèse difficilement soutenable.

constances fortuites l'ont toujours empêché d'adresser sa sollicitation à l'empereur. Sur le point de mourir, il rédige un testament dans lequel il déclare *velle sibi eos legitimos esse filios successores*; sa dernière volonté est donc que ses enfants soient légitimés en sorte qu'ils puissent être ses héritiers. La novelle 89 énonce laconiquement le verdict impérial: *in hoc damus ei fiduciam*: l'empereur promet que le testament sera exécuté (48).

L'analyse du texte semble montrer que deux cas sont visés. D'abord, celui où le père, sain et bien portant, avait souhaité obtenir la légitimation, sans avoir eu l'occasion de rédiger et d'envoyer sa supplique; celui, ensuite, où le père n'envisage cette possibilité qu'à l'approche de sa mort.

Dans l'une et l'autre situation, il faut évidemment qu'il y ait, en ce qui concerne le père, une impossibilité absolue: toute négligence de sa part empêcherait l'obtention posthume d'un rescrit. C'est seulement, précisent les novelles, *si pater propter quasdam fortuitas circumstantias, per quosdam fortuitos casus non valuerit hoc agere*, que l'empereur daignera intervenir. Justinien craint, en effet, que cette forme soit abusivement invoquée, par exemple par des pères qui, ne désirant nullement avoir à charge l'éducation de l'enfant légitimé, préféreraient que la légitimation ne soit accordée qu'après leur décès. On peut donc penser que ce mode de légitimation est destiné à être réservé à des cas exceptionnels, puisqu'il devient inapplicable dès le moment où était possible le recours à une autre forme de légitimation, y compris la légitimation par rescrit impérial. Cette solution apparaît donc comme vraiment subsidiaire.

Relevons les conditions qui doivent être remplies pour jouir de cette faveur. Le père doit être à l'article de la mort (*moriens*). La demande doit être formulée par écrit (*scripserit*). Le père doit déclarer que ses enfants naturels lui succéderont comme enfants *légitimes* et en conséquence comme héritiers légitimes

(48) *Nov.*, LXXIV, 2, 1; *Nov.*, LXXXIX, 10: *Si vero is qui solummodo naturalium filiorum est pater per quosdam fortuitos casus non valuerit hoc agere, moriens autem sub quodam praedictorum casuum scripserit testamentum, volens sibi legitimos esse filios successores, et in hoc damus ei fiduciam.*

(*legitimos successores*). Il ne faut par perdre de vue que l'absence d'enfants légitimes est absolument requise (49).

De leur côté, les enfants aussi doivent intervenir. Après la mort du père, ils doivent adresser à l'empereur une requête, un *libellus supplex*, dans lequel ils établissent que les conditions légalement requises pour cette légitimation sont vérifiées. Ils y joindront le testament paternel, par lequel le père exprime sa volonté de les voir légitimer (50). C'est ensuite qu'ils obtiendront la légitimation en vertu d'un rescrit impérial et pourront jouir de l'héritage paternel, qu'ils *doivent* certainement accepter en qualité d'enfants légitimes, avec toutes les stipulations y afférentes. Légitimation et héritage sont donc inséparablement liés. Les enfants sont héritiers ab intestat, parce qu'ils sont devenus enfants légitimes. Leur supplique implique donc leur consentement à la légitimation (51). S'ils refusent la légitimation, ils se privent par là-même de toute prétention à l'héritage, puisque le père a mis comme condition à l'héritage qu'ils aient été légitimés. L'empereur entend qu'ils héritent, non pas *ex testamento*, mais *ab intestato*, en qualité de *legitimi heredes*. Cette qualité d'héritiers légitimes, ils ne l'acquièrent qu'en vertu d'un rescrit impérial. Toutes ces considérations permettent de soutenir qu'il ne s'agit pas d'un quatrième mode de légitimation, mais tout au plus d'une variante de la légitimation *per rescriptum principis*: ce n'est pas le testament qui légitime mais la décision impériale, *donum patris et principis*, comme le dit Justinien lui-même. Parler de *legitimatio ex testamento* est inexact: cette expression doit être évitée.

Quelques mots encore des effets de cette légitimation. Dans ce cas les enfants deviennent légitimes, mais sans tomber sous la puissance paternelle: le décès précédant la légitimation. Ils

(49) *Nov.*, LXXIV, 2, 1 : *Omnino enim suis existentibus, deinde naturalibus procreatis aut primitus natis, nequaquam legitimorum jus eis adiciatur, nisi forsan per constitutiones nostras, quae dotalium instrumentorum introduxerunt modum.*

(50) *Nov.*, LXXIV, 2, 1; *Nov.*, LXXXIX, 10: *Supplicantibus tamen etiam sic filiis post mortem patris, et hoc docentibus et ostendentibus patris testamenta...*

(51) Cfr *Nov.*, LXXXIX, 11, *praef.*

demeurent *sui juris* comme auparavant. Mais sont-ils aussi adoptés dans la famille du père? Ici les opinions divergent. Plusieurs auteurs pensent qu'il en est ainsi; pour eux, cette légitimation permet au fils d'accéder à la succession de son père et d'entrer dans sa famille (52). Telle n'est pas l'opinion de H. Janeau: il estime que pareille légitimation ne fait pas entrer l'enfant dans la famille du défunt. Ce serait donc une légitimation à effets réduits, une *legitimatio minus plena* (53).

Notons aussi que pour H. Janeau cette légitimation a son origine dans l'*adoptio ex testamento* (54) antérieurement en vigueur, tout comme, ainsi que nous l'avons établi plus haut, la légitimation par rescrit découle de l'adrogation par rescrit.

Les premiers commentateurs du droit de Justinien adoptèrent la légitimation par rescrit du prince, ainsi que sa forme spéciale, celle que l'on dénomme parfois: *legitimatio ex testamento* (55). Elle disparaîtra dans les siècles suivants, on ne la retrouve même pas dans les Basiliques.

Art. 3. — La novelle 117, chap. 2 et la légitimation

Cette loi a pour point de départ l'hypothèse suivante. Si quelqu'un, ayant un fils ou une fille d'une femme libre avec laquelle le mariage était possible, déclare soit dans un acte public, soit

(52) R. Pauly, *o.c.*, p. 106; F. Kogler, *o.c.*, p. 11.

(53) H. Janeau, *o.c.*, p. 120-121.

(54) H. Janeau, *o.c.*, p. 122: « Dans le droit de Justinien, le droit général de l'adoption sera tel, et telle aussi la faveur juridique dont jouissent les *naturales*, que les pratiques antérieures ont pu entrer dans le cadre des institutions légales sous la forme de la *legitimatio ex testamento* ».

(55) *Athanasii scholastici Emiseni de novellis constitutionibus imperatorum Justiniani Justinique commentarium*, tit. XI, const. 3, cfr éd. G.E. Heimbach, *Anekdota*, t. I, Leipzig, 1838 (réimpression anastatique, Scientia Aalen, 1969), p. 136-137; *Breviarium novellarum Theodori scholastici Thebani Hermopolitani*. nov. 89, nr 18, cfr éd. C.E. Zachariae, *Anekdota*, Leipzig, 1843 (réimpression anastatique, Scientia Aalen, 1969), p. 88: ὁ ἔχων μόνον νόθους παῖδας . . . γνησίους αὐτοὺς ποιεῖν (*Qui solum naturales liberos habet ... potest eos testamento suo vel per rescriptum principis legitimos facere*).

dans un acte privé, écrit par lui-même et portant la signature de trois témoins dignes de foi, soit même dans un testament, que ce fils ou cette fille est son fils et sa fille sans avoir spécifié « (fils) naturel ou (fille) naturelle », les enfants passeront pour légitimes. Aucun autre témoignage ne sera requis à ce propos (56).

L'empereur prévoyant toutes les possibilités ajoute encore que si le père, ayant eu plusieurs enfants de la même épouse, omettait d'en mentionner l'un ou l'autre, le témoignage donné en faveur des uns serait aussi valable pour celui ou ceux qu'il n'aurait pas nommés. Tous donc sont reconnus comme légitimes (57).

Sommes-nous en présence d'une nouvelle forme de légitimation? Quelques auteurs considèrent cette disposition comme un quatrième mode de légitimation (58) et parlent de *legitimatio per nuncupationem*, par reconnaissance ou par déclaration du père. D'autres, au contraire, disent qu'il s'agit seulement d'une preuve de mariage (59).

(56) *Nov.*, CXVII, 2: *Si quis filium aut filiam habens de libera muliere, cum qua nuptiae consistere possunt, dicat in instrumento sive publico sive propria manu conscripto et habenti subscriptionem trium testium fide dignorum, sive in testamento sive sub gestis monumentorum, hunc aut hanc filium suum esse aut filiam, et non adiecerit naturalem, huiusmodi filios legitimos esse et nullam aliam probationem ab eis quaeri* ... — On retrouve la même loi dans *Fragmenta novellarum Justiniani e variorum commentariis excerpta ex Codice Bodleiano 3399*, cfr éd. C.E. ZACHARIAE, *Anekdota*, Leipzig, 1843 (réimpression anastatique, Scientia Aalen, 1969), p. 215.

(57) *Nov.*, CXVII, 2: *Si autem pater ex ipsa muliere multos filios habens uni ex eis testimonium quolibet ex praedictis praebuerit modis, sufficere etiam aliis ex eadem muliere natis ad legitima jura patris testimonium uni datum.*

(58) p.e. H.J. D'AGUESSEAU, *Oeuvres complètes*, 2e éd., Bruxelles, 1829, p. 552-553; L. CAES, *Legitimatio*, dans *De Katholieke encyclopedie*, t. XVI, 1953, col. 367 y voient une forme ou espèce de légitimation.

(59) Au 19e siècle p.e. R. PAULY, *o.c.*, p. 110; G. TONNELIER, *o.c.*, p. 20-21 et l'école pandectiste allemande. — Au 20e siècle, p.e. L. DE SARLO, *L'origine storica dell'art. 199 comma 1° del Codice civile italiano*, dans *Studia et documenta historiae et juris*, t. III, 1937, p. 352-353, 359; H. JANEAU, *o.c.*, p. 74, n. 8; P. BONFANTE, *o.c.*, p. 376: « ... una prova cosi dell'esistenza del matrimonio come della legittimità dei figli ma è una prova decisiva »:

Le texte de la loi et plus encore son contexte montrent qu'il s'agit uniquement d'une déclaration de légitimité des enfants *dès le début* et non pas d'une forme spéciale de légitimation. On ne trouve aucune transition faisant passer l'enfant de l'état d'enfant naturel à celui d'enfant légitime. La situation originaire de l'enfant ne se transforme pas: elle reste telle qu'elle fut dès le début. Le père affirme (*dicat*) que la femme avec laquelle il a vécu *est* et *a toujours été* son épouse légitime et que les enfants qu'il en a eus sont légitimes. Le texte dit clairement « *esse legitimos* » et ne laisse nullement entendre que l'objet de cette affirmation serait de les *rendre* légitimes. D'ailleurs, plus loin Justinien ajoute que ce document montre que les parents ont antérieurement contracté un mariage valide: *legitimum habuisse matrimonium* (60). A cela s'ajoute encore l'argument du contexte (toute la novelle 117), dans lequel cette loi se trouve mentionnée.

Pour étayer davantage l'argumentation, il est utile de rappeler que chez les romains le mariage repose uniquement sur l'intention des parties. Le mariage se concluant sans aucune formalité, il est possible d'établir de multiples façons la transmutation du concubinat en mariage légitime (61). Ceci, on le comprend aisé-

E. Volterra, *Legittimazione dei figli*, dans *Novissimo digesto italiano*, t. IX, 1963, p. 725, n. 1, note qu'*on* parle encore d'une quatrième forme de légitimation, qui serait dite « per nuncupationem », mais ne la conçoit pas comme telle: « è una prova decisiva dell'esistenza delle *justae nuptiae*. Lo stato di figlio legittimo non e pertanto che una conseguenza della nascita di siffatta unione » ; E. Sachers, *a.c.*, col. 368 : « Keine Legitimatio ist mit Hilfe der nov. 117, 2 geschaffen worden... Es gibt daher keine *legitimatio per nuncupationem* » ; M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, t. II², Munich, 1975, p. 220, note 11 : « Diese Bestimmung dient nur dem Beweis und will die eheliche Abstammung gegen den Verdacht, dass das Kind von einer Konkubine geboren sei, ausser Streit stellen ».

(60) *Nov.*, CXVII, 2: *Ex hoc enim et cum eorum matre monstratur legitimum habuisse matrimonium, ut neque ab ea pro nuptiarum fide alia probatio requiratur.*

(61) La preuve la plus solide était la présentation d'un instrument dotal ou nuptial (c'était encore le cas dans le Code et les Novelles: *C.*, V, 27, 6, 10 et 11; *Nov.*, XII, 4; LXXIV, *praef.*; LXXVIII, 3; *Inst.*, I, 10, 13; III, 1, 2a). On conseilla même ce procédé par prudence afin de restreindre

ment, ouvre la porte à toutes sortes de faux témoignages. Il faut encore ajouter que le christianisme, peu favorable au concubinat, n'était pas enclin à présumer le mariage en cas de doute (62). Tout ceci pouvait facilement engendrer des divergences au sujet de la légitimité ou de la non-légitimité de l'enfant: un faux témoignage suffisait à faire considérer comme légitimes des enfants effectivement illégitimes; et, d'autre part, en cas de doute, la loi pouvait faire déclarer illégitimes des enfants légitimes.

Cette situation aura sans doute poussé le législateur à promulguer une loi offrant au père la possibilité d'exprimer quelle avait été son intention! Elle lui propose un moyen d'affirmer officiellement que dès le début il était lié par le mariage avec son épouse, et que dès lors ses enfants étaient légitimes.

Autre motif: le père ne peut y avoir ajouté que son enfant était un enfant naturel, *et non adjecerit naturalem,* ce qui prouve que Justinien envisageait uniquement le cas de justes noces et nullement l'hypothèse du concubinat.

Un autre point corrobore la thèse que Justinien ne considère nullement qu'il s'agit ici d'une légitimation: il n'exige pas la rédaction d'un *instrumentum dotale,* alors qu'il l'avait exigée précédemment lorsqu'il légiférait à propos de la transformation d'un concubinat en mariage légitime.

On pourrait peut-être se demander pourquoi Justinien, dans l'exposé du status quaestionis, dit: *de libera muliere cum qua nuptiae consistere possunt*? N'aurait-il pas été plus simple et plus clair d'écrire « *ex uxore* » ou « *de libera muliere quam uxorem duxerat* »? Ne faudrait-il pas en conclure que Justinien envisageait le cas d'un enfant né d'une concubine? Tel n'est nullement le sens obligé de cette phrase: elle signifie simplement que le mariage n'était prohibé par aucun empêchement.

autant que possible le nombre des faux contrats (cfr *Nov.*, LXXIV, 4, *praef.*: *Sed falsatis contractibus nostra ex hoc est completa res publica (nam introeunt testes sine periculo mentientes quia vir vocabat dominam cohaerentem et istum illa similiter nominabat, et sic eis finguntur matrimonia non pro veritate confecta).*

(62) *C. Theod.*, III, 7, 3 (a. 428); *C.*, V, 4, 22 (a. 428); *Dig.*, XXIII, 2, 24.

Il reste cependant que les premiers commentateurs des novelles de Justinien, notamment Athanase d'Émisène (63) et Théodore d'Hermopule (64), ont vu dans ce texte un véritable mode de légitimation. Selon eux, il s'agit ici d'un père ayant eu des enfants *naturels* (ὁ φυσικοὺς παῖδας ἔχων) d'une femme avec laquelle il pouvait conclure un mariage valide. De même un scolion du chapitre 2 de la novelle 117, reprise dans les Basiliques, explique qu'il s'agit d'un père qui a des enfants *naturels* (ὁ ἔχων φυσικοὺς υἱοὺς) et que ce père, en nommant ces enfants dans un testament ou un autre acte public, en *fait* des enfants légitimes (παῖδας ποιεῖ γνησίους) (65).

Pour résumer et conclure cette étude, nous dirons:

1. En 538, Justinien a *restauré* la légitimation par rescrit du prince. Celui-ci n'est qu'une reprise de l'adrogation par rescrit du prince du Bas-Empire, abrogée par Justin en 519, mais qui existait déjà sous la République et le Haut-Empire. Lorsque la légitimation par mariage subséquent est impossible, le père peut s'adresser à l'empereur, lui exposer sa situation et le supplier de

(63) *Athanasii scholastici Emiseni de novellis constitutionibus imperatorum Justiniani Justinique commentarium*, tit. X, const. 9, cfr éd. G.E. Heimbach, *Anekdota*, t. I, Leipzig, 1838, p. 126.

(64) *Breviarium novellarum Theodori scholastici Thebani Hermopolitani*, nov. 117, nr 3, cfr éd. C.E. Zachariae, *Anekdota*, Leipzig, 1843 (réimpression anastatique, Scientia Aalen, 1969), p. 112: *Qui naturales liberos habet, si quem eorum in testamento vel sub actorum confectione filium appellaverit, omnes legitimos facit, et consuetudinem, quam cum matre eorum habuit, legitimum matrimonium esse significat nec alia super his ab eo probatio exigitur.*

(65) *Basilicorum liber XXVIII*, tit. 4, cap. 49, cfr C.G. Heimbach, *Basilicorum libri LX*, t. III, p. 195-196; H.J. Scheltema - N. van der Wal, *Basilicorum libri LX*, Series A, *Textus librorum*, vol. IV, p. 1340-1341. — Notons qu'on retrouve ce mode de légitimation dans quelques œuvres juridiques privées, postérieures aux Basiliques : p. ex. dans *Ecloga legum in Epitome expositarum anni 920*, tit. 24, const. 46, cfr éd. J. et P. Zepos, *Jus graeco-romanum*, t. IV, 2e éd., Scientia Aalen, 1962, p. 423; *Peira*, tit. 49, const. 25, cfr éd. J. et P. Zepos, *Jus graeco-romanum*, t. IV, p. 205. — L'école des glossateurs le considère comme un mode de légitimation, cfr L. De Sarlo, *a.c.*, p. 354-356.

légitimer ses enfants naturels libres, à condition toutefois que ceux-ci ne s'y opposent pas. Il est requis, en outre, qu'il n'y ait pas d'enfants légitimes. L'empereur accorde la légitimation, qui, selon le texte de la loi, est octroyée dès le moment de l'envoi de la requête. Elle produit les mêmes effets que la légitimation par mariage subséquent, et n'est pas rétroactive.

2. Dans le cas où des circonstances fortuites (une simple négligence ne suffirait pas) ont toujours empêché le père d'adresser à l'empereur sa sollicitation, et que, mourant, il déclare dans son testament désirer que ses enfants soient légitimés afin de leur laisser son héritage, les enfants seront légitimés par l'empereur, à condition qu'il n'y ait pas d'enfants légitimes. Les enfants devront adresser à l'empereur un *libellus supplex*, déclarant que les conditions légales sont remplies et y joindront le testament paternel. Si les enfants refusent la légitimation — une faveur ne doit jamais être acceptée — ils ne peuvent faire valoir aucune prétention à l'héritage *ex testamento*, parce que la volonté du père est qu'ils héritent en qualité d'enfants « légitimes » (*ab intestato*) : l'héritage dépend de la légitimation. L'enfant reste comme auparavant *sui juris* et n'est probablement pas adopté par la famille, ce qui permet de penser que l'on se trouve ici en présence d'une *legitimatio minus plena*.

3. Quant à la novelle 117, 2 de Justinien, nous y voyons avant tout le moyen offert au père pour affirmer la légitimité des enfants dès l'origine. Il lui est ainsi permis de déclarer ouvertement et officiellement que, dès le début, les liens légitimes du mariage l'unissaient à cette femme et que l'enfant indiqué, ainsi que les autres enfants nés de la même mère, sont légitimes. Ils ne s'agirait donc nullement d'une forme spéciale de légitimation.