

de versement
a faute dans
drait que le
it une clause
re introduite
n du contrat

double des

ions citées et
e réclamerait
es. En droit
rat de vente
cher l'action
de récupérer
e principal

a), P. Lond. 2,
tion de poena

Les différentes formes de cohabitation hors justes noces et les dénominations diverses des enfants qui en sont nés dans le droit romain, canonique, civil et byzantin jusqu'au treizième siècle

par C. VAN DE WIEL

(Katholieke Universiteit Leuven)

De tout temps des formes multiples de cohabitation hors mariage légitime ont existé et des enfants sont nés de ces unions. Toute étude historico-juridique de n'importe quelle institution chez les Romanistes et les Décrétalistes du Moyen Age nous renvoie aux lois de la Rome antique. Ainsi, dans l'Empire romain, les enfants illégitimes constituent une partie de son histoire. Nous étudierons le statut juridique des différentes sortes de cohabitations ainsi que le statut des enfants qui pourraient naître de ces cohabitations et leur dénomination. Nous étudierons ces situations tout d'abord au temps des empereurs païens (art. 1), et ensuite au temps des empereurs chrétiens depuis Constantin

(art. 2). Dans un dernier article nous envisagerons la situation dans le droit byzantin, civil et canonique jusqu'en 1300.

ARTICLE 1.

La période pré-constantinienne

1. Dans le droit romain classique, pour contracter un mariage civil, légalement valable, *iustae nuptiae*, - dans la législation de Justinien appelé de préférence *legitimum matrimonium*, - il est exigé des époux qu'ils aient le *connubium* (1). Celui-ci est la capacité reconnue par la loi de contracter un mariage légitime, c'est-à-dire de constituer entre les conjoints un rapport conjugal juridiquement valable et qui produirait ses effets juridiques (2). Le *connubium* était donc à vrai dire une condition essentielle du mariage. Le *connubium* fut jusqu'à la constitution de Caracalla (a. 212) un privilège des citoyens romains, de sorte que seuls les Romains se mariaient valablement entre eux (3), de même que ceux à qui la permission était accordée expressément (4).

1) Ulp., V, 2 : "*Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt connubium sit*".

2) Ulp., V, 3 : "*Connubium est uxoris iure ducendae facultas*". Quant au *connubium*, cfr. E. VOLTERRA, *Connubium*, in *Novissimo Digesto Italiano*, t. IV, 1968, p. 786-787; O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Rome, 1970, p. 168-178.

3) Notons cependant que ce citoyen romain pouvait se trouver dans l'impossibilité de contracter un mariage valable par suite d'un empêchement de parenté ou de consanguinité (cfr Gaius, I, 59; Ulp., V, 6) ou de différence

Depuis 212 le cercle des mariages légitimes se trouvera de plus en plus élargi. Antonin Caracalla lui-même accorda le droit civil romain à tous les *ingenui*, sauf quelques exceptions (5). Le *connubium* perdit alors grandement de sa valeur et le nombre des *iustae nuptiae* augmenta forcément au sens du terme romain. Enfin en 539 Justinien concéda ce *connubium* à tous les *liberti dediticii* (6) et accorda de droit le *ius aureorum anulorum* et la *natalium restitutio* à tous les affranchis (7), en même temps qu'il leur donnait le statut de citoyens romains ingénus, de sorte que le

de condition sociale entre les deux parties. Ainsi par exemple, un sénateur ne pouvait contracter mariage avec une comédienne quoique citoyenne romaine.

4) Ulp., V, 4 : "*Connubium habent cives Romani cum civibus Romanis, cum Latinis autem et peregrinis ita si concessum sit*". Comp. Gaius, I, 65 s. - Selon la plupart des auteurs, ce privilège est donné généralement aux *Latini prisci* ou *veteres*. Cfr. G. CORNIL, *Droit romain. Aperçu historique*, Bruxelles, 1921, p. 96; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit romain*, 8^e éd., Paris, 1929, p. 121, n. 2; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians*, t. I, Leipzig, 1908, p. 123; A. WEITNAUER, *Die Legitimation des außerehelichen Kindes im Römischen Recht und in den Germanenrechten des Mittelalters*, Bâle, 1940, p. 17.

5) *Dig.*, I, 5, 17; *Nov.*, LXXVIII, 5 (a. 539). Les auteurs ne sont pas d'accord au sujet de la question de savoir si la constitution de Caracalla accorda le droit civil romain aux "*peregrini dediticii*" contemporains. Cfr. G. GAYET, G. HUMBERT, art. *Dediticii*, dans *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, t. II, 1, 1892, p. 46; G. HUMBERT, art. *Peregrinus*, dans *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, t. IV, 1, (s.d.), p. 391; B. KÜBLER, art. *Peregrinus*, dans *Real-Encyclopaedie der classischen Altertumswissenschaft*, t. XIX, 1, 1937, col. 641-642.

6) *Nov.*, LXXVIII, *praef.* (a. 539).

7) *Nov.*, LXXVIII, 1, (a. 539) : "*Sancimus, si quis manumittens servum aut ancillam suam cives denuntiaverit romanos..., sciat ex hac lege, quia qui libertatem accepit habebit subsequens mox et aureorum anulorum et regenerationis ius...*".

connubium au temps de Justinien n'a plus guère de sens en ce qui concerne les êtres libres. Il est intéressant de remarquer que dans les Institutes de Justinien l'on ne trouve plus le terme ni de "*connubium*" ni de "*ius connubii*" et que l'on ne mentionne plus le "*connubium*" parmi les conditions du mariage.

En dehors des *iustae nuptiae* d'autres relations entre hommes et femmes se trouvent mentionnées dans les textes. La première et la plus importante était le concubinat. Sous la République, le concubinat — appelé *paelicatus* et la concubine *pellex* — signifiait une union permanente entre un homme et une femme non mariée (8), qui n'était cependant pas son épouse (9).

Au dernier siècle de la République, c'est-à-dire après la deuxième Guerre Punique (218-202 av. J. Chr.), l'État romain s'étendit sur toute l'Italie (10).

L'État connut alors une richesse croissante et prit contact avec l'opulence orientale d'une part, et avec la civilisation grecque et une attitude morale plus libre. A peu près tous les

8) Une union avec un conjoint marié était totalement en opposition avec les moeurs. Cfr. P. MEYER, *Der Römische Konkubinat nach den Rechtsquellen und den Inschriften*, Leipzig, 1895, p. 10.

9) P. MEYER, *o.c.*, p. 10 : "*Pellex* ist jede Frau, die geschlechtlich mit einem Unverheirateten zusammen lebt ohne seine *uxor* zu sein... aber dauernd."; J. PLASSARD, *Le concubinat romain sous le Haut-Empire*, Toulouse-Paris, 1921, p. 18. Il ajoute cependant qu'un doute peut surgir à cause de deux textes datant de cette époque qui emploient "*pellex*" pour la maîtresse d'un homme marié. Ainsi il rectifie l'affirmation absolue de P. Meyer.

10) N.D. FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique*, Paris, 1947, p. 432-456; L. HOMO, *Nouvelle histoire romaine*, Paris, 1941, p. 252-287.

Romains s'entourèrent alors de favoris provenant de leur personnel d'esclaves et les employèrent comme leurs plus intimes et dévoués serviteurs après les avoir ou non affranchis (11). Le divorce concédé par le droit dans l'acception la plus large (12) devint fréquent, à tel point que rarement l'homme et la femme cohabitèrent jusqu'à leur mort (13).

La législation déclarait immorale et inacceptable la stipulation par laquelle deux époux s'engageaient à ne pas divorcer (14). Conséquence de cette volupté gréco-orientale : le nombre croissant des unions hors mariage de nature durable, que l'on soit marié ou non (15). Les notions de *paelicatus* et de *pellex* se trouvaient donc, vers la fin de la République, considérablement élargies (16).

Il est incontestable que le pélicat n'avait alors aucun caractère juridique. Du temps d'Auguste le concubinat est une union licite.

11) A. ESMEIN - R. GÉNESTAL - J. DAUVILLIER, *Le mariage en Droit canonique*, t. II, 2^e éd., Paris, 1935, p. 127; K. SPREY, *Het Rijk van Rome*, La Haye, 1950, p. 219.

12) P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, t. I, Rome, 1925, p. 248; J. DAUVILLIER - C. DE CLERCQ, *Le mariage en Droit canonique oriental*, Paris, 1936, p. 85.

13) F. BAUDRY, art. *Divortium*, dans *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, t. II, 1, 1892, p. 323; J.B. FREY, *Signification des termes "monandros" et "univira". Coup d'oeil sur la famille romaine aux premiers siècles de notre ère*, dans *Recherches de science religieuse*, t. XX, 1930, p. 55.

14) *Dig.*, XLV, 1, 134; *C.*, VIII, 38, 2 (a. 223).

15) A. ESMEIN, *o.c.*, p. 127; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, t. I, Munich, 1955, p. 281; P. MEYER, *o.c.*, p. 17.

16) P. MEYER, *o.c.*, p. 16-19; J. PLASSARD, *o.c.*, p. 19.

C'est par l'insertion des mots de Marcien : "*Quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est*" que le concubinage s'est introduit dans le droit pénal ⁽¹⁷⁾. Quelques juristes affirment que, par cette insertion dans le droit, le concubinat serait réellement reconnu par la loi comme un "*inaequale coniugium*" ⁽¹⁸⁾ ou "*semi-matrimonium*" : une union légale avec droits et obligations, dans laquelle cependant chacun conservait sa condition sociale ⁽¹⁹⁾.

17) *Dig.*, XXV, 7, 3. Quant à la discussion à propos du fondement et du point de départ de son insertion dans le droit par Auguste, cfr. d'une part P. MEYER, *o.c.*, p. 25-26 et d'autre part J. PLASSARD, *o.c.*, p. 55-68. — Quelques auteurs pensent que la *Lex Iulia* n'exemptait pas le concubinat comme tel de la peine du "*stuprum*", mais statuait seulement sur les personnes avec lesquelles on pouvait vivre en concubinat sans encourir la peine, cfr. G. CASTELLI, *Il concubinato e la legislazione augustea*, in *Bollettino dell'istituto di diritto romano*, t. XXVII, 1915, p. 55 (= *Scritti giuridici*, Milan, 1923, p. 153); P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, t. I, *Diritto di famiglia*, 2^e éd., Milan, 1963, p. 316; C. NARDI, *Cenni storici del concubinato*, in *Archivio penale*, t. XIX, 1963, p. 112.

18) "*Coniugium*", parce qu'il s'agit d'une liaison reconnue par la loi; "*inaequale*", parce que l'"*affectio maritalis*" ou la "*liberorum quaerendorum causa*" (*Dig.*, XXIII, 2, 45; *Dig.*, XXV, 7, 1) font défaut.

19) J. CUJAS, *Opera omnia*, t. I, Naples, 1722, c. 788 : "*Concubinatus matrimonium imitatur et est utraque legitima conjunctio*"; t. II, c. 340-341 : "*tamen concubina uxorem imitatur*"; t. IX, c. 434 : "*est species matrimonii*"; t. IX, c. 917 : "*Concubinatus est semimatrimonium*"; J. VOET, *Commentarius in Pandectas*, t. II, La Haye, 1704, p. 174, n. 1. - Cl. ACCARIAS, *Précis de Droit romain*, t. I, 4^e éd., Paris, 1886, p. 247; A. ANGELINI-ROTA, *I figli adulterini e incestuosi nel diritto comparato*, Rome, 1940, p. 18; F. BAUDRY, art. *Concubinatus*, dans *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, t. I, 2, 1918, p. 1436; X. D'HAUCOUR, *L'évolution historique du concubinat romain*, dans *Nouvelle revue historique de Droit français et étranger*, t. XVIII, 1894, p. 712, 718, 730-732; 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. 216 et 218; R. Th. TROPLONG, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, Paris, 1843, p.

D'autres par contre soutiennent que le concubinat était un simple fait, indifférent vis-à-vis de la loi, mais que par l'insertion des mots de Marcien le concubinat était soustrait aux pénalités encourues par le *stuprum* en vertu de la *lex Iulia de adulteriis coercendis* et de la *lex Iulia et Papia Poppaea de maritandis ordinibus* (20).

Selon la majorité des auteurs modernes, le concubinat serait donc à partir d'Auguste une union *licite*, exemptée des pénalités

241; J. WESSELS BOER, *Eenige opmerkingen over het Christendom en het Romeinsche Recht*, Leyde, 1924, p. 37-38.

20) P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, t. I, 2^e éd., Milan, 1963, p. 316; ID., *Nota sulla riforma giustiniana del concubinato*, dans *Studi in onore Silvio PEROZZI*, Palerme, 1925, p. 283 s.; G.C. CASELLI, *Concubina pro uxore. Osservazioni in merito al c. 17 del primo concilio di Toledo*, dans *Rivista di storia del diritto italiano*, t. XXXVII-XXXVIII, 1964-1965, p. 168-169; G. CASTELLI, *Il concubinato e la legislazione augustea*, dans *Scritti giuridici*, Milan, 1923, p. 143-163; G. CORNIL, *o.c.*, p. 130; E. COSTA, *Il concubinato in Roma*, dans *Bollettino dell'istituto di diritto romano*, t. XI, 1898, p. 233; A. ESMEIN - R. GÉNESTAL - J. DAUVILLIER, *o.c.*, p. 126; R. GÉNESTAL, *Histoire de la légitimation des enfants naturels en droit canonique*, Paris, 1905, p. 105 et 124; P. GIDE, *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine*, dans *Nouvelle revue historique de Droit français et étranger*, t. IV, 1880, p. 384-388; P. F. GIRARD, *o.c.*, p. 200-201; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Naples, 1966, p. 543; R. LEONARD, *Concubinatus*, dans PAULY-WISSOWA, *Real-Encyclopaedie der classischen Altertumswissenschaft*, t. IV, 1, 1900, col. 836; P. MEYER, *o.c.*, p. 29; J.B. MISPOULET, *Du nom et de la condition de l'enfant naturel romain*, dans *Nouvelle revue historique de Droit français et étranger*, t. IX, 1885, p. 22-32; R. MONIER, *Manuel élémentaire de Droit romain*, t. I, 6^e éd., Paris, 1947 (réédité Scientia Verlag Aalen, 1970), p. 308; C. NARDI, *o.c.*, p. 110; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 2^e éd., Rome, 1928, p. 376; J. PLASSARD, *o.c.*, p. 84, 94-95 et 187; G. TONNELIER, *De la légitimation en Droit romain et dans l'ancien droit* (diss.), Paris, 1884, p. 2; E. VOLTERRA, *Concubinato*, dans *Novissimo Digesto Italiano*, t. III, 1967, p. 1052; A. WEITNAUER, *o.c.*, p. 34.

qui frappaient l'union hors mariage. Ce serait une union *de fait*, existant à défaut des conditions requises pour la validité ou la conclusion du mariage, qui ne produit aucun effet particulier en droit civil, mais qui est tolérée par les moeurs en raison de son caractère durable. Le concubinat, admis dès avant Auguste par l'opinion publique comme un fait normal et très répandu ⁽²¹⁾, se répandit encore davantage à la suite de ses lois ⁽²²⁾.

Une autre union stable, de loin inférieure sur le plan social, est celle des esclaves. L'esclave, non sujet ⁽²³⁾ mais seulement objet de droits ⁽²⁴⁾, - le droit romain classait les esclaves parmi les choses (*res*), - n'a pas le *connubium* et ne peut l'avoir.

Durant toute l'histoire de Rome leur union est restée seulement un *factum*. Cette union permanente entre esclaves ou

21) G. CASTELLI, *a.c.*, p. 163; E.J. JONKERS, *Invloed van het Christendom op de Romeinse wetgeving betreffende het concubinaat en de echtscheiding*, diss., Wageningen, 1938, p. 36; J. PLASSARD, *o.c.*, p. 195: "Il était donc largement répandu à Rome et dans toutes les classes sociales; l'étude épigraphique nous l'a surabondamment révélé".

22) La plus grande possibilité de vivre en concubinat (le *Dig. XXV, 7, 1, 1*, donne une liste de femmes avec lesquelles on pourrait vivre en concubinat "*sine metu criminis, in quas stuprum non committitur*") dès l'existence de la loi d'Auguste a amené G.C. CASELLI, *a.c.*, p. 168 à distinguer trois sortes de concubinats ("Il concubinato necessario, il presuntivo, il volontario").

23) *Inst.*, I, 16, 4 : "*Servus ... nullum caput habet*"; *Dig.*, IV, 5, 3, 1 : "*Servile caput nullum ius habet*"; *Dig.*, L, 17, 32 : "*Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur*".

24) *Ulp.*, XIX, 1 : "*Mancipi res sunt ... servi...*"; Gaius, II, 13 : "*Corporales (res) hae sunt quae tangi possunt velut ... homo*".

entre esclaves et personnes libres, n'ayant pas de statut juridique, est nommée *contubernium* (25).

2. Une autre question peut se poser concernant la désignation des enfants issus de ces diverses unions.

Dans le droit romain classique on trouve maintes fois les mots *liberi naturales*, qui sont employés en deux sens différents. Selon la première signification, on l'oppose à *filius adoptivus* pour distinguer le lien naturel du rapport existant après l'adoption entre l'adoptant et l'adopté (26). Ce sont les *filii legitimi tantum*. Une seconde signification de *filius naturalis* marque l'opposition avec *filius iustus* ou *legitimus*. Ce sont donc des enfants illégitimes, mais non pas ceux, - selon l'opinion commune du moins - issus de relations condamnées, telles que des relations consanguines et adultérines, ou de relations passagères (27). En

25) Paul., II, 19, 6 : "*Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest*"; C., V, 5, 3 : "*Cum ancillis non potest esse connubium, nam ex huiusmodi contubernio servi nascuntur*", etc... — Concernant le "mariage" des esclaves, cfr. G. FOTI, *Contubernium*, dans *Novissimo Digesto Italiano*, t. IV, 1968, p. 769-770; E. PÓLAY, *Die Sklavenehe im Antiken Rom*, dans *Das Altertum*, t. XV, 1969, p. 83-91; ID., *Il matrimonio degli schiavi nella Roma repubblicana*, dans *Studi in onore di G. GROSSO*, t. III, Turin, 1970, p. 77-99; E. VOLTERRA, *Matrimonio (diritto romano)*, dans *Enciclopedia del diritto*, t. XXV, 1975, p. 804-806; O. ROBLEDA, *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*, Rome, 1976, p. 69.

26) Gaius, I, 97; III, 41; *Dig.*, I, 6, 5 et 7, 1; XXXVIII, 17, 7; *Inst.*, I, 11 *passim*; C., VIII, 47 *passim*.

27) *Dig.*, XXXVIII, 17, 2, 1. Cfr. H. JANEAU, *De l'adrogation des liberi naturales à la légitimation par rescrit du prince*, Paris, 1947, p. 15-16, n. 13; J.B. MISPOULET, *o.c.*, p. 19-21; J. PLASSARD, *o.c.*, p. 86. — Par contre S. PEROZZI, *o.c.*, p. 377, dit que "*naturales*" est aussi employé pour qualifier tous les enfants illégitimes de n'importe quelle catégorie; M. NIZIOLEK, *Meaning of the Phrase liberi naturales in Roman Law Sources up to*

plus de la dénomination *filius naturalis*, on trouve encore *spurius* et *vulgo conceptus* ou *quaesitus* pour désigner les enfants nés hors mariage. D'aucuns (28) assurent que les *spurii* sont ceux *qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet* (29), en opposition avec les *liberi naturales*, issus d'une union stable et licite. D'autres (30) affirment que le mot *spurius* est employé pour désigner tous ceux qui ne sont pas nés de *iustae nuptiae*, donc pour tous les enfants illégitimes. En tout cas dès l'époque classique une restriction doit être faite concernant les enfants issus de l'union de deux esclaves ou de l'union d'un maître et de son esclave, qui sont dits *liberi naturales* (31). Les enfants issus

Constantine's Reign, dans *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 3^e série, t. XXII, 1975, p. 317-344, qui, analysant les constitutions pré-constantiniennes dans lesquelles on trouve "*liberi naturales*", énumère toutes les significations que ce terme avait avant Constantin.

28) A. ANGELINI-ROTA, *o.c.*, p. 18; P. MEYER, *o.c.*, p. 7; G. TONNELIER, *o.c.*, p. 6-7 et p. 11-12.

29) *Dig.*, I, 5, 23. Dans le même sens *Ulp.*, IV, 2; V, 7 et *Inst.*, I, 64.

30) J.B. MISPOULET, *a.c.*, p. 19-32. Par l'étude de l'épigraphie l'auteur démontre que 1) "*spurius*" signifie toujours *σποράδηγ*, c'est-à-dire "*sine patre*", sans père (reconnu par la loi); 2) dans cette signification étymologique ce mot est employé aussi bien pour enfants provenant du "*contubernium*" que pour ceux qui sont issus d'un concubinat. A. WEITNAUER, *o.c.*, p. 36, n. 96: "Früher wurden auch die Konkubinenkinder "*spurii, vulgo concepti*" genannt". — En outre peut être invoqué le texte du *Dig.*, XXXVIII, 17, 2, 1: "*Filium autem vel filiam accipere debemus, sive iuste sint procreati vel vulgo quaesiti*". Puisque "*vulgo quaesiti*" est employé ici en opposition à "*iusti*", nous devons en donner la signification la plus large et il signifie donc tous les enfants naturels sans exception : tous ceux qui ne sont pas nés de "*iustae nuptiae*". Cfr J.B. MISPOULET, *a.c.*, p. 22; J. PLASSARD, *o.c.*, p. 86.

de l'union d'une femme libre et d'un esclave sont qualifiés de *spurii* (32).

3. Une dernière question demeure cependant concernant la situation des enfants nés de pareilles cohabitations. Tous les enfants, qui ne sont pas issus de mariages légitimes, sont de droit des étrangers vis-à-vis de leur père. Ils n'ont pas de père légal (33). Le père peut faire de ces enfants ce que bon lui semble. Il peut les désigner comme ses héritiers testamentaires (34), ou les adopter (35), s'il le désire (36), ou bien les abandonner dans la misère parce qu'ils sont des étrangers par rapport à lui.

La raison de cette situation est à chercher dans la structure juridique de la famille elle-même. Celle-ci est basée sur la *patria potestas* (37). Seuls sont considérés comme descendants du père

31) a) "*Liberi naturales*" issus de l'union d'un homme libre et d'une esclave concubine: Paul., V, 6; *Dig.*, XIX, 5, 5; XLIX, 15, 21. b) "*Liberi naturales*" issus d'un père et d'une mère esclaves: *Dig.*, XXXI, 88, 12; XXXII, 41, § 2; XL, 12, 3.

32) Ulp., V, 7; *Dig.*, XLIX, 15, 25; C., VI, 55, 6 (a. 294).

33) *Inst.* III, 5, 4: "*Vulgo quaesitos nullum habere adgnatum manifestum est, cum adgnatio a patre, cognatio sit a matre, hi autem nullum patrem habere intelliguntur*". "*Nullum patrem*" signifie "pas de père légal", ainsi qu'il ressort de "*nullum habere adgnatum*". Cfr *Dig.*, XXXVIII, 10, 4, 2 et 10, 2. Comparez cela avec P. GIDE, *a.c.*, p. 417-418.

34) *Dig.*, XXVIII, 6, 45.

35) *Dig.*, I, 7, 46; C., V, 27, 6 *in fine*.

36) *Dig.*, I, 6, 11.

37) C.W. WESTRUP, *Introduction to Early Roman Law. Comparative Sociological Studies. The Patriarchal Joint Family, t. II, Joint Family and Family Property*, Copenhague - Londres, 1934, p. 41: "The head of the fathers family (the grandfather's family), the paterfamilias, was the family";

de famille, ceux qui entrent dans sa famille par adoption, adrogation ou *conventio in manum*. Par ce fait on devient agnat du père de famille, ainsi qu'apparenté cognatiquement avec les autres descendants (38). Personne ne peut donc être considéré comme descendant du père, s'il n'est pas situé dans la vie par le père lui-même d'une façon spéciale; il n'est pas non plus son descendant par le sang. Le père de famille lui-même doit compléter cette naissance par un *tollere vel suscipere* de l'enfant (39). Tous ses descendants, ses enfants adoptés, aussi bien que ses consanguins, forment ensemble l'*adgnatio*. Eux tous en effet sont par rapport à lui des *adgnati*.

ARTICLE 2.

De Constantin à Justinien

1. Bien que, aux deuxième et troisième siècles, le niveau moral ait été très bas chez les Romains (40), le christianisme avait

J. WILMS, *Bemerkungen omtrent de sociologie der oudlatijnse familia*, dans *Tijdschrift voor economie en sociologie*, t. III, 1937, p. 38; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, t. II, *Die nachklassischen Entwicklungen*, dans *Handbuch der Altertumswissenschaft*, X, 3, 3, Munich, 1975, p. 202-219.

38) Cfr P. F. GIRARD, *o.c.*, p. 157-159.

39) Concernant le sens de "*tollere*", cfr E. VOLTERRA, *Un'osservazione in tema di tollere liberos*, dans *Festschrift F. SCHULZ*, t. I, Weimar, 1951, p. 388-398; J. WILMS, *o.c.*, p. 38-39.

40) J. CARCOPINO, *La vie quotidienne à Rome à l'apogée de l'Empire*, Paris, 1950, p. 112-124.

déjà exercé son influence sur la vie ⁽⁴¹⁾ et aux quatrième et cinquième siècles, surtout dès l'année 313 quand il fut mis au même niveau que les autres religions, il fit de plus en plus de progrès. Les empereurs chrétiens usaient de leur influence en créant le droit, de sorte que la pensée chrétienne put librement y faire son entrée ⁽⁴²⁾. Les principes évangéliques inspirèrent la législation d'une façon telle ⁽⁴³⁾, qu'ils peuvent à bon droit être

41) J. CARCOPINO, *o.c.*, p. 162-167; N.D. FUSTEL DE COULANGES, *o.c.*, p. 456-464; P. GIDE, *o.c.*, p. 169-182; Ch. BOUCAUD, *La première ébauche d'un droit chrétien dans le Droit romain*, 2^e éd., Paris, 1913, p. 76-79.

42) Cfr B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, 3 vol., Milan, 1952-1954; F. LEIFER, *Christentum und römisches Recht seit Konstantin*, dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, t. LVIII, 1938, p. 185-202; F. MEDINA DE LA TORRE, *La influencia de las ideas cristianas en la evolución del derecho romano*, dans *Acta congressus iuridici internationalis* (Rome, 12-17 novembre 1934), t. II, Rome, 1935, p. 7-19.

43) Cette assertion doit être interprétée avec une certaine nuance, puisque la religion chrétienne n'a pas édifié directement les règles du droit, ce que l'on pourrait supposer vu son influence, et d'autant plus encore si l'on tient compte de la formation ultérieure du droit à l'intérieur et en dehors de l'empire romain. En effet, chez plusieurs peuples le droit du pays était assujéti à leur religion : le droit en avait reçu ses règles, de telle façon que chaque système de droit était édifié selon l'image et l'enseignement de cette religion. Cfr N.D. FUSTEL DE COULANGES, *o.c.*, p. 463 : "Chez les Perses et les Hindous, chez les Juifs, chez les Grecs, les Italiens et les Gaulois, la loi avait été contenue dans les livres sacrés, ou dans la tradition religieuse". — Le Christianisme, par contre, fut la première religion qui n'a pas prétendu que le droit fût de son ressort : ainsi fut-il la première religion à ne pas s'être mêlée du droit. Celui-ci demeura indépendant et personnel pour puiser ses règles dans la nature humaine, l'équité et le sens de la justice que tout homme possède. Cfr N.D. FUSTEL DE COULANGES, *o.c.*, p. 463-464; B. BIONDI, *La concezione cristiana del diritto naturale nella codificazione giustiniana*, dans *Mélanges F. DE VISSCHER*, t. III, Bruxelles, 1950, p. 129-158; Ch. BOUCAUD, *o.c.*, p. 44-49; G.H. JOYCE, *Het Christelijk huwelijk*, Haarlem, 1940, p. 5-39.

cités comme source de droit (44), et en particulier du droit matrimonial (45).

Cette période débuta avec Constantin le Grand (46), premier empereur chrétien (a. 306-337) (47). Il n'a pas seulement

44) J.R. PALANQUE, *L'Empire universel de Rome*, dans *Histoire universelle*, t. I, Bruges, 1956, p. 1079; M. ROBERTI, *De christiana disciplina atque de romano iure*, dans *Acta congressus iuridici internationalis* (Rome, 12-17 novembre 1934), Rome, t. II, 1935, p. 4, où il indique également la cause de cette influence : "... quippe cum, quae Ecclesia plures in diem fautores numeraret, eius auctoritas legitime in republica haberetur, ut quaestiones constitueret, iudicia exerceret, paenas irrogaret, neque solum ad animos sed etiam ad corpora bonaque pertinentes".

45) J. GAUDEMET, *Droit romain et principes canoniques en matière de mariage au Bas-Empire*, dans *Studi in memoria di Emilio ALBERTARIO*, t. II, Milan, 1953, p. 171-196; ID., *La formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IV^e et V^e siècles*, Paris, 1957, p. 178-198; V. FAGIOLO, *L'influsso del cristianesimo nell'evoluzione dell'istituto matrimoniale romano*, dans *Ephemerides iuris canonici*, t. XIII, 1957, p. 58-70.

46) L.S. LENAIN DE TILLEMONT, *Histoire des empereurs et des autres princes qui ont régné durant les six premiers siècles de l'Église*, t. IV, 2^e éd., Paris, 1704, p. 76; J. ZEILLER, *L'Empire romain et l'Église*, dans *Histoire du monde* de E. CAVAIGNAC, t. V, 2, Paris, 1928, p. 43 : "... Constantin, déjà acquis, ... a une foi monothéiste, qui l'acheminait vers celle des chrétiens".

47) L. HOMO, *Les empereurs romains et le christianisme*, Paris, 1931, p. 114; ID., *Nouvelle histoire romaine*, Paris 1941, p. 488; J. MAURICE, *Constantin le Grand. L'origine de la civilisation chrétienne*, Paris, 1925, p. 67; A. PIGANIOL, *L'Empire chrétien (325-395)*, dans *Histoire générale* de G. GLOTZ, t. IV, 2, Paris, 1947, p. 24-26; K. SPREY, *o.c.*, p. 284-286; F. STÄHELIN, *Constantin der Große und das Christentum*, dans *Zeitschrift für Schweizerische Geschichte* t. IV, 1937, p. 387; R. Th. TROPLONG, *o.c.*, p. 109; J. ZEILLER, *o.c.*, p. 60-61; J. WESSELS BOER, *o.c.*, p. 2 et 3. — Concernant la *politique religieuse* de Constantin, ou bien il s'est tourné vers le christianisme par pur intérêt politique (J. BURCKHARDT, *Die Zeit Constantins des Großen*, 4^e éd., Stuttgart, 1929; E. SCHWARTZ, *Kaiser Constantin und die christliche Kirche*, 2^e éd., Leipzig - Berlin, 1936; H. GRÉGOIRE, *La conversion de Constantin*, dans *Revue de l'Université de Bruxelles*, t. XXXVI, 1930-1931, p. 231-272); ou bien il a éprouvé à l'égard de la croix une sorte de fétichisme assez grossier (O. SEECK, *Die*

transformé les structures politiques et sociales, mais il a orienté l'empire et le monde dans des voies nouvelles en donnant la paix à l'Église chrétienne et en l'intégrant dans les cadres officiels.

Mais n'exagérons cependant pas ce renouvellement dans la législation, car ni Constantin ni aucun de ses successeurs n'a jamais songé à tout rénover. Ils n'auraient d'ailleurs pas pu le réaliser, puisque le paganisme était encore solidement enraciné (48).

Selon la conception chrétienne le mariage est d'origine divine et la seule communauté permise entre homme et femme (49). L'Église combattait le concubinage de toutes ses forces, non seulement parce qu'il est un commerce hors mariage et donc peccamineux et à rejeter (50), mais aussi parce que ce concubinat

Verwandtenmorde Constantins des Großen, dans *Zeitschrift für wissenschaftliche Theologie*, t. XXXIII, 1890, p. 63-77); ou bien il a été croyant convaincu et exemplaire (J. MAURICE, *Constantin le Grand. L'origine de la civilisation chrétienne*, Paris, 1925; N. BAYNES, *Constantine the Great and the Christian Church*, dans *Proceedings of the British Academy*, t. XV, 1929, p. 341-442; J.R. PALANQUE, *Constantin*, dans *Hommes d'État* de A.B. DUFF et F. GALY, t. I, Paris, 1936, p. 333-420); ou bien il a mal distingué le christianisme d'une sorte de gnose philosophique, qui lui parut être la vérité (L. SALVATORELLI, *Costantino il Grande*, Rome, 1928; A. PIGANIOL, *L'empereur Constantin*, Paris, 1932). — Ces difficiles problèmes sont examinés dans des études récentes. Cfr R. AUBERT, *L'évolution religieuse de Constantin*, dans *Collectanea Mechliniensia*, t. XXXI, 1946, p. 520-525; F. STÄHELIN, *a.c.*, p. 385-417.

48) P. GIDE, *a.c.*, p. 187; X. D'HAUCOUR, *a.c.*, p. 735-736; R. Th. TROPLONG, *o.c.*, p. 109.

49) G.H. JOYCE, *o.c.*, p. 144-149.

50) ID., *o.c.*, p. 555-562.

romain était basé sur la disparité de condition sociale, ce qui ne pouvait aller de pair avec le principe chrétien de l'égalité de tous les hommes devant Dieu. Déjà le Pape Callixte I (a. 217-222), tout en s'efforçant modestement de concilier un droit traditionnel, qu'il ne pouvait ignorer, avec les exigences fondamentales d'une morale nouvelle, permettait le mariage entre ingénues et esclaves (51). Le quatrième décret du Pape Jules I (a. 337-352) déclarait formellement l'égalité de tous les hommes (52).

L'Église a pris une attitude rigoureuse surtout vis-à-vis de l'esclavage (53). Pour empêcher les gens de vivre en concubinage ou pour obliger les femmes à abandonner leur situation de concubine et même pour faire disparaître entièrement le concubinage, les empereurs chrétiens y ont adjoint des conséquences rigoureuses (54). Le père ne pouvait rien léguer

51) J. FREISEN, *Geschichte des kanonischen Eherechts bis zum Verfall der Glossenliteratur*, 2^e éd., Paderborn, 1893, p. 61 et 282 (réimpression anastatique 1963); G.H. JOYCE, *o.c.*, p. 46 et 73. L'opinion contraire était cependant défendue par d'autres papes. Cfr J. FREISEN, *o. et l.c.*; G.H. JOYCE, *o.c.*, p. 58 et 558. — Concernant le vrai sens et la portée de la décision de Callixte, cfr J. GAUDEMET, *La décision de Callixte en matière de mariage*, dans *Studi in onore di Ugo Enrico PAOLI*, Florence, 1956, p. 333-344.

52) J.P. MIGNE, *Patrologia graeca*, t. VIII, col. 969 : "*Omnibus nobis unus est Pater in caelis et unusquisque dives, pauper, servus et liber, aequaliter pro se et pro animabus eorum rationem reddituri sumus ...*".

53) Concernant l'attitude de l'Église vis-à-vis de l'esclavage et de la législation des empereurs chrétiens, cfr J. IMBERT, *Réflexions sur le christianisme et l'esclavage en Droit romain*, dans *Revue internationale des droits de l'antiquité*, t. II (= *Mélanges DE VISSCHER*, t. I), 1949, p. 445-476.

54) P. BONFANTE, *o.c.*, p. 318 : "*Gli imperatori cristiani intendevano reprimere, anzi sopprimere il concubinato : il quale pertanto non fu contemplato da essi per favorire, ma per abbassare la condizione della concubina e dei figli*". Comparez Cl. DUPONT, *Les constitutions de*

aux enfants par testament, ni par donation, pas plus qu'à leur mère (55).

C'est ainsi que le concubinage s'est introduit dans le droit et est devenu une institution juridique. Justinien au contraire attacha au concubinage (c'est-à-dire aux enfants nés de cette union), qui remplissait les mêmes conditions que le mariage (absence d'empêchements de parenté et d'affinité, âge conjugal requis, monogamie, etc.) des conséquences favorables, très proches de celles du mariage proprement dit. Certains auteurs ont voulu voir dans ces nouvelles dispositions l'intention de Justinien d'instituer un concubinage au niveau d'un mariage morganatique, un "*inaequale coniugium*", comme dit P. BONFANTE (56). D'autres l'appellent une union légale inférieure (57) et L. CHARVET (58)

Constantin et le droit privé au début du IV^e siècle. Les personnes (diss.), Lille, 1937, p. 133.

55) *Cod. Theod.*, IV, 6, 7; C., V, 27, 1 (a. 336).

56) P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, t. I, Rome, 1925, p. 234 s.; ID., *Nota sulla riforma giustiniana del concubinatio*, dans *Studi in onore Silvio PEROZZI*, Palerme, 1925, p. 565. — Déjà dans les textes de Valentinien et de Théodose nous trouvons ces mots "*inaequale coniugium*" pour désigner le concubinat C., V, 27, 3, 2 (a. 443), ainsi que "*legitima coniunctio sine honesta celebratione matrimonii*" (*Cod. Theod.*, IV, 6, 7). Mais "*inaequale*" indique seulement l'infériorité de la femme vis-à-vis de son mari; "*coniugium*" indique qu'il s'agit d'un mariage, mais non valable par suite de mésalliance. Cfr P. BONFANTE, *o.c.*, p. 284; Cl. DUPONT, *o.c.*, p. 127 et p. 229; R. GÉNESTAL, *o.c.*, p. 105 et p. 124-127; S. PEROZZI, *o.c.*, p. 377, n. 1: "*ma coniugium qui vale per conjunctio non per matrimonio*".

57) E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Rome, 1961, p. 676; E. VOLTERRA, *Concubinatio*, dans *Novissimo Digesto Italiano*, t. III, 1967, p. 1053; G.C. CASELLI, *o.c.*, p. 171; C. St. TOMULESCU, *Justinien et le concubinat*, dans *Studi in onore Gaetano SCHERILLO*, t. I, Milan, 1972, p. 299-326.

croit pouvoir le définir comme une situation intermédiaire entre le mariage et le concubinage illicite. En d'autres termes, ils veulent affirmer qu'il y a dans le droit de Justinien un concubinage différent de celui de l'époque précédente et que l'union non monogame n'était plus un concubinage. C'est R. DANIELI⁽⁵⁹⁾ qui a démontré que Justinien n'a pas eu cette intention et que, par conséquent, il n'a pas institué un concubinage licite au lieu d'un illicite, mais qu'il s'est limité à concéder des avantages déterminés aux enfants nés d'une seule concubine (*Nov.*, 18, 5; 89, 12, 4-5).

2. C'est depuis Constantin que la dénomination des enfants devient de plus en plus claire. Ainsi on distingue d'une part les *liberi naturales* ou les enfants issus d'un concubinage devenu alors une institution de droit, et d'autre part les *spurii, quibus ius nomenque patris denegatum est*⁽⁶⁰⁾. Remarquons que l'appellation *liberi naturales* ne reçoit définitivement sa signification restreinte et technique que depuis la constitution de 426⁽⁶¹⁾, bien que depuis Constantin le mot *naturales* n'est

58) L. CHARVET, *En marge de l'histoire du mariage*, dans *Studia et documenta historiae et iuris*, t. III, 1937, p. 336-347.

59) R. DANIELI, *Sul concubinato in diritto giustiniano*, dans *Studi in onore di Vincenzo ARANGIO-RUIZ*, t. III, Naples, 1953, p. 178-179. Comp. O. ROBLEDA, *El matrimonio*, p. 282-283.

60) *C.*, V, 27, 7, 3 (a. 519).

61) *C. Th.*, IV, 6, 7. - Tout d'abord il se présentait avec une signification vague et générale sans distinction, *C. Th.*, IV, 6, 3 (a. 336). Plus tard, en 397 (*C. Th.*, IV, 6, 5) et en 405 (*C. Th.*, IV, 6, 6) il désigne tous les enfants

employé que tout à fait exceptionnellement pour les enfants nés de mariages illégitimes, ordinairement qualifiés de *spurii* (62).

Dans le droit du Bas-Empire on distingue donc très clairement dans la catégorie des enfants illégitimes un groupe spécial: celui des enfants issus en dehors de justes noces, réelles ou simplement apparentes, de l'union durable et souvent honorable de deux personnes libres, c'est-à-dire les enfants nés d'une union sans *affectio maritalis*, soit d'un concubinage (63).

3. C'est surtout depuis les empereurs chrétiens que le statut des enfants s'améliore, mais exclusivement celui des enfants naturels au sens technique du mot. L'enfant d'une concubine, qui jadis pouvait seulement être adrogé, pourra dès cette époque être légitimé grâce à l'institution de la légitimation. Au cours des temps, ces enfants obtiendront à la fois graduellement un droit successoral *ab intestato*.

nés de n'importe quelle concubine : "*liberi suscepti ex cuiuslibet mulieris consortio*". Ce qui signifie donc aussi la relation d'un maître avec son esclave, dénommée également "concubine". Bien plus tard seulement, au temps de l'empereur Justinien, ce mot est appliqué régulièrement à la femme libre. Cfr H. JANEAU, *o.c.*, p. 33, n. 17.

62) *C.*, V, 27, 1 (a. 336); *Nov.*, XXXVIII, 5, *in fine* (a. 536). Cfr H. JANEAU, *o.c.*, p. 15-16, n. 3. Comparons *Nov.*, LXXXIX, 15, *praef.* : "... *Primum quidem omnis qui ex complexibus ... aut nefariis aut incestis aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur...*".

63) C'est l'opinion de la plupart des auteurs. Cfr R. GÉNESTAL *o.c.*, p. 127-129 et p. 131; P.F. GIRARD, *o.c.*, p. 195; H. JANEAU, *o.c.*, p. 20 et p. 134-135; G.J. MC DEVITT, *Legitimacy and Legitimation. An Historical Synopsis and Commentary*, Washington 1941, p. 2; A. WEITNAUER, *o.c.*

Les *spurii* gardent le statut qu'ils avaient auparavant dans le droit classique, c'est-à-dire qu'ils n'ont juridiquement pas de père et se trouvent devant leurs éducateurs comme des *extranei* pouvant aussi bien être négligés que dotés par eux. Ils peuvent obtenir le droit d'héritage, ils peuvent même être adrogés (64) et obtenir ainsi la plénitude des droits d'héritage de l'adrogé et de sa famille. Mais nonobstant cela, un groupe de ces *spurii* demeure complètement exclu de ces avantages : ce sont les enfants de parents incestueux et adultérins ou ceux qui sont nés d'un *incestum vetitumque coniugium*. Justinien ne veut pas leur accorder la moindre faveur (65). Ils ne peuvent rien recevoir de leur père, ni par donation, ni par testament. Ils ne peuvent même pas réclamer leur nourriture (66). Et tandis qu'avant 396 ces enfants possédaient un plein droit d'héritage du côté de leur mère (67), ce privilège leur est retiré complètement par une constitution d'Arcadius IV et Honorius III, qui leur défend de recevoir quoi

64) C., VIII, 47, 10, 5 (a. 530). Elle a lieu par un rescrit de l'empereur (C., VIII, 47, 6; *Inst.*, I, 11, 1). - Justinien exige aussi que cette action imite la nature et il définit pour cela que l'adrogé ait 18 ans de plus que l'adopté (*Inst.*, I, 11, 4).

65) *Nov.*, LXXIV, 6 : "*Eos enim qui semel ex odibilibus nobis et propterea prohibitis nuptiis procedunt, neque naturales vocandi neque participanda eis ulla clementia est*".

66) *Nov.*, LXXXIX, 15 (a. 539) : "... *omnis qui ex complexibus (non enim vocabimus nuptias) aut nefariis aut incestis aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur neque alendus est a parentibus neque habebit quoddam ad praesentem legem participium*". Cfr C., V, 4, 23, 7 (a. 520 - 523).

67) *Inst.*, III, 4, 3 : "*Novissime sciendum est etiam illos liberos, qui vulgo concepti sunt a matris hereditatem ex hoc senatus consulto admitti*".

que ce soit de leur mère, même pas le plus petit don ⁽⁶⁸⁾. Il va de soi qu'il n'est pas question pour eux d'une légitimation par adrogation ⁽⁶⁹⁾.

ARTICLE 3.

Au Moyen Age

1. En droit ecclésiastique, le terme *legitimum matrimonium* a reçu petit à petit sa signification propre, mais c'est seulement avec Gratien que la terminologie devint tout à fait claire : le mariage légitime est celui qui est conclu entre deux infidèles ou entre deux fidèles ⁽⁷⁰⁾, qui satisfont parfaitement aux conditions de la loi

68) C., V, 5, 6, *prae*f. (Arcadius et Honorius, a. 396).

69) Défendu jusqu'à trois fois par Justinien : *Nov.*, LXXIV, 3; LXXXIX, 7 et 11, 2.

70) Notons que le mariage légitime de deux fidèles est un "*matrimonium legitimum et ratum*", celui des infidèles "*legitimum tantum*", parce que son indissolubilité n'est pas absolue. Au contraire, les mariages des chrétiens conclus seulement devant le for civil ou conclus sans observance des cérémonies extérieures (quand les parties sont mariées uniquement par consentement mutuel), ne sont pas des mariages légitimes, mais "*rata tantum*". Cfr *Decretum Gratiani*, C. XXVIII, q. 1, c. 17, repris par Benoît XIV, *De synodo dioecetano*, lib. VIII, C. 12, n. 5 : "... *quamquam hodie nomine matrimonii legitimi et non rati communiter intelligimus matrimonium infidelium, olim tamen a juris canonici peritis etiam inter matrimonia fidelium fuisse hanc adhibitam distinctionem, ut alia dicerentur legitima et rata, alia dumtaxat rata et non legitima testis est Gratianus ...*". Les enfants issus d'une telle union sont par conséquent aussi des enfants légitimes. Cfr A. ESMEIN, *o.c.*, t. I, p. 242-259; J. FREISEN, *o.c.*, p. 77-83; G.J. MC DEVITT, *o.c.*, p. 18-20.

canonique et civile (71).

Les mariages clandestins, un des problèmes les plus difficiles que l'Église eut à résoudre au Moyen Age (72), ne furent pas fréquents chez les chrétiens; ceux-ci ne se mariaient en général pas sans les solennités publiques prescrites (73). A cette époque les mariages clandestins étaient considérés par l'Église comme légitimes (74). Cependant, l'Église les blâmait et tâchait toujours de les empêcher (75) en les interdisant sous peine de péché mortel et en imposant des sanctions sévères (76).

71) Les empêchements de jadis sont presque les mêmes que ceux d'aujourd'hui. Cfr BERNARDUS PAPIENSIS, *Summa decretalium*, Appendix I, *Summa de matrimonio*, p. 304, n. 14 : "Notandum tamen, quia circa matrimonium duo considerantur, videl. et legitimarum (personarum) consensus et solemnitates contrahendi...".

72) G.H. JOYCE, *o.c.*, p. 107.

73) A. ESMEIN, *o.c.*, t. I, p. 199-200; G.J. MC DEVITT, *o.c.*, p. 22. Comp. G.H. JOYCE, *o.c.*, p. 112.

74) PETRUS DE ANCHARANO, *In quinque Decretalium libros facundissima commentaria*, c. *Per tuas*, 12, X, *qui filii*, IV, 17, n. 4 : "Licet ergo clandestinum fuerit matrimonium tamen proles est legitima, quia clandestinitas non reddit matrimonium nullum"; ABBAS PANORMITANUS, *Commentaria in Decretalium libros*, c. *Si quis*, 1, X, *de clandestina desponsatione*, IV, 3, n. 2 : "Clandestinitas non vitiat matrimonium ... quamquam peccent sic clandestine contrahentes"; Th. SANCHEZ, *Disputationum de sancto matrimonii sacramento tomus tres*, t. I, lib. III, d. 3, n. 2. Cfr A. ESMEIN, *o.c.*, t. I, p. 199 et 214; t. II, p. 148; G.H. JOYCE, *o.c.*, p. 114-115. G.J. MC DEVITT, *o.c.*, p. 20-21.

75) Th. SANCHEZ, *o.c.*, tit. I, lib. III, d. 3, n. 5 : "... gravissima verba quibus utitur Trident. asserens semper ecclesiam hujusmodi matrimonia detestatum esse ...". Cfr A. BRIDE, art. *Propre curé*, dans *Dictionnaire de Théologie catholique*, t. XIII, 1, 1936, col. 739; A. ESMEIN, *o.c.*, t. I, p. 198.

76) Th. SANCHEZ, *o. et l.c.*, n. 5. Cfr G.H. JOYCE, *o.c.*, p. 110-111 et 115. — A partir du Concile de Trente pourtant, tout mariage clandestin fut considéré comme invalide et les enfants issus de ces unions, comme

Au douzième siècle le droit canonique crée la théorie du mariage putatif. Si l'un des conjoints ou les deux, de bonne foi (77), ignorent l'empêchement dirimant, le droit canonique accepte que leur mariage, invalide pourtant, ait tous les effets d'un mariage légitime, et ce pour le temps écoulé depuis le contrat de mariage jusqu'à la déclaration de son invalidité, à condition qu'il ait été conclu *in facie ecclesiae* (78). Ainsi étaient légitimes les enfants nés avant la déclaration de nullité du mariage putatif, et même ceux qui, conçus d'une telle union, naissaient après la déclaration de nullité faite par l'Église (79).

illégitimes, cfr Th. SANCHEZ, *o.c.*, t. I, l. III, d. 42, n. 6; F. SUAREZ, *Opera omnia*, t. XXIII, 2, d. L, *de irregularitate*, s. 1, n. 9 : "... *post statutum Concil. Trident. ... matrimonium clandestinum invalidum est, et ideo filius ex eo genitus per se est illegitimus...*"; A. BARBOSA, *Collectanea doctorum tam veterum quam recentiorum in jus pontificium universum*, c. *Cum inter*, 2, X, *qui filii*, IV, 17, n. 12. Cfr A. BRIDE, *o.c.*, col. 738 et 742; A. ESMEIN, *o.c.*, t. II, p. 198.

77) A noter que l'"*ignorantia affectata*" annulait la bonne foi. Ce mariage était par conséquent illégitime, de même que l'étaient les enfants. Cfr G.H. JOYCE, *o.c.*, p. 82-83; G.J. MC DEVITT, *o.c.*, p. 27.

78) Quand plus tard le quatrième Concile du Latran (a. 1215) prescrivit la proclamation publique avant le mariage (cfr C. *Cum inhibitio*, 3, X, *de clandestina desponsatione*, IV, 3), cette proclamation devait alors avoir eu lieu pour que ce mariage putatif participe à cette faveur. - Ainsi il apparaît qu'un mariage clandestin ne pouvait jamais être ou constituer un mariage putatif.

79) C. *Cum inter*, 2, X, *qui filii sint legitimi*, IV, 17 : "... *filii eorum, qui ante sententiam ipsam nati fuerunt ... et qui concepti fuerant ante latam sententiam, non minus habeantur legitimi ...*". Ainsi la glose sur cap. 2, v° *concepti* : "*Sic ergo tempus conceptionis spectandum est cum de comodo alicuius spectatur*"; HOSTIENSIS, *Summa aurea*, IV, *qui filii*, n. 3; JOANNES ANDREAE, *In Decretalium libros commentaria*, c. *Cum inter*, 2, X, *qui filii*, IV, 17, n. 1; MARTINUS AB AZPILCUETA, *Consiliorum sive responsorum libri quinque juxta ordinem Decretalium dispositi*, cs. *An Papa*, 2, X, *qui*

Il est intéressant de noter que les premiers décrétalistes, Laurent ⁽⁸⁰⁾ et Vincent d'Espagne, — tous deux avant 1215 ⁽⁸¹⁾ —, ont défendu l'opinion que les enfants issus d'un mariage putatif, où l'un des deux parents seulement était de bonne foi, étaient en partie légitimes et en partie illégitimes; légitimes quant à l'époux de bonne foi, illégitimes quant à l'autre ⁽⁸²⁾.

fili, IV, n. 1; ANDREAS VALLENSIS, *Paratitla juris canonici*, lib. IV, tit. 17, *qui filii*, n. 2; E. GONZALEZ TELLEZ, *Commentaria perpetua in singulos textus V librorum Decretalium Gregorii IX*, tit. IV, c. *Conquestus*, 1, X, *qui filii*, IV, 17, n. 5; A. BARBOSA, *o.c.*, c. *Cum inter*, 2, X, *qui filii*, IV, 17, n. 1, 4 et 9.

80) Les gloses de LAURENT D'ESPAGNE ont été longtemps erronément attribuées à LANFRANC, cfr F. GILLMANN, *Zu Gratians und der Glossatoren ...*, dans *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, t. CIV, 1924, p. 34, n. 3.

81) L'apparat fait sur la *compilatio* III de VINCENT D'ESPAGNE, dans lequel les gloses de Laurent d'Espagne sont citées (d'où il semble que LAURENT écrivit avant VINCENT) est antérieur à 1215 (4^e concile du Latran). Cfr G. POST, *Some Unpublished Glosses (ca 1210 - 1214) on the translatio imperii and the two Swords*, dans *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, t. CXVII, 1937, p. 405 et 419.

82) VINCENTIUS HISPANUS, cité par F. GILLMANN, *Johannes Gallensis als Glossator*, dans *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, t. CV, 1925, p. 552. *Glossa in c. 3, Ex tenore*, III, 4, 12 (= c. 14, X, 14, 17) v^o *reputantes*: "*Sufficit ergo filiis, ut legitimi habeantur, ignorantia et bona fides alterius ex parentibus, quia et sufficit eis auctoritas ecclesiae etiam sola, licet uterque parentum malam fidem habeat jam mota lite super matrimonio et ita reprobatur hic illa distinctio, utrum uterque parentum ignoret impedimentum, et tunc filii succedunt utrique, an alter vel uterque sciat, ut numquam scienti succedat*". Cfr JOANNES TEUTONICUS, cité par F. GILLMANN, *a. et l.c.* *Glossa in c. 3, Ex tenore*, III, 4, 12 (= c. 14, X, 14, 17) v^o *legitimum*: "*Dixit tamen h. et la., quod si alter parentum scit impedimentum matrimonii, quod quantum ad scientem sunt illegitimi, quantum ad ignorantem legitimi*"; JACOBUS DE ARENA, *Super Codice commentaria*, lib. IV, rubr. *De incestis nuptiis*, l. *Qui contra*, n. 3.

Mais déjà Joannes Teutonicus ne partageait pas cette opinion, disant qu'il serait monstrueux d'être en partie légitime et en partie illégitime, comme il serait monstrueux d'être en partie libre et en partie esclave (83).

En règle générale, sont considérés comme légitimes les enfants, conçus avant le mariage, mais nés d'un mariage valide ou putatif (84); de même, sont légitimes ceux dont les parents ont été unis par un lien matrimonial pendant une partie de la grossesse, même si ce lien n'existait pas au moment de la conception ou s'il n'existait plus lors de la naissance. Supposons le cas suivant : une femme libre conçoit un enfant d'un homme marié. L'épouse légitime de cet homme meurt et ce dernier se marie alors avec la femme enceinte. Mais l'homme meurt avant la naissance de l'enfant. Dans des cas semblables, les enfants seront légitimes, bien que le mariage ait été impossible au moment de la conception et le *coitus* illicite, et que le lien conjugal n'existât plus au moment de la naissance. Car il suffit, pour la légitimité, que durant la grossesse les parents aient été un moment des époux légitimes (85).

83) JOANNES TEUTONICUS, cité par F. GILLMANN, *a. et l.c.*, Glossa in c. 3, *Ex tenore*, III, 4, 12, v° *legitimum* : "*Sed monstruosum esset quod si aliquis esset partim legitimus, partim illegitimus, sicut aliquis esset partim liber, partim servus*".

84) HOSTIENSIS, *Summa aurea*, IV, *qui filii*, n. 3 : "... *si nascantur post probationem matrimonii quamvis antea concepti sint, legitimi erunt*..."

85) JOANNES ANDREAE, *o.c.*, c. *Tanta est*, 6, X, *qui filii*, IV, 17, n. 4; ANTONIUS A BUTRIO, *o.c.*, in hoc capitulo, n. 17; PETRUS DE ANCHARANO, *o.c.*, in hoc capitulo, n. 7 : "... *satis enim est proli quocumque tempore (dum erat in utero) quod parentes fuerunt legitimi*"

2. Une autre question est celle qui concerne la désignation des enfants issus des diverses unions. Depuis le treizième siècle les enfants sont d'ordinaire classifiés en quatre groupes. Les *legitimi et naturales* ⁽⁸⁶⁾, enfants nés d'un mariage légitime ou putatif, ainsi nommés parce qu'ils sont approuvés en même temps par la loi et par la nature. Les *adoptivi* ou *adrogati* ou les *legitimi tantum* ⁽⁸⁷⁾, parce qu'ils sont seulement approuvés par la loi. Les *naturales tantum* qui, au début, chez quelques décrétalistes ⁽⁸⁸⁾ et en tout temps chez les civilistes, désignaient les enfants nés d'une concubine *retenta in domo* ⁽⁸⁹⁾. Mais bien

conjuges : sicut aliter dicitur, ad ejus ingenuitatem sufficere semel tunc habuisse matrem ingenuam".

86) ABBAS PANORMITANUS, *o.c.*, c. *Tanta est*, 6, X, *qui filii*, IV, 17, n. 10 : "... dicuntur naturales, quia secundum naturam sunt geniti, et dicuntur legitimi, quia conjunctio parentum est approbata a lege ..."; ALEXANDER DE NEVO, *In quinque Decretalium libros commentaria*, c. *Tanta est*, 6, X, *qui filii*, IV, 17, n. 15 : "... dicuntur naturales et legitimi, ut nati ex legitimo matrimonio vero vel putativo, sive ab initio, sive ex post facto. Et tales dicuntur filii naturales, quia secundum naturam sunt geniti et dicuntur legitimi, quia conjunctio parentum est approbata a lege"; A. BARBOSA, *o.c.*, tit. 17, *qui filii*, in *proemio*, n. 13; E. GONZALEZ TELLEZ, *o.c.*, c. *Conquestus*, 1, X, *qui filii*, IV, 17, n. 5.

87) GOFFREDUS DE TRANO, *Summa perutilis super libris Decretalium*, IV, *qui filii*; PETRUS ALAGONA, *Totius juris canonici compendium*, lib. IV, tit. 17, cap. 6, p. 594; ANDREAS VALLENSIS, *o.c.*, lib. IV, tit. 17, *qui filii*, n. 5; A. BARBOSA, *o.c.*, tit. 17, *qui filii*, in *proemio*, n. 12 : "Legitimi tantum sunt adoptivi, quia a sola lege, non a natura probati sunt..."

88) GOFFREDUS DE TRANO, *o.c.*, IV, *qui filii* : "Alii sunt naturales et non legitimi, ut nati ex concubinis indubitato affectu retentis". De même la glose sur c. *Tanta est*, 6, X, *qui filii sint legitimi*, IV, 17, v° *repellendus* : "Alii dicuntur naturales et non legitimi, ut nati ex concubinis in domo ...".

89) ROGERIUS, *Summa Codicis*, V, *de concubinis et naturalibus liberis*, 18, n. 2 et 3; AZO, *Summa id est locuples juris civilis thesaurus*, V, *de naturalibus liberis*, 27, n. 2 : "Alii naturales tantum, ut nati ex concubina

2. Une autre question est celle qui concerne la désignation des enfants issus des diverses unions. Depuis le treizième siècle les enfants sont d'ordinaire classifiés en quatre groupes. Les *legitimi et naturales* ⁽⁸⁶⁾, enfants nés d'un mariage légitime ou putatif, ainsi nommés parce qu'ils sont approuvés en même temps par la loi et par la nature. Les *adoptivi* ou *adrogati* ou les *legitimi tantum* ⁽⁸⁷⁾, parce qu'ils sont seulement approuvés par la loi. Les *naturales tantum* qui, au début, chez quelques décrétalistes ⁽⁸⁸⁾ et en tout temps chez les civilistes, désignaient les enfants nés d'une concubine *retenta in domo* ⁽⁸⁹⁾. Mais bien

conjuges : sicut aliter dicitur, ad ejus ingenuitatem sufficere semel tunc habuisse matrem ingenuam".

86) ABBAS PANORMITANUS, *o.c.*, c. *Tanta est*, 6, X, *qui filii*, IV, 17, n. 10 : "... dicuntur naturales, quia secundum naturam sunt geniti, et dicuntur legitimi, quia conjunctio parentum est approbata a lege ..."; ALEXANDER DE NEVO, *In quinque Decretalium libros commentaria*, c. *Tanta est*, 6, X, *qui filii*, IV, 17, n. 15 : "... dicuntur naturales et legitimi, ut nati ex legitimo matrimonio vero vel putativo, sive ab initio, sive ex post facto. Et tales dicuntur filii naturales, quia secundum naturam sunt geniti et dicuntur legitimi, quia conjunctio parentum est approbata a lege"; A. BARBOSA, *o.c.*, tit. 17, *qui filii*, in *proemio*, n. 13; E. GONZALEZ TELLEZ, *o.c.*, c. *Conquestus*, 1, X, *qui filii*, IV, 17, n. 5.

87) GOFFREDUS DE TRANO, *Summa perutilis super libris Decretalium*, IV, *qui filii*; PETRUS ALAGONA, *Totius juris canonici compendium*, lib. IV, tit. 17, cap. 6, p. 594; ANDREAS VALLENSIS, *o.c.*, lib. IV, tit. 17, *qui filii*, n. 5; A. BARBOSA, *o.c.*, tit. 17, *qui filii*, in *proemio*, n. 12 : "*Legitimi tantum sunt adoptivi, quia a sola lege, non a natura probati sunt...*".

88) GOFFREDUS DE TRANO, *o.c.*, IV, *qui filii* : "*Alii sunt naturales et non legitimi, ut nati ex concubinis indubitato affectu retentis*". De même la glose sur c. *Tanta est*, 6, X, *qui filii sint legitimi*, IV, 17, v° *repellendus* : "*Alii dicuntur naturales et non legitimi, ut nati ex concubinis in domo ...*".

89) ROGERIUS, *Summa Codicis*, V, *de concubinis et naturalibus liberis*, 18, n. 2 et 3; AZO, *Summa id est locuples juris civilis thesaurus*, V, *de naturalibus liberis*, 27, n. 2 : "*Alii naturales tantum, ut nati ex concubina*

vite, — à partir de JEAN D'ANDRÉ et ANTOINE DE BUTRIO une théorie définitive s'élabore ⁽⁹⁰⁾ — pour tous les décrétalistes les *naturales tantum* sont les enfants nés *ex soluto et soluta quacumque*, qui pouvaient se marier au moment de la conception ou de la naissance ⁽⁹¹⁾. Au sens large pourtant, tous les enfants, qu'ils soient nés d'un mariage légitime ou d'une concubine, ou encore d'une union condamnée, à l'exception des enfants adoptifs, sont des enfants naturels ⁽⁹²⁾.

unica, et in domo et indubitato affectu conjuncta"; ALBERICUS DE ROSATE, *Lectura subtilis et ardua super prima parte Codicis*, rubr. *De naturalibus liberis*, c. *Super rubrica*; BARTOLOMEUS A SALICETO, *Opera omnia*, in I. NUPER, 11, C., *de naturalibus liberis*, V, 27, n. 1; J. MYNSINGERUS A FRUNDECK, *Apotelesma sive corpus perfectum scholiorum ad quattuor libros institutionum juris civilis*, lib. III, tit. 1, *de haereditatibus*, § *quibus*, n. 1 : "Illos naturales tantum dicimus, quos Graeci φυσικοῦς vocant, hoc est, qui ex concubina domi retenta, et quam habere licuit, sunt nati"; A. PEREZIUS, *Praelectiones in duodecim libros Codicis Justiniani*, lib. V, tit. 27, *de naturalibus liberis*, n. 1.

90) Également E. GONZALEZ TELLEZ, *o.c.*, c. *Conquestus*, 1, X, *qui filii*, IV, 17, n. 6 : "Et obtinuit sententia doctorum melioris notae asserentium eos naturales dici, qui ex soluto et soluta sunt geniti ...".

91) HOSTIENSIS emploie, dans la classification des enfants illégitimes, les termes des Romanistes, mais ne crée pas un groupe spécial pour les enfants nés d'une simple fornication. (Cfr HOSTIENSIS, *o.c.*, IV, *qui filii*, § *quot sunt genera filiorum* : "Alii naturales tantum ut nati ex concubina indubitato affectu habita. Alii neque naturales, neque legitimi, respectu patris ut spurii, scilicet nati ex incestuoso vel per legem humanam damnato coitu".

92) ALEXANDER DE NEVO, *o.c.*, c. *Tanta est*, 6, X, *qui filii*, IV, 17, n. 18 : "Largo tamen sumpto vocabulo omnes dicuntur naturales, qui sunt nati natura cooperante, sive ex legitimo matrimonio, sive ex concubina, sive ex damnato coitu, unde hoc modo omnes dicuntur naturales praeier filios adoptivos".

Enfin, par opposition aux *naturales* (93), les *spurii* ou enfants nés d'une femme qui ne pouvait se marier, ni au moment de la conception, ni à celui de la naissance, ni pendant la période intermédiaire, parce qu'il y avait des empêchements dirimants tels que l'âge, un enlèvement, un délit; parce qu'un des deux parents ou tous les deux étaient mariés (*adulterini*) (94), parce qu'un des deux parents ou tous les deux étaient liés par des vœux solennels (*sacrilegi*), ou bien parce qu'ils se trouvaient dans un degré d'affinité ou de consanguinité prohibé (*incestuosi*). Ce sont donc tous les enfants nés d'unions condamnées (95), auxquels se joignent tous ceux dont l'origine est incertaine ou les enfants issus d'une union passagère. Les *spurii* sont aussi appelés *vulgo quaesiti* ou *concepti* (96), *quasi de spuma rivalium sive corri-*

93) Le PANORMITAN dit qu'au sens large tous les enfants qui ne sont pas des enfants légitimes sont des enfants naturels. Cfr ABBAS PANORMITANUS, *o.c.*, c. *Tanta est*, 6, X, *qui filii*, IV, 17, n. 12. Mais parce qu'une partie de ces enfants sont nés d'un "coitus" illicite, défendu en outre par la loi civile, on a distingué entre "naturales" et "spurii". Parfois on distingue encore dans les "naturales" au sens propre entre ceux qui sont nés "ex concubina retenta in domo", alors appelés les "proprie naturales", et ceux qui sont nés "ex soluto et soluta quacumque", les "naturales (simpliciter)". Cfr ID., *o.c.*, c. *Innotuit*, 20, X, *de electione*, I, 6, n. 18. — Selon F. SUAREZ, *o.c.*, d. L, *de irregularitate*, s. 2, n. 1, les premiers semblent être appelés "simpliciter naturales", les autres "nothi".

94) Les enfants adultérins sont aussi nommés "nothi". Cfr HOSTIENSIS, *o.c.*, I, *de filiis presbyterorum*, n. 3.

95) Cfr F. SUAREZ, *o.c.*, d. L, *de irregularitate*, s. 2, n. 2.

96) GREGORIUS-PETRUS THOLOSANUS, *Juris canonici seu pontificii partitiones*, lib. II, tit. III, cap. 1, n. 4 : "Spurii et vulgo concepti dicti sunt, nati ex meretrice publica, qui patrem certum demonstrare non possunt, vel si possunt, tamen non honeste"; H. ZOESIUS, *Commentarius in Codicem justinianeum*, lib. V, tit. 27, *de naturalibus liberis, proem.*

valium nati (97). HOSTIENSIS les nomme *nec naturales, nec legitimi* (98).

Il est très important de connaître cette classification pour envisager la possibilité d'une légitimation (99), car un petit nombre seulement, une catégorie spéciale des enfants illégitimes, peut être légitimée. Après la légitimation ils sont nommés *legitimati*, ou mieux *naturales ab initio sed post facto naturales et legitimi* (100). Alors ils sont mis sur le même pied que les enfants naturels et légitimes (101).

3. L'Église, comme le droit romain, reconnaît le droit naturel et défend ainsi le principe de l'égalité naturelle de tous les hommes. Elle n'a cependant jamais exigé l'égalité juridique, car seul le mariage engendra des enfants légitimes. Ainsi elle établit

97) HOSTIENSIS, *o.c.*, IV, *qui filii*, n. 2.

98) ID., *o. et l.c.* : "*Alii, neque naturales, neque legitimi, respectu patris, ut spurii scilicet nati ex incestuoso, vel per legem etiam humanam damnato coitu*".

99) BERNARDUS PAPIENSIS, *Summa Decretalium*, IV, 18, n. 2; HOSTIENSIS, *o.c.*, IV, *qui filii*, n. 1 et 2; JOANNES ANDREAE, *o.c.*, c. *Tanta est*, 6, X, *qui filii*, IV, 17, n. 6; ANTONIUS A BUTRIO, *o.c.*, in hoc capitulo, n. 8-12; PETRUS DE ANCHARANO, *o.c.*, in hoc capitulo, n. 14; ABBAS PANORMITANUS, *o.c.*, in hoc capitulo, n. 10 et 12; ALEXANDER DE NEVO, *o.c.*, in hoc capitulo, n. 15; PETRUS ALAGONA, *o.c.*, t. I, lib. IV, tit. 17, cap. 6, p. 594. — Aussi Clément III (1187-1191) accentue cette distinction lorsqu'il traite d'un cas spécial de légitimation (c. *Nisi cum*, 10, X, *de renuntiatione*, I, 9).

100) HOSTIENSIS, *o.c.*, IV, *qui filii*, n. 2.

101) JOANNES ANDREAE, *o.c.*, c. *Tanta est*, 6, X, *qui filii*, IV, 17, n. 9 : "*Alii ab initio naturales, sed post facto legitimi, et tales cum suis naturalibus et legitimis, omnimodo concurrunt*".

d'une manière logique que d'une part seuls les parents sont coupables de leur faute et non les enfants, c'est-à-dire que les enfants ne doivent jamais être considérés comme responsables de leur situation, même s'ils sont issus d'une union illégale (102), mais que d'autre part, ils doivent subir les conséquences juridiques de leur illégitimité. Cependant, lorsque les parents peuvent remédier à leur situation illégale par un mariage subséquent, les enfants, parce qu'ils ne sont pas coupables, ne doivent plus pâtir des délits antérieurs de leurs parents (103), à moins que ceux-ci aient péché contre le mariage, comme dans le cas de l'adultère et dans certains degrés d'inceste. Alors on ne doit "*nec ipsorum proli per matrimonium subveniri*" (104).

Quant au droit à la subsistance, qui leur était refusé même par Justinien et par les civilistes postérieurs, les canonistes disent que ces enfants doivent au moins être nourris par leur père et recevoir le nécessaire, puisqu'il s'agit d'une exigence de la nature. Ils ajoutent que cette opinion est opposée au droit civil qui ne prescrit pas l'obligation de les nourrir (105).

102) *Decretum Gratiani*, c. 5, d. LVI : "*Nasci de adulterio, non est ejus culpa qui nascitur, sed illius, qui generat*", cfr HOSTIENSIS, *o.c.*, I, *de filiis presbyterorum*, n. 3.

103) *Decretum Gratiani*, c. 3, d. LVI.

104) JOANNES ANDREAE, *o.c.*, c. *Tanta est*, 6, X, *qui filii*, IV, 17, n. 5.

105) ALEXANDER DE NEVO, *o.c.*, c. *Tanta est*, 6, X, *qui filii*, IV, 17, n. 21; H. ZOESIUS, *Commentarius... ad decretales epistolas*, lib. IV, tit. VII, *de eo qui duxit in matrimonium*, n. 5 : "*Mandat autem Pont. hic, ut liberis ex adulterio susceptis alimenta secundum facultates a parentibus ministrantur, secutus jus naturae, ne qui nihil deliquerunt iam poenam subeant, quoad a parentibus ali nequeant, ut secundum rigorem statuerat jus civile*". Cfr aussi ID., *o.c.*, lib. IV, tit. 17, n. 3 : "*Alioquin jus pontificium, in hoc jus civile*".

Ainsi PIERRE DE BELLEPERCHE (†1308) s'en tient encore exactement à l'opinion du droit romain: l'enfant adultérin ne doit pas être nourri ⁽¹⁰⁶⁾. Les civilistes ultérieurs (qui sont en même temps canonistes, comme Ph. DECIUS et H. ZOESIUS) allèguent qu'aujourd'hui (aussi bien en 1500 qu'en 1650) le droit civil adopte la prescription du droit canonique parce qu'il la trouve plus équitable : le droit naturel l'exige ⁽¹⁰⁷⁾.

Dans le droit byzantin postérieur il n'est plus question de dénominations diverses des enfants. La raison en est la prohibition expresse du concubinage. Il n'existe donc plus d'enfants naturels, νόθοι παῖδες ou φυσικοί au sens strict du mot. En

tamquam nimis durum corrigens jubet etiam ex damnato coitu natos ali a patre ac necessaria subministrari, quia juris est naturalis; ut pater filium alar".

106) PETRUS DE BELLAPERTICA, *Lectura insignis super prima parte Codicis*, lib. V, rubr. *De alendis liberis, lex Si competenti* : "Ubi filii nati ex illegitimo matrimonio alendi sunt. Dico si sint nati ex concubina indubitata ex tali cui licet habere concubinam isti sunt alendi, sed spurius adulterinus non habet patrem : unde isti non sunt alendi".

107) PHILIPPUS DECIUS, *In Decretales commentarius, c. Ecclesia S. Mariae, de const. n. 112, p. 40* : "de aequitate canonica filiis spuris alimenta debentur et talis aequitas attenditur etiam in foro saeculari"; H. ZOESIUS, *Commentarius in Codicem justinianum*, lib. V, tit. 27, *de naturalibus liberis, annotationes*, p. 302 : "Secundum jus civile, spurio et nato ex damnato coitu, alimenta recte denegantur a patre. Quod tamen jus canonicum aliter sentit et patri onus alimentandi spurium imponit. Quae juris canonici dispositio hodie propter magnam ejus aequitatem servatur in utroque foro"; JOANNES BRUNNEMANUS, *Commentarius in Codicem justinianum*, lib. V, tit. 27, *de naturalibus liberis*, in l. *humanitatis*, 8, n. 6-8 : "Excipiuntur autem liberi ex damnato coitu prognati v.g. adulterio vel incestu, quibus nec alimenta a parentibus debentur jure civili. Sed quia onus alendi liberos est juris naturalis et hoc sequitur canonicum jus, merito hodie in hoc puncto sequimur jus canonicum".

effet, le droit byzantin a commencé à adopter le point de vue de l'Église. D'après l'Éclogue des iconoclastes Léon et Constantin (de l'an 740), dans lequel cependant le mot *παλλακή* se trouve encore une fois, tout concubinat était sans distinction considéré comme union illégitime. Dans le même ordre d'idées, l'empereur Basile le Macédonien (*Prochiron*, I, 26) décida que personne ne pourrait entretenir une concubine chez soi, mais qu'il devrait ou l'épouser ou la renvoyer, et, de même, son fils Léon interdit formellement tout concubinat, disant expressément qu'entre être marié et ne pas l'être il n'y a pas d'union légitime.