Zeitschrift: Annales fribourgeoises
Herausgeber: Société d'histoire du canton de Fribourg
Band: 43 (1958)

Artikel: La capacité de disposer dans le droit fribourgeoise du XIIIe siècle
Autor: Partsch, Gottfried
DOI: https://doi.org/10.5169/seals-818264

Nutzungsbedingungen
Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation
L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use
The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 02.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

LA CAPACITÉ DE DISPOSER DANS LE DROIT FRIBOURGEOIS DU XIIIe SIÈCLE

par Gottfried Partsch

L'histoire de la capacité de disposer dans l'ancien droit est très instructive à plus d'un égard, car elle touche de près à l'organisation familiale, à sa structure, ainsi qu'aux rapports matrimoniaux et enfin aux rapports patrimoniaux entre parent et enfant. La question est particulièrement intéressante dans l'ancien droit fribourgeois. Nous n'avons pas la prétention de la résoudre ici définitivement, car un pareil projet nécessiterait des dépouillements très complets des fonds anciens de Fribourg. En revanche, nous nous proposons de préciser les problèmes qui se posent en comparant la capacité de disposer à Fribourg avec celle existant au XIIIe siècle dans les pays environnants. Nous tâcherons, en particulier, de mettre en relief les divergences qui existent, au XIIIe siècle, entre les conceptions juridiques des villes fondées par les ducs de Zæhringen et celles des pays romands. Nous nous rendons compte que ces quelques pages n'ont qu'un caractère provisoire; nous espérons les approfondir par des travaux ultérieurs, mais nous croyons néanmoins qu'elles pourront contribuer à mieux comprendre la situation particulière de l'ancien droit fribourgeois.

Au lieu d'analyser tout d'abord la capacité de disposer dans l'ancien droit fribourgeois et de la comparer ensuite aux systèmes pratiqués dans les pays voisins, nous préférons passer rapidement en revue trois systèmes de la capacité de disposer: le système zæhringois, le système de trois pays romands (Valais, Vaud et Genève) et le système coutumier français. A notre avis, en effet, les systèmes zæhringois et romand contiennent des éléments

constitutifs du système fribourgeois qu'il importe de connaître avant d'examiner la situation dans l'ancien droit fribourgeois, tandis que le système du droit coutumier français est susceptible de mieux faire ressortir les critères divergents entre système français et système fribourgeois. Ainsi, nous espérons, grâce à la méthode comparative, pouvoir mieux faire ressortir quelques traits caractéristiques de l'ancienne famille fribourgeoise.

I. LA CAPACITÉ DE DISPOSER DANS LE SYSTÈME ZÆHRINGOIS

M. Müller-Büchi a fort bien défini le leitmotiv de l'histoire du droit fribourgeois en insistant sur le rapport existant entre le droit zæhringois et ce qu'il appelle le droit savoyard, c'est-à-dire entre les droits alaman et burgonde-vaudois[1]. La connaissance du système juridique des chartes de franchises octroyées par les ducs de Zæhringen est par conséquent indispensable pour comprendre l'histoire du droit fribourgeois. Or, la capacité de disposer est richement représentée dans les diverses franchises zæhringoises.

Plusieurs générations d'historiens du droit se sont occupées des textes des franchises accordées par les ducs de Zæhringen[2] et se sont efforcées de reconstruire la charte de fondation de Fribourg-en-Brisgau de 1120, accordée par Conrad de Zæhringen. Ainsi, on admet généralement aujourd'hui que la copie de 1341, contenue dans un censier de l'abbaye de Tennenbach, est composée de deux

---

[1] E. F. J. MÜLLER-BÜCHI, *Die Handfeste von Freiburg i. Ue.* dans Fribourg 1157-1481, ouvrage édité par la Société d'Histoire et le Geschichtsforschender Verein, Fribourg 1957 p. 135.

[2] Cf. les ouvrages cités dans l'article de MÜLLER-BÜCHI p. 137 et le compte-rendu de S. RIETSCHEL sur l'ouvrage de FRANZ BEYERLE, *Untersuchungen zur Geschichte des älteren Stadtrechts von Freiburg in Br. und Villingen*, in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abt. 1911 p. 561-571.

F. E. WELTI, *Beiträge zur Geschichte des älteren Stadtrechtes von Freiburg im Uechtland*, in Abhandlungen zum schweizerischen Recht, 25. Heft, Bern 1908 ; F. E. WELTI, *Der Stadtrodel von Murten* in Freiburger Geschichtsblätter, XVIII. Jahrg., Fribourg 1911, p. 115-151.

parties (les articles 1-15 = Tennenbach I) et des articles 16-55 (Tennenbach II). Les articles 1-15 formeraient les plus anciennes franchises de 1120, tandis que les articles 16-55 seraient dus à une rédaction ultérieure datant d'avant 1218. Les articles 1-15 (Tennenbach I) auraient été, par la suite, incorporés dans la première *Handfeste* de Fribourg (en Suisse) de 1157 que nous ne possédons plus, mais qui a dû servir de modèle aux franchises de Flumet en Faucigny, fondée en 1228 par Aimon, seigneur de Faucigny. Les articles 1-15 des franchises de Fribourg-en-Brisgau auraient été ensuite adoptés en 1178 par la *Handfeste* de Diessenhofen [1].

Quant aux articles 16-55 (Tennenbach II), datant d'environ 1218, nous les retrouvons dans la confirmation de la *Handfeste* de Bremgarten de 1258 [2]. Or, l'historique des textes de la *Handfeste* de Fribourg-en-Brisgau et de Flumet forme la base pour l'examen du plus ancien droit fribourgeois. Il y a lieu de remarquer que ni les textes de Diessenhofen ni ceux de Flumet, considérés comme les plus anciens dérivés directs et indirects, ne mentionnent les articles de droit privé contenus dans Tennenbach II. Par conséquent, les articles concernant la capacité de disposer que nous trouvons dans le texte de Tennenbach II ainsi qu'à Bremgarten, ne dateraient que de l'époque de 1218 environ et n'auraient été transmis à Bremgarten, Berne et Fribourg qu'après cette date.

Or, le droit de famille de la charte de Fribourg-en-Brisgau est caractérisé par ce que les historiens du droit allemand appellent le *Verfangenschaftsrecht:* du vivant de son épouse, le mari est libre de disposer, — à condition d'être sain de corps et capable de monter à cheval, — de tous ses biens, sans demander le consentement de son épouse et de ses enfants. Après décès de l'épouse, le *Verfangenschaftsrecht*, c'est-à-dire le droit des enfants d'empêcher par leur opposition les libres dispositions du père en opérant ainsi un blocage, la *Verfangenschaft*, renaît, et les dispositions

---

[1] WELTI, *Beiträge* p. 116 ss; FRANZ BEYERLE, *Untersuchungen zur Geschichte des älteren Stadtrechts von Freiburg i. Br. und Villingen a. Schw.*, in Deutschrechtliche Beiträge, vol. V 1, Heidelberg 1910 p. 16 ss.

[2] *Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen XVI* (Aargau), I Stadtrechte, 4. Bremgarten und Lenzburg.

du père sont soumises au consentement de ses enfants. Ce *Verfangenschaftsrecht* qui paraît avoir été développé, au cours du XIIe siècle, dans des villes franques comme Cologne et Francfort-sur-le-Main [1] dépend étroitement du régime matrimonial. Tandis qu'aux temps des lois barbares, les biens paternels et maternels restaient pendant et après le mariage nettement séparés, au cours du XIIe siècle au contraire le droit municipal allemand des villes comme Cologne et Francfort parvient à fusionner les deux masses de biens après le décès d'un conjoint.

Si nous examinons de plus près cette curieuse étape de droit caractérisée d'une part par la libre disposition du père de famille, du vivant de son épouse, et d'autre part par la *Verfangenschaft* après le décès du conjoint, nous constatons que ce droit ne peut avoir été appliqué que dans des villes où les biens immobiliers étaient moins importants qu'à la campagne et où l'épouse n'apportait pas, lors de la conclusion du mariage, de complexes notables de biens mobiliers ou immobiliers. Comment accepter, en effet, la libre disposition du mari pendant le mariage, sinon en calquant ce droit sur la vie commerciale du marchand des villes comme Cologne ? Et encore faut-il se demander si, contrairement à ce que nous savons par le travail de M. Werner sur la *laudatio parentum* à Cologne au XIIe siècle [2], le *Verfangenschaftsrecht* s'est vraiment développé à Cologne et à Francfort.

Toujours est-il que le droit municipal de Fribourg-en-Brisgau devient, dans nos régions, le propagateur de ce *Verfangenschaftsrecht*. C'est ce que nous observons dès la première moitié du XIIIe siècle dans la *Handfeste* de Bremgarten, dont la confirmation date de 1258 [3] environ. Et ici, le texte de Bremgarten reprend textuelle-

---

[1] EDWIN MAYER-HOMBURG, *Zur Entstehung des fränkischen Verfangenschaftsrechtes*, in Westdeutsche Zeitschrift für Geschichte und Kunst vol. XXX, I-II, Trèves 1912 p. 2 ss, et A. DEWIES, *Lichtstrahlen in das finster umwölkte Verfangenschaftsrecht*, Cologne 1833 p. 34, et du même auteur, *Das Recht der Verfangenschaft*, Cologne 1829 p. 18 ss et 47.

[1] OTTO WERNER, *Ehemaliges Kölner Erbenwartrecht (insbesondere nach 1100)*, thèse de droit, Cologne 1926, dans Jahrbuch des Kölnischen Geschichtsvereins 18 1936 p. 238-258.

[3] Voir page suivante.

3 A *Handfeste Bremgarten um 1258*	B *Freiburg i. Br. Tennenbach II 1208-1225*	C *Freiburg i. Br. Stadtrodel 1220-1248*	D *Handfeste Bern 1218*
7. Burgensi licet vendere vel dare, uxore sua vivente quicquid possidet; mortua autem uxore, si filios vel filias habet, non licet nisi de consensu eorum, ita dico si pervenerunt ad annos discretionis.	18. Burgensi licet dare vel vendere, uxore sua vivente quidquid possidet; mortua autem uxore, si filios vel filias habet, non licet, nisi de consensu eorum; ita dico, si pervenerint ad annos discretionis.	41. Burgensi licet vendere vel dare uxore sua vivente quicquid possidet.	42. Quamdiu autem pater et mater vixerint, quotquod filios habuerint, non possunt eis contradicere quicquid facere voluerint de omnibus rebus suis,
Si vero legittima causa pro eo interpellaverit, licet ei vendere.	Si vero legitima causa pro eo interpellaverit, et hoc juramento cum propria manu probaverit, licet ei vendere.	27. Burgensis quilibet uxore sua vivente de omni possessione sua quod vult disponit.	43. Preterea, quamdiu pater vixerit et sanus fuerit et incolumis, omnia bona que habet in allodiis, feodis et aliis rebus, potest dare, vendere et expendere quomodocumque et cuicumque voluerit, etiam pueris invitis et uxore nolente. Sed mulieri hoc facere non potest. Cum autem lectim egritudinis inciderit, nichil potest dare pro anima sua vel parentibus, et nulli omnino de omnibus bonis suis sine voluntate uxoris, nisi tantum V solidos.
Item si contrahit cum alia uxore, postea nullomodo licet.	Item si contrahit cum alia uxore, nullo modo licet.	28. Si alter eorum moritur, de proprio et hereditate sua nichil facere potest, nisi famis eum necessitas urgere ceperit, et illam necessitatem iuramento probabit. Si autem aliquis heredum necessaria sibi ministrare voluerit de rebus suis non habebit disponendi potestatem.	

A art. 45; B art. 43

Maritus uxore vivente pro voluntate sua de possessione sua disponit. Si alter eorum moritur, nisi famis necessitas eum urgere ceperit, et illam necessitatem iuramento probaverit, de proprio et hereditate sua nil facere potest.

Si vero aliquis heredum sibi necessaria ministrare voluerit, non habebit disponendi potestatem.

Si vero alter eorum sponsare voluerit, neuter eorum de proprio et hereditate nichil facere potest.

Quotquot uxores quilibet burgensis acceperit, liberi bona cujuslibet matris possidebunt.

Si burgensem aut uxorem ejus mori contingerit, relictis pueris, postmodum uno puero mortuo, alter in hereditatem succedit, nisi prius divisa fuerint bona; tunc pater aut mater hereditatem possidebit.

Filius sub patre aut matre degens nichil de rebus suis per ludum vel aliquo modo alienare poterit. Si autem fecerit, patri reddendum est de iure seu matri; et si quis mutuum sibi dederit, de iure nunquam persolvet.

Nullus infra XII. annum constitutus testimonium ferre, nec aliis prodesse poterit, vel obesse nec etiam potest infringere ius civitatis

Art. 32

Puer sub patris vel matris constitutus imperio, quamdiu sui iuris non est, nichil de rebus suis per ludum vel aliquo potest modo expendere. Si autem fecerit, patri vel matri reddendum est de iure, et si quis mutuum sibi dederit, de iure sibi numquam persolvetur.

49. Quamdiu filius est sub patris potestate et sine uxore, nec a patre rebus vel matrimonio fuerit iuste et legittime separatus, quicquid promiserit aut expenderit vel ei commissum fuerit sine patris conscientia et voluntate, nec pater nec filius tenentur hoc solvere, vel alicui super hoc respondere.

A = (Sammlung Schweiz. Rechtsquellen XVI, I, 4).
B = Fontes Rerum Bernensium I, p. 372.
C = Fontes Rerum Bernensium I. p. 378 ss.
D = Sammlung Schweiz. Rechtsquellen II, I, 1.

ment le modèle de Fribourg-en-Brisgau, d'après lequel le texte Tennenbach II a été rédigé. La célèbre *Handfeste* de Berne, qui s'inspire également de la charte de Fribourg-en-Brisgau, adopte le système allemand de la libre disposition du père du vivant de son épouse ; en revanche, elle s'écarte remarquablement de la rédaction Tennenbach II-Bremgarten ou du Stadtrodel de Fribourg-en-Brisgau. Nous ne voulons pas ici poser à nouveau le problème de savoir si la *Handfeste* de Berne est un document authentique datant de 1218 ou n'est qu'une confirmation de la fin du XIIIe siècle ? [1] Il nous importe, en revanche, de situer les articles bernois de la *Handfeste* réglant la capacité de disposer. Or, la comparaison entre les textes Tennenbach II-Bremgarten et les articles 42 et 43 de la *Handfeste* de Berne nous semble, à certains égards, intéressante. Tandis que Bremgarten-Tennenbach II précise simplement que le bourgeois peut, du vivant de son épouse, vendre ou donner tout ce qu'il possède, la *Handfeste* de Berne souligne dans l'article 42 que, quel que soit leur nombre, les enfants ne pourront pas s'opposer à une disposition de leurs parents. Il en résulte que les deux parents peuvent disposer librement, sans consentement des enfants. En revanche, l'article 43 de la *Handfeste* n'accorde cette libre disposition qu'au père, même contre la volonté de son épouse et de son enfant. La teneur de cet article est plus que surprenante ; comment se fait-il, est-on tenté de se demander, que la *Handfeste* de Berne ne reprenne pas simplement la rédaction de Tennenbach II-Bremgarten ? Pourquoi se croit-elle obligée de souligner ce que la charte de Fribourg-en-Brisgau exprimait clairement sans commentaire ? Et pourquoi insister sur le fait que le père peut, du vivant de son épouse, librement disposer de tous ses biens, même contre le gré de sa femme et de ses enfants ? Fallait-il vraiment user d'une pareille paraphrase pour expliquer aux Bernois la figure juridique de la *Verfangenschaft*, empruntée à la charte de Fribourg-en-Brisgau ?

---

[1] HANS STRAHM, *Die Berner Handfeste*, Berne 1953 ; HERMANN RENNEFAHRT, *Um die Echtheit der Berner Handfeste*, dans Revue Suisse d'Histoire vol. 4 1954 p. 177-237, et *ibidem* p. 478 ss. ; HANS STRAHM, *Um die « Fälschung » der Berner Handfeste.*

Photo B. Rast

Planche VI. — IMP(erator) CAES(ar) VESP(asianvs) AVG(vstvs) P(ontifex) M(aximvs) CO(n)S(vl) IIII

Diam.: 19 mm. Date: 72/73 ap. J.-C.

A notre avis, on n'insistera jamais trop sur le caractère extrêmement évolué du droit de famille dans les villes des ducs de Zæhringen. La charte de Fribourg-en-Brisgau ne confère pas seulement des libertés étendues à l'égard du seigneur, elle entend également rompre les anciens liens familiaux, en particulier la *laudatio heredum* et la *laudatio uxoris*.

Ainsi, on accorde au père de famille une plénitude de puissance qu'il n'a pas possédée jusqu'à présent: libre disposition du vivant de son épouse. On rompt également les cadres du lignage: l'épouse devient héritière de son mari [1].

Mais, ici, se pose un problème qui mériterait d'être approfondi: le droit privé, tel que la charte de Fribourg-en-Brisgau (Tennenbach II-Bremgarten) le reproduit, correspond-il vraiment au droit appliqué à Fribourg-en-Brisgau? Ensuite, la libre disposition, le *Verfangenschaftsrecht* et le droit de succession du conjoint survivant, furent-ils vraiment adoptés à Bremgarten, Berne, Morat et dans les autres villes suisses qui introduisirent le droit des villes des ducs de Zæhringen? Car il ne s'agissait pas seulement d'accorder au père la libre disposition du vivant de son épouse. Pour réaliser ce progrès, il fallait modifier profondément et le régime matrimonial et les rapports patrimoniaux entre parents et enfants; ensuite, il fallait une véritable révolution sur le plan successoral pour accorder à l'épouse un droit de succession qu'elle n'avait, jusqu'à présent, jamais possédé. Troisième nouveauté du système zæhringois: les chartes influencées par Fribourg-en-Brisgau contiennent un article sur la capacité juridique du fils de famille dont les actes sont déclarés nuls et sans effet juridique, article que nous trouvons à Fribourg-en-Brisgau (Tennenbach II-Bremgarten [2]), dans le *Stadtrodel* [3], ensuite sous une forme romanisée, dans la *Handfeste* de Berne [4]. Ici, pour la première fois, on ne parle plus,

---

[1] Bremgarten art. 40; Tennenbach art. 42 (Tennenbach I art. 10); Stadtrodel art. 25: *Omnis mulier parificabitur viro et econverso, et vir mulieris erit heres et econverso.*

[2] Cf. supra note 3, p. 95, art. 48 (Bremgarten).

[3] Cf. supra note 3, p. 95, art. 32 (Fribourg-en-Brisgau, Stadtrodel).

[4] Cf. supra note 3, p. 95, art. XLIX (Handfeste de Berne).

comme à Fribourg-en-Brisgau [1] du fils vivant sous père et mère, mais bien de la *patria potestas*. Enfin, l'article sur la capacité juridique du fils de famille apparaît dans la charte de Morat, datant d'environ 1240 [2]. Cette charte nous laisse deviner pourquoi les chartes mentionnées avaient intérêt à insérer cet article. Le fils de famille, agissant sans consentement de père et mère, ne pourra pas obliger et engager la responsabilité du père. En outre, le fils ne peut pas exiger la part qui lui revient selon la coutume. A notre avis, cette influence du droit des villes du duc de Zæhringen doit également être recherchée dans l'article 71 longtemps méconnu de la coutume de Moudon de 1285: *pater non tenetur filio suo dare portionem nisi unum quarteronum de pane vel unum albulum baculum; pater non tenetur de facto filii si noluerit* [3]. Ainsi, l'article sur la capacité juridique du fils de famille n'est pas un simple développement théorique, mais il forme le complément nécessaire à la libre disposition du père de famille. Celle-ci est libre parce qu'elle n'est pas grevée d'un droit du fils à exiger le partage, comme dans l'ancienne coutume de Morat.

Le système zæhringois de la capacité de disposer mériterait d'être mieux étudié. Jusqu'à présent, ce que nous avons cru, bien à tort, devoir considérer comme traits généraux de ce système, a été souvent traité comme droit national d'une ville. Nous pensons en particulier à la démonstration d'Eugen Huber sur le régime matrimonial de la *Handfeste* de Berne [4]. Huber confondait

---

[1] Cf. supra note 3, p. 95, Fribourg-en-Brisgau, Tennenbach II art. 43.

[2] F. E. WELTI, *Der Stadtrodel von Murten*, dans Freiburger Geschichtsblätter XVIII 1911 p. 147: *Preterea si filius familias in potestate patris vel matris existens sine ipsorum consilio contraat vel delinquat vel mutuet vel aliud aliquid faciat unde pater dampnum possit incurrere, non tenetur pater filii actione nec potest filius patrem conpellere, ut ipsum exhimat vel contingentem sibi tradere porcionem, secundum consuetudinem observatam.*

[3] Mémoires et documents publ. par la société d'histoire de la Suisse romande tome XXVII p. 25. Cf. à ce sujet JEAN FLEURY, *Le quartier de pain et le bâton blanc de l'art. 71 de la Charte de Moudon*, dans Mélanges Charles Gilliard, Lausanne 1944 p. 167 ss., et J.-F. POUDRET, *La succession testamentaire dans le Pays de Vaud à l'époque savoyarde*, thèse de droit, Lausanne 1955 p. 147.

[4] EUGEN HUBER, *Die historische Grundlage des ehelichen Güterrechts der Berner Handfeste*, Bâle 1884.

le droit en vigueur aussi bien à Fribourg-en-Brisgau qu'à Moudon, avec le droit bernois. De nombreux problèmes resteraient à résoudre : 1° celui du rapport entre le droit zæhringois et le droit national, 2° celui du rapport entre le régime matrimonial et la capacité de disposer, 3° celui de la condition de la femme dans ce système. Il nous est impossible d'aborder ici ces questions, mais nous tenons à souligner l'importance d'une étude d'ensemble sur la pénétration du droit des ducs de Zæhringen dans nos droits nationaux.

II. LE SYSTÈME ROMAND DE LA CAPACITÉ DE DISPOSER

Si le système zæhringois frappe par son caractère évolué, le système de la Suisse romande, pourtant bien plus proche de l'Italie et de ses universités, surprend au contraire par ses tendances traditionalistes. Examinons, tout d'abord, le problème tel qu'il se pose dans le Valais.

1. Droit valaisan [1]

Jusqu'en 1260, toute disposition entre vifs ou à cause de mort est soumise à la *laudatio parentum* des membres de la communauté familiale réunie dans l'*hospicium*. Cette laudatio est nécessaire pour toute disposition, des propres, des acquêts et des meubles. Nous distinguons comme *laudatores* le conjoint et éventuellement ses parents, les descendants, les ascendants et, dans certains cas, les frères et sœurs du disposant.

En particulier, le droit des enfants à la laudatio est appelé dans les textes *frareschia*, allusion à la communion paritaire entre frères, communauté des frères vivant en commun, sans procéder au partage. L'idée de la communauté paritaire est le principe formateur de la famille valaisanne, et les *laudatores* sont les membres

---

[1] G. PARTSCH, *Das Mitwirkungsrecht der Familiengemeinschaft im älteren Walliser Recht (Laudatio parentum et hospicium)*, Genève 1955, et résumé français dans G. PARTSCH, *L'apparition du testament et la capacité de disposer dans le droit valaisan du XIIIe siècle*, dans Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands, 17e fasc. 1955 p. 29 ss.

de cette communauté. L'enfant a un droit effectif et non pas en expectative — droit qui se réfère à la communauté en mains communes. De plus, l'enfant a un *jus divisionis* [1]; il a le droit d'exiger le partage, par exemple lors de son mariage.

Or, vers 1260, ce système juridique évolue rapidement. Il y a simultanéité de ces phénomènes: introduction du testament noncopatif romain, apparition des clauses de renonciation ainsi que d'autres éléments romanisants. Le droit valaisan adopte d'un jour à l'autre le disponible du tiers de l'héritage, de tous les meubles et acquêts. Ce type de capacité de disposer, qui n'a pas d'antécédents en Suisse romande ou dans les pays environnants, semble avoir été emprunté aux coutumes françaises. Nous le constatons notamment dans les coutumes d'Anjou, de Touraine, du Lodunois, du Poitou, de l'Angoumois, de la Rochelle, de Verdun et de l'évêché de Metz, de Saint-Mihiel et de Ville de la Gorgne [2].

2. Droit vaudois [3]

La capacité de disposer possède en droit vaudois une structure analogue à celle de l'ancien droit valaisan, en vigueur jusqu'en 1260. Dans ce droit vaudois, lors de l'acte de disposition, le concours

---

[1] Fragment d'un registre de la chancellerie de Sion conservé au Württembergisches Staatsfilialarchiv (Abteilung Finanzarchiv, Schuldbuch p. 419 fo. 1-3):

1285 juin 4, Sion.

Not. etc. quod contracto matrimonio inter Willermum dictum de Plantata de Martignie et Jaquetam, filiam Ro. de Oulons domicelli, civis Sedunensis, idem Ro. dedit nomine dotis et pro dote Jaquete et Willermo predictis .C. solidos Maur. annuatim quamdiu idem Ro. vixerit, eo modo et tenore quod predicti Willermus et Jaqueta non possint aut debeant aliquid aliud petere a dicto Ro. in rebus suis hereditariis vel acquisitis vel rebus mobilibus, dum idem Ro. vixerit, causa augmentande dotis seu jure divisionis, secundum terre consuetudinem vel alio jure speciali vel communi. Post decessum vero dicti Ro. dicta Jaqueta habeat et percipiat in hereditate dicti Ro. secundum consuetudinem civitatis Sedunensis partem suam...

[2] G. PARTSCH, *L'apparition du testament et la capacité de disposer dans le droit valaisan du XIIIe siècle*, p. 36.

[3] Pour le droit vaudois cf. J.-F. POUDRET, *La succession testamentaire*, ch. IV et V.

des enfants, fils ou filles, des collatéraux vivant en indivision avec le disposant, de l'épouse, bru et mère peut être constaté. M. Poudret pense que seul le concours des membres de la communauté familiale, des indivis, était nécessaire pour disposer d'un immeuble ; au Pays de Vaud, la *laudatio parentum* semble avoir sanctionné les droits d'indivision des proches [1]. En ce qui concerne le droit de l'enfant, le droit coutumier vaudois a très nettement distingué deux éléments du patrimoine paternel, à savoir: le *partagium* des fils, et la part du père, à laquelle les enfants succèdent à cause de mort. Dans ce droit vaudois, nous constatons une continuité étonnante. Le partage par moitié entre le père d'une part et tous les enfants d'autre part, ne procure tout d'abord au père que l'usufruit de sa part; mais peu à peu, il en acquiert pleine propriété et peut en disposer librement. Même si M. Poudret ne précise pas à quel moment le mode de partage par moitié [2] procure au père pleine propriété et lui donne la faculté de disposer de sa moitié déjà avant de procéder au partage, la légitime coutumière vaudoise de la moitié sera une partie intégrante du droit civil vaudois jusqu'à l'entrée en vigueur du code civil suisse en 1912 [3]. Cette légitime vaudoise possède, en plus, deux caractères que nous avions trouvés en droit valaisan: elle ne porte pas seulement sur les immeubles, mais consiste en une quotité du patrimoine [4] et elle ne distingue pas entre propres et acquêts.

3. Droit genevois [5]

Les sources du droit genevois du XIIIe siècle ne nous permettent pas de brosser un tableau aussi détaillé. En revanche, deux chartes de la fin du XIIIe siècle nous donnent la possibilité de nous faire une idée approximative du droit genevois du XIIIe siècle en la matière. La communauté familiale, telle qu'elle fut

---

[1] Op. cit. p. 125.
[2] Op. cit. p. 144.
[3] Op. cit. p. 150.
[4] Op. cit. p. 149 s.
[5] Pour le droit genevois cf. G. PARTSCH, *Bestand im mittelalterlichen Genfer Recht letztwillige Verfügungsfreiheit oder Freiteilsrecht,* dans Zeitschrift für Schweizerisches Recht N.S. LXXI 1952 p. 469 ss.

pratiquée en Valais et au Pays de Vaud, semble avoir été aussi forte et vigoureuse à Genève: preuve en est que la coutume genevoise ne connaît pas encore en 1293 un disponible et que la capacité de disposer est limitée à une *elemosina competens*.

III. LE SYSTÈME DU DROIT COUTUMIER FRANÇAIS[1]

Le droit coutumier français du XIIIe siècle divise les biens en propres, meubles et acquêts et accorde au père de famille la faculté de disposer librement d'une quotité disponible, fixée au tiers, quart, quint ou dixième, ainsi que de tous meubles et acquêts. Le droit valaisan postérieur à 1260 fournit un exemple de ce système.

IV. LE SYSTÈME FRIBOURGEOIS[2]

1. Le droit de la Handfeste *de 1249*

Après avoir passé en revue les différents systèmes de la capacité de disposer pratiquées par les villes des ducs de Zæhringen, par le Valais, le pays de Vaud, Genève, et par la France coutumière, nous pourrons entreprendre l'examen du système fribourgeois tel que la *Handfeste* de 1249 nous le présente.

La *Handfeste* précise que tant que le mari peut marcher et monter à cheval, il peut disposer de tous ses meubles, il peut transférer les fiefs que ses enfants n'auraient pas pu recevoir à qui bon lui semble; en ce qui concerne ses alleux, il peut les engager pour ses affaires; en revanche il ne pourra les vendre sans le consentement de son épouse et de ses enfants[3]. L'article est fort intéressant,

---

[1] JEAN DE LAPLANCHE, *La réserve coutumière dans l'ancien droit français*, thèse de droit, Paris 1925.

[2] Cf. à ce sujet KARL HOLDER, *Studien zur Rechtsgeschichte des Kantons Freiburg*, 1. Band 1. Heft: Das kirchliche Vermögensrecht in seiner historischen Entwicklung und heutigen Geltung, Fribourg 1897 p. 10 ss.

[3] *Recueil diplomatique du Canton de Fribourg* (RD) I nº V: *Si duo simul matrimonialiter contraxerint, quamdiu vir ire et equitare potest, omnia mobilia sua, cuicunque voluerit, libere dare potest, et feoda sua, que liberi*

car il montre comment le système zæhringois et le système romand s'affrontent à Fribourg. Le début de l'article est sans doute emprunté à l'article 43 de la *Handfeste* de Berne [1] qui contient également la condition de santé physique et la classification des biens en alleux, fiefs et autres. En revanche, la seconde moitié de l'article fribourgeois rompt avec le système zæhringois et introduit un compromis assez curieux. Le mari peut librement disposer de tous les meubles et fiefs, il peut engager les alleux, mais ne peut pas les vendre. Cette limitation de la capacité de disposer à ce que nous pouvons considérer, compte tenu des perspectives du XIIIe siècle, comme les biens de moindre importance, est révélatrice. Car nous savons que les meubles ne formaient, en général, qu'une quantité négligeable dans le cadre du patrimoine et que tout argent liquide était immédiatement investi dans des biens immobiliers.

Quant à la structure de cette capacité de disposer, il est à remarquer que la *Handfeste* de Fribourg ne contient pas le double régime du *Verfangenschaftsrecht* (réglementation exclusive pour la durée de la vie des deux conjoints et celle qu'envisage le cas de survie d'un conjoint).

Il serait commode de soutenir que cet article prouve bien que le droit fribourgeois (contrairement à ce qui se passe à Berne-Bremgarten et dans les autres villes des ducs de Zæhringen) n'a pas adopté en bloc le droit étranger, mais qu'il l'a adapté à son ancien droit. Il nous semble que cette conclusion est trop tentante. A notre avis, il ne suffit pas de considérer, de prime abord, le droit de la *Handfeste* comme droit fribourgeois ; il faut, en plus, vérifier comment ces dispositions sont appliquées dans la pratique. Ici, il s'agirait de prouver, avec les documents à l'appui, que le mari disposait librement des meubles (preuve très difficile à établir, puisque nous n'avons pas de documents concernant des transactions mobilières), et ensuite que le mari engageait librement, sans consentement de son épouse ou de ses enfants, les alleux.

---

sui non receperint, alium libere infeodare potest, et allodia sua pro negotio suo libere obligare potest, vendere autem non potest, nisi de voluntate uxoris sue et liberorum suorum.

[1] Cf. supra note 3, p. 95.

Mais, à notre avis, nous ne pouvons porter un jugement sur l'article concernant la capacité de disposer dans la *Handfeste* de 1249 qu'à condition de le rapprocher des deux ordonnances faites en 1282 et 1285 par le conseil et la commune de Fribourg.

2. Le droit des ordonnances de 1282 et de 1285

En 1282, les conseils de la ville de Fribourg jugeaient en tribunal que dorénavant les dispositions faites par un malade alité seraient également valables [1]. L'intérêt de la charte ne réside pas essentiellement dans cette innovation qui abrogea l'ancienne interdiction de disposer de ses biens (résidu du système zæhringois qui ne se justifie que dans un système dans lequel on confère au père la libre disposition de tous les biens du vivant de la mère). Ce qui nous intéresse ici est la définition de la personne à laquelle la libre disposition est accordée. L'homme doit être *divisus et dispropriatus fraternaliter a fratribus et sororibus suis ac etiam forchessatus, existens sine liberis a legitima uxore sua procreatis*. La condition préalable pour la libre disposition de tous les biens est le partage. L'homme qui n'a pas partagé, qui n'a pas été détronqué de l'indivision fraternelle, ne peut pas disposer. C'est une nouvelle perspective qui s'accommode fort mal de l'article de la *Handfeste*. Ensuite, celui qui a des enfants ne peut pas disposer librement.

Ce jugement fut confirmé en 1285 et étendu par une ordonnance de la ville de Fribourg [2]. Cette ordonnance précise que toute per-

---

[1] RD I nº XXXV, aº 1282: *Nos consules de Friburgo notum facimus universis quod... decretum, judicatum et sentenciatum fuit per nos adstantes in judicio et sequtum unanimi consilio, quod omnis homo divisus et dispropriatus fraternaliter a fratribus et sororibus suis ac etiam forchessatus, existens sine liberis a legitima uxore sua procreatis, omnia bona sua, quecunque sint, in sanitate seu in lecto egritudinis constitutus, cui vult, libere conferre potest, contradictione aliqua non obstante...*

[2] RD I nº XXXIX, aº 1285: *Nos Willelmus de Endilisperg domicellus, advocatus de Friburgo in Hoystellanda, consules et communitas ejusdem loci notum facimus universis quod cum illustres domini Hartmanni comites de Kyburg senior et junior cartas de nostris juribus nobis contulerint continentes quod super nos ipsos instituere possimus que nobis viderentur cedere in commodum et honorem, nos considerata evidente utilitate animarum nostrarum statuimus inviolabiliter observandum quod omnis burgensis de Friburgo et*

sonne résidant à Fribourg, saine de corps ou malade, a droit à une part d'enfant — part dont elle peut disposer à toute heure. Ensuite, l'ordonnance reprend le jugement de 1282 et le précise: toute personne résidant en ville, n'ayant pas d'enfant et ayant été divisée de frères et sœurs et ayant la saisine de ses biens publiquement depuis l'an et jour, peut disposer librement de sa part et de tous ses biens (à condition que ces frères et sœurs habitent le diocèse de Lausanne).

Ces deux textes de 1282 et de 1285 placent la question de la capacité de disposer en droit fribourgeois sur un plan bien différent de celui de la *Handfeste* de 1249. Dans celle-ci, l'influence de Berne et du système zæhringois est indéniable; au contraire, les deux textes fribourgeois nous rappellent les principes du droit de famille que les chartes valaisannes et vaudoises n'ont cessé de prôner: pas de disposition sans *laudatio;* en revanche, liberté de disposition après partage. L'ordonnance de 1285 est à cet égard fort instructive. Pour elle, toute personne appartient à une communauté familiale, formée soit de frères et sœurs, soit de parents et d'enfants. Si quelqu'un veut disposer librement de ses biens, il doit remplir au moins quatre conditions. Il doit être sans enfants; il doit avoir partagé avec ses frères et sœurs; il doit avoir reçu et conservé pendant l'an et jour la saisine des biens détachés de la communauté; en plus, le délai d'an et jour ne lui procure la pleine saisine que si les parents habitent le diocèse de Lausanne, — ce qui signifie qu'ils étaient en mesure de faire valoir, pendant l'an et jour, leur droit sur les biens détenus par cette personne. Donc, il existe en droit fribourgeois une présomption de droit en

---

omnis residentiam faciens in eodem, sive sanus, sive in lecto egritudinis constitutus, de bonis suis mobilibus et immobilibus et specialiter in feodis et allodiis suam debet recipere portionem talem qualem unus de liberis suis recepit, quam erogare potest et dare cui sue placuerit voluntati, omni hora et tempore quando sibi viderit expedire, contradictione aliqua non obstante.

Item si aliquis burgensis fuerit vel alter residens in villa predicta non habens heredes a corpore suo procreatos, divisus a fratribus et sororibus, deducendo publice partem suam in suam pacificam vestituram per annum et diem, dictis fratribus et sororibus in Lausannensi diocesi existentibus, illam partem et omnia bona sua erogare potest et dare cui voluerit, sive sit sanus sive in lecto egritudinis constitutus, contradictione aliqua non obstante. ...

ce qui concerne l'existence de la communauté; chacun est présumé vivre en communauté et doit, cas échéant, prouver le contraire.

Tandis que le libellé de l'article de la *Handfeste* correspond, quant à son style et à son vocabulaire, à la teneur de la *Handfeste* de Berne, l'ordonnance et le jugement de la ville de Fribourg sont conformes au vocabulaire juridique des chartes romandes. Le passage sur l'*homo divisus et dispropriatus fraternaliter a fratribus... ac etiam forchessatus* du jugement de 1282 reprend des termes de la frarèche que nous avons retrouvés à maintes reprises en Valais [1].

Si nous comparons l'article de la *Handfeste* de 1249 avec le jugement de 1282 et l'ordonnance de 1283, nous constatons une différence de conception juridique, de structure et d'effet. La *Handfeste* de 1249, dans son article consacré à la capacité de disposer, part de l'idée de la libre disposition du père de famille, limitée uniquement par le consentement nécessaire pour la vente ou la donation d'alleux. Le jugement et l'ordonnance prennent comme base la solidarité familiale et la communauté dont on sort uniquement après avoir parcouru la procédure compliquée du partage et de la saisine pendant l'an et jour. De plus, il sied de rappeler qu'en droit fribourgeois le disponible du père n'égale que la part d'un enfant; le père donc sort de cette communauté en emportant une part égale à celle d'un frère de la frarèche ! N'est-il pas étrange de constater que la *Handfeste* de 1249 semble ignorer cette communauté familiale, — communauté que les chartes de 1282 et 1285 nous montrent d'une façon très nette ?

Si nous nous référons aux donations d'Hauterive antérieures à 1249, nous constatons l'existence du même droit qui est en vigueur dans le jugement de 1282 et l'ordonnance de 1285: la libre disposition est seulement possible avec la *laudatio* des membres de la communauté familiale [2]. En revanche, nous ne voyons jamais

---

[1] G. PARTSCH, *Das Mitwirkungsrecht der Familiengemeinschaft*, p. 51 ss.

[2] En premier lieu, il appartient à l'épouse et aux enfants de déclarer leur *laudatio*. Le seigneur d'Arconciel faisant en 1235 une donation pieuse avec *laudatio* de ses frères déclare expressément qu'il n'agit qu'avec le consentement de ses frères *antequam uxorem legitimam vel filios habuissem* (Fribourg, arch. d'Etat, Hauterive VI A 3). Ensuite, tous les enfants doivent

donner leur laudatio, ainsi un donateur déclare en 1158 agir avec la laudatio de son épouse et d'un seul fils *nam illo tempore alios liberos non habebant* (GREMAUD, *Livre des anciennes donations faites à l'abbaye de Hauterive*, dans Archives de la Société d'histoire du canton de Fribourg tome VI p. 60 nº 161).

Les enfants sont admis à la laudatio à 12 ans (en Valais à 14 ans, cf. PARTSCH, *Das Mitwirkungsrecht* p. 26 ss.). Ainsi, un donateur, dont le fils est mineur, déclare en 1225 *quod filius suus hoc idem cum esset ad etatem .XII^cim^. annorum laudaret, fidejussores hujus laudationis sunt Hugo miles de Cottens et Will. filius ejus...* (Fribourg, arch. d'Etat, Hauterive B 1).

Comme en Valais, nous constatons une grande variété de *laudatores:*

a) en premier lieu l'épouse et les enfants (fils et filles);
épouse, fils: 1235 arch. d'Etat, Hauterive D 3; GREMAUD, *Livre des donations* nº 67, 68, 74;
épouse, fils, fille et beau-fils: GREMAUD nº 85;
épouse, 3 fils, 1 fille: GREMAUD nº 8, 13;
fils et petit-fils: GREMAUD nº 115.

b) frère ou sœur: 1235, arch. d'Etat, Hauterive, VI A 3;
frère et belle-sœur: 1196, arch. d'Etat, Hauterive V A nº 2. En revanche, le frère, tout en étant témoin de l'acte, n'est pas toujours *laudator* (GREMAUD nº 19, de 1144).

c) mère: 1268, arch. d'Etat, Hauterive D 8;
mère, femme, enfants, veuve du frère et ses enfants: 1201, arch. d'Etat, Hauterive M 22;
mère,fils et belle-fille: GREMAUD nº 84.

d) gendre: 1258, arch. d'Etat, Hauterive D 4: GREMAUD nº 31.

La *laudatio* suivante montre fort bien son caractère de *laudatio* de membre d'une communauté familiale en dehors de tout lignage: le second mari déclare sa *laudatio* d'une donation accomplie par le premier mari prédécédé (GREMAUD nº 142, aº 1180: *Hugo Fontana recognovit a Meldun se laudasse omnia dona atque vadia que Raymundus de Villa deduit domui Alteripe. Recognovit adhuc ibidem uxorem suam que ante eum fuit uxor predicti Raymundi, filiosque duos et filias duas ipsius Ramundi omnia donasse atque laudasse que pater eorum dederat vel in vadio posuerat.*

Les donations d'Hauterive confirment ce que nous avons pu constater en Valais. Ainsi, on ne distingue pas clairement entre la disposition faite par père et fils et la disposition faite par le père avec laudatio du fils:

GREMAUD nº 39: *Boso de Pratellis dedit sancte Marie Alteripe medietatem nemoris sui de Chauanie... laudante uxore sua Floreta et filio ejus Conone.*

GREMAUD nº 40: *Boso de Pratellis et Floreta uxor ejus et Cono filius eorum dederunt ecclesie Alteripe in territorio de Pratellis...*

un père de famille disposer sans son épouse, sans ses enfants et sans ses indivis.

Nous pouvons donc esquisser les étapes de l'institution de la capacité de disposer en droit fribourgeois pendant le XIIIe siècle.

La capacité de disposer parcourt en droit fribourgeois trois étapes. Pendant la fin du XIIe et la première moitié du XIIIe siècle, toute disposition entre vifs ou pour cause de mort dépend d'un acte solidaire de la communauté familiale qui s'associe à l'acte juridique de son chef par la déclaration de *laudatio*. Les donations d'Hauterive sont les témoins de cette époque. Soudainement, sans que les chartes nous permettent de constater un allégement ou une évolution quelconque, la *Handfeste* de 1249 présente un système juridique diamétralement opposé, contenant la libre disposition pour les meubles et fiefs ainsi que la liberté d'engager les alleux. Si vraiment nous pouvions faire confiance à la *Handfeste*, nous devrions conclure que ce régime influencé par le droit zæhringois-bernois n'aurait duré que trente-trois ans pour céder, à nouveau, la place au système romand, — lequel comporte, en règle générale, la *laudatio* des communautaires ou le partage préalable.

V. CONCLUSIONS

A la fin de cet examen comparatif, voici les résultats qui nous paraissent mériter une attention accrue.

Nous avons mis en relief la différence entre deux types de famille. D'une part, la famille de Fribourg-en-Brisgau, caractérisée par le *Verfangenschaftsrecht*, par la forte position du père, la faible condition juridique du fils de famille, le droit de succession des époux et par la libre disposition du père du vivant de son épouse. Ce droit a fait fortune au-delà des frontières de Fribourg-en-Brisgau, tout au moins selon les sources du droit qui ont longtemps et exclusivement retenu l'attention de l'historien du droit. D'autre part, la famille romande, caractérisée par la solidarité familiale, vivant dans une communauté juridique. Dans cette communauté les membres (qu'il s'agisse de père et enfants ou de frères et sœurs)

possèdent des droits largement paritaires. Par conséquent, nous constatons que le père a une position faible ; il n'est qu'un communautaire de ses enfants. Le droit de Fribourg se trouve au centre des influences venant du nord et du sud. A en juger d'après la *Handfeste*, il appartiendrait plutôt au nord ; mais à en juger d'après les actes de la pratique, nous constatons que le droit de famille fribourgeois s'intègre aux droits de famille de la Suisse romande.

De plus, l'histoire de la capacité de disposer en droit fribourgeois nous permet d'affirmer que la *Handfeste* n'a pas pu — comme Welti l'avait proposé —, être rédigée à la fin du XIIIe siècle [1]. Car, comme nous venons de le voir, le jugement de 1282 ainsi que l'ordonnance de 1285 introduisent la libre disposition au lit de maladie — disposition strictement interdite par la *Handfeste*.

Si nous comparons l'évolution de la capacité de disposer dans les pays examinés, nous sommes frappés par la diversité des solutions que nous constatons à travers un territoire aussi exigu que la Suisse romande. Le droit du Pays de Vaud et du Valais offre des traits communs : régime de la *laudatio parentum*, mode de partage par moitié, communauté familiale entre parents et enfants et entre frères et sœurs. Mais, abstraction faite de ces traits, il y a beaucoup de différences : le Valais adopte en 1260 le système français du disponible du tiers des propres, de tous les meubles et acquêts, tandis que le Pays de Vaud greffera sa « légitime coutumière » sur le mode de partage par moitié, entre père et enfants. Quant à Genève, sa coutume n'a jamais connu de disponible ; elle a conservé le régime de communauté familiale. A Fribourg, c'est le partage par tête qui conservera dans son intégrité le système de la communauté familiale. Mais à côté de ces différences locales, nous constatons la pénétration de droits étrangers qui se frayent un chemin avec une facilité déconcertante et transforment le droit national. D'un côté, nous avons la grande vague de pénétration du droit zæhringois dont nous avons beaucoup parlé ici. Berne, Bremgarten, Fribourg, Thoune, Erlach, Aarberg, Villingen, Büren, Morat et même les coutumes vaudoises, — l'exemple de l'article 71 de la coutume de Moudon de 1285 comparée avec la charte de

---

[1] WELTI, *Beiträge* p. 114 ss.

Morat nous paraît probant —, subissent l'influence zæhringoise; le Valais, de son côté, s'ouvre au droit coutumier français. Et dès 1250, les premières infiltrations de droit romain s'ajoutent à cette riche moisson d'apports étrangers.

A notre avis, ces réceptions successives peuvent s'expliquer par le fait suivant: contrairement à ce que les historiens du droit ont enseigné dans le passé, à savoir la prétendue continuité entre les droits barbares du VIe siècle et nos droits du XIIe et du XIIIe siècle, nous croyons que les coutumes qui naissent vers le XIIe et XIIIe siècles marquent un renouveau de la vie juridique. Elles ne s'appuient pas sur les lois barbares, elles commencent à former leur cadre; encore peu développées, elles s'ouvrent avec facilité aux grands courants d'influence venant du nord, du sud et de l'ouest.