

# POUR UNE LECTURE SOCIALE DU DROIT. LA FRATERNISATION SUR LA TERRE ET LE DON EN VALACHIE AU XVII<sup>e</sup> SIÈCLE\*

OANA RIZESCU

## I. LA PROBLÉMATIQUE

Le sujet de la présente étude est la pratique roumaine de la fraternisation sur la terre, procédure par le biais de laquelle, à l'intérieur des communautés villageoises roumaines s'établissait une relation de consanguinité fictive entre un groupe familial et un individu venu d'en dehors. Les membres de la communauté se considéraient frères, descendants d'un même ancêtre et par l'« affrèrement », ils amenaient un étranger parmi eux, qui de cette manière obtenait les mêmes droits que les autres et restait héritier à la mort de celui qui l'avait introduit en communauté. D'origine gentilice, l'institution a subi l'influence du droit princier concernant la propriété de la terre du pays, sur laquelle le prince exerçait un *dominium eminens*. Les attestations documentaires datent dès la première moitié du XV<sup>e</sup> siècle et se poursuivent tout au long des deux siècles suivants en deux variantes principales : la fraternisation entre des parrains et celle en faveur des personnes étrangers. Ces deux formes de fraternisation diffèrent dans plusieurs aspects, mais l'un est emblématique. Il s'agit de cadeaux que les « frères » changent entre eux, plus précisément, l'un offre un morceau de terre, l'autre un cadeau – des chevaux, des tissus, des objets précieux, de l'argent ou de la monnaie.

Les fraternisations entre les parrains se réalisent pratiquement pour régler la succession dans une famille et pour éviter les cas de déshérence par la suite desquels, jusqu'au XVI<sup>e</sup> siècle, les terres revenaient au prince régnant du pays. Par cette pratique on contourne à la fois les coutumes communautaires concernant le droit de préemption sur la terre et les revendications princières qui découlent du droit de déshérence. L'introduction d'un étranger dans la famille exprime non seulement le besoin de rassurer l'héritage de la famille, mais, en même temps, un certain niveau

\* L'article reprend la communication *Contrat juridique et construction politique Le don changé à l'occasion de « l'affrèrissement » sur la terre en Valachie au XVII<sup>e</sup> siècle*, tenue au colloque international *Le Don entre unité d'objet et diversité d'approches*, à l'Université Hassan II-Mohammedia, FLSH Ben M'sik – Casablanca, au 5 mai 2006. La publication des actes du colloque est prévue pour l'an 2007.

de développement des échanges économiques à l'intérieur de la société, qui mettent en valeur le processus d'affaiblissement des normes qui réglementaient la maîtrise commune des terres dans les communautés villageoises, parmi les plus importantes étant la préemption des membres de la communauté à l'aliénation des biens. En outre, on peut se demander si ce processus résumé d'une manière, peut-être, trop matérialiste, n'a pas permis l'apparition progressive de l'individu, bien entendu, un individu qui maintient ses liens organiques avec le groupe social d'appartenance<sup>1</sup>.

L'évolution historique de l'« affrèrement » et intimement liée à la fois, au destin des communautés villageoises (leur degré de cohésion, les changements économiques, l'éteinte des familles) et, en même temps, à l'autorité publique capable d'imposer un droit princier à la société. Vue comme une structure immobile, la communauté aurait pu obligé ses membres à l'accomplissement exclusif des actions en découlant de leur statut dans la communauté, sans leur offrir la possibilité d'agir en tant qu'individus capables de poursuivre leur propre destin, différent de celui du groupe. L'« affrèrement » il me semble, altère cette situation. La pratique roumaine peut être mise en relation avec la distinction opérée par Ferdinand Tönnies<sup>2</sup> entre « communauté » et « société », reprise par Emil Durkheim<sup>3</sup>: elle offre un exemple d'adaptation institutionnelle qu'on peut voir comme un exemple historique de transition d'une forme d'organisation sociale vers une autre. Par le présent étude, on montre que l'évolution vers les relations contractuelles est générée par la dynamique de la société traditionnelle même, en dehors de l'intervention du prince régnant, qui néanmoins, confirme et soutien le processus. Ainsi, l'« affrèrement » roumain doit occuper une place dans l'histoire des relations contractuelles.

La pratique du don dans le cas de l'« affrèrement » est révélatrice pour la réaction de la communauté paysanne envers les provocations du changement social et pour les moyens adoptés par la société dans son ensemble au but d'assurer la cohérence de ses repères juridiques. La signification du don à l'« affrèrement » se relève sous deux angles différents : tout d'abord, il faut souligner le caractère obligatoire du don ; ensuite, il faut remarquer la liberté d'agir des participants à la fraternisation. Pour comprendre les fonctions symboliques du don, je tiens compte de l'interprétation classique de Marcel Mauss<sup>4</sup>, ainsi que des interprétations

<sup>1</sup> Aron J. GOUREVITCH, *La naissance de l'individu dans l'Europe médiévale*, Paris, Seuil, 1997, p. 20 : « Il est indispensable de considérer la prise de conscience de soi des individus dans le contexte des groupes sociaux auxquels ils appartenaient. *L'individu du Moyen Âge* n'est qu'une abstraction aux frontières bien trop floues. Seule une analyse qui prend sérieusement en compte la place d'un individu donne dans l'organisme social peut lui restituer son contenu réel. »

<sup>2</sup> *Communauté et société. Catégories fondamentales de la sociologie pure* (1<sup>re</sup> éd. fr. 1922), introd. et trad. de l'allemand par J. Leif, Paris, Les Presses Universitaires de France, coll. « Les classiques des sciences humaines », 1977.

<sup>3</sup> *Communauté et société selon Tönnies*, Idem, *Textes I. Eléments d'une théorie sociale*, Paris, Editions de Minuit, coll. « Le sens commun », 1975, p. 383–390.

<sup>4</sup> « Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques », *Année Sociologique*, Seconde série, 1923–1924, vol. I, Paris. Version numérique par Jean-Marie Tremblay dans « Les classiques

ultérieures qui ont à leur base l'« Essai sur le don », appartenant aux anthropologues et aux sociologues comme Maurice Godelier<sup>5</sup>, Jacques Godbout, Alain Caillé<sup>6</sup>. La signification politique fondatrice du don nous a été soulignée par les travaux de Marshall Sahlins<sup>7</sup> et Alain Caillé<sup>8</sup>.

Notre recherche utilise exclusivement les actes privés d'« affermentum » et les actes de la chancellerie princière qui confirment les nouvelles relations établies entre les frères et le nouveau statut de la terre. La méthode d'analyse découle d'une perspective procédurale du droit et met en valeur comment les acteurs sociaux mêmes se sont mis en rapport à la coutume ou envers les instances judiciaires. En étudiant les pratiques de l'« affermentum » au carrefour entre la coutume et la confirmation princière, on a l'occasion d'explorer le problème du fonctionnement réel du droit dans le monde roumain. La volonté du groupe modifie la coutume qui est néanmoins, reconnue comme source de droit<sup>9</sup>. Il est important de saisir dans quelles conditions et dans quelle mesure les acteurs sociaux sont prêts à orienter leurs actions en relation de droit et à solliciter le soutien des instances judiciaires ; respectivement, dans quelles situations préfèrent-ils les transposer en termes alternatifs ? C'est-à-dire, comment l'ordre politique essaye de définir la fonction du droit en termes de contrôle social ? L'angle abordé pour ce dernier ensemble de questions est celui pour lequel la politique est étudiée de la perspective de sa fonctionnalité relative<sup>10</sup>. Ainsi, le conflit n'est plus une menace pour la société, mais une manière de socialisation<sup>11</sup>.

## II. LES DONNÉES HISTORIQUES ET LES INTERPRÉTATIONS HISTORIOGRAPHIQUES

### LA COHÉRENCE ASSURÉE : LA FRATERNISATION RITUELLE

« Fraternisation », « affrèrissement » ou « affrèrement » s'appelle, de manière très générale, toute action des habitants de la Valachie<sup>12</sup>, deux individus ou

des sciences sociales », [http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques\\_des\\_sciences\\_sociales/index.html](http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/index.html), consultation du site au 5/11/2001.

<sup>5</sup> *Rationalité et irrationalité en économie*, Paris, Maspero, 1966; *L'Idéal et le Matériel*, Paris, Fayard, 1984.

<sup>6</sup> Jacques T. GODBOUT et Alain CAILLE, *L'esprit du don*, Montréal, Boréal, Paris, La Découverte, 1992.

<sup>7</sup> « Philosophie politique de l'Essai sur le don », *L'Homme*, vol. VIII, n° 4, 1968, p. 5–17.

<sup>8</sup> « Marcel Mauss et le paradigme du don », *Sociologie et Sociétés*, vol. XXXVI, n° 2, Automne 2004, p. 141–176.

<sup>9</sup> Voir Bruno OPPETIT, « Sur la coutume en droit privé », *Droits*, n° 3, 1986, p. 41.

<sup>10</sup> Niklas LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, trad. par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard, Sainte-Foy, Québec, Les Presses de l'Université Laval, Paris, Cerf, coll. « Passage », 2001.

<sup>11</sup> Georg SIMMEL, *Le conflit*, Paris, Circé, 1995.

<sup>12</sup> Province historique dans la partie méridionale de la Roumanie d'aujourd'hui.

deux groupes, de s'unir fraternellement, en convenant de s'associer pour une œuvre commune (le plus souvent, une aide réciproque)<sup>13</sup>. La langue roumaine utilise le verbe fraterniser « *a se înfrăți* » pour nommer cette action de l'affrèment. Il y a plusieurs modalités de la réaliser : la fraternisation de lait (*înfrățirea de lapte*)<sup>14</sup>, la fraternisation de l'âme (*frații sufletești*)<sup>15</sup>, la fraternisation de la croix (*frăția de cruce*)<sup>16</sup>, les frères de jour ou de mois (*frații ziutici* ou *lunatici*)<sup>17</sup>, la fraternisation de propriété ou sur la terre (*înfrățirea de moșie*)<sup>18</sup>, la fraternisation entre femmes (*surăție*)<sup>19</sup>, la fraternisation entre femmes et hommes<sup>20</sup>. Cette institution a une origine archaïque et s'est transmise coutumièrement.

Dans la société roumaine, s'établissait donc une relation familiale fictive qui requérait une reconnaissance symbolique de la part de la famille biologique. Pour que cette fiction puisse être réalisée et que les conventions lient les participants, ces derniers vont réaliser une consubstantialité matérielle qui est considérée comme la source de toutes les obligations. Ils mêlent leur sang ou ils mangent ensemble certaines substances (pain et sel), en prononçant des formules magiques : « Je te serai ton frère jusqu'à la mort/Je renoncerai plutôt au pain et au sel que de te laisser »<sup>21</sup>. L'incision au bras droit se fait en laissant tomber quelques gouttes de sang qu'ils mélangent dans un verre d'eau de vie et qu'ils boivent ensemble<sup>22</sup>. D'ailleurs,

<sup>13</sup> Val. Al. GEORGESCU, « Psycho-histoire et histoire des mentalités sud-est européennes au niveau de l'histoire du droit », *Revue des Etudes Sud-Est Européennes*, Bucarest, n° 18, 1980, p. 573–580.

<sup>14</sup> Ceux qui ont eu la même nourrice.

<sup>15</sup> Ceux qui ont le même parrain, voir S. Fl. Marian, *Nașterea la români* [La naissance chez les Roumains], Bucarest, 1892, p. 182.

<sup>16</sup> Tudor PAMFILE, « Frăția de cruce și alte înrudiri » [La fraternisation de croix et autres liens], *Ion Creangă*, XIII, n°s 7–8, juill.–août, 1920, p. 105–111 et n°s 9–10, sep.–oct., p. 122–148.

<sup>17</sup> Ceux qui sont nés dans le même jour ou dans le même mois, voir T. PAMFILE, *Frăția de cruce*, p. 123–124.

<sup>18</sup> Georges FOTINO, *Contribution à l'étude des origines de l'ancien droit coutumier roumain. Un chapitre de la propriété au Moyen Âge*, Paris, 1920, p. 175 et ss; Ion MINEA et L.T. BOGA, *Cum se moșteneau moșiile în Țara Românească pînă la sfârșitul secolului al XVI-lea? Contribuțiuni la istoria vechiului drept în Țara Românească* [Comment s'héritaient les terres en Valachie jusqu'à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle? Contributions à l'histoire de l'ancien droit en Valachie], Iași, vol. I, 1933, p. 33 et ss.

<sup>19</sup> Le serment sur le sang est un acte d'homme et lorsque les filles le font elles ont conscience de pratiquer un acte appartenant à un univers masculin. La substitution juridique « la fille à la place du fils » prouve également cette conscience des faits.

<sup>20</sup> Petru CARAMAN, « Înfrățirea rituală la popoarele sud-estului european și originea eu traco-ilirică » [La fraternisation rituelle aux peuples du Sud-Est de l'Europe et son origine ilirienne], dans Idem, *Studii de folclor* [Études de folklore], vol. 3, Bucarest, Albatros, 1995. L'institution est ancienne et a été décrite par Gheorghe CRONȚ, *Instituții medievale românești. Înfrățirea de moșie. Jurătorii* [Institutions médiévales roumaines. La fraternisation sur la terre. Les jureurs], Editions de l'Académie Roumaine, Bucarest, 1969.

<sup>21</sup> Teofil FRINCU et George CANDREA, *Români din Munții Apuseni-moșii* [Les Roumains de Mont Apuseni], Bucarest, 1888, p. 127.

<sup>22</sup> G. FOTINO, *Contribution*, p. 201.

le caractère sacré du pain et du sel est reconnu aux peuples de l'Europe de l'Est comme symbole de l'hospitalité. Un voyageur étranger français décrit au XIX<sup>e</sup> siècle comment lui personnellement, s'affrèrit avec le grand logothète Dudesco :

« [...] Nous suivons une ancienne coutume valaque, en nous faisant *frate de cruce*, frère de la croix. Aussitôt il mit dans un vase une petite croix d'ivoire, [...] il y ajouta du pain et du sel, puis il me dit : Répétez avec moi : *pe cruce*, par la croix ; *pe pită*, par le pain ; *pe sare*, par le sel, nous jurons d'être toujours frères et de nous donner assistance dans toutes les occasions »<sup>23</sup>.

Maintes fois, les gens qui se trouvent dans une situation difficile s'accordent assistance par l'intermédiaire de la fraternisation. Les contes de fées roumains racontent souvent comment les personnages positifs de ceux-ci s'associent avec les géants ou les dragons qui détiennent des forces surnaturelles. Un récit merveilleux raconte l'entente entre un fils d'empereur auquel ses frères jaloux ont coupé les pieds et un pauvre que ses frères naturels ont rendu aveugle. Pour s'aider réciproquement, tous les deux s'affrèrissent : « Je te propose – dit l'aveugle – que nous devenions frères de croix. J'ai les pieds, tu as les yeux, donc je te porterai sur mon dos ; que je marche pour toi et que tu vois pour moi ».

La fraternisation de croix utilise beaucoup le symbolisme de la croix et du sang. Les deux contractants trempent leurs mains dans un vase où ils ont fait couler un peu de leur sang et ils en absorbent quelques gouttes<sup>24</sup>. Lorsque deux hommes se décidaient à fraterniser, il fallait qu'ils fassent sur leurs bras droits une incision de la forme d'une croix et qu'ils unissent leur sang. Les plaies sont appliquées l'une contre l'autre afin que les « sangs se mêlent » et ne deviennent plus « qu'un seul et même sang ». Au rituel magique ancien s'ajouteront ultérieurement les éléments chrétiens<sup>25</sup>. La croix magique peut être maintenant la croix chrétienne, le pain et le vin peuvent se substituer au corps et au sang du Christ, le rite eucharistique chrétien étant parfois assimilé à un serment sur le sang.

Les aliments font le sang, font la vie et manger de mêmes aliments, signifie ainsi la communion à une même source de vie et de cette manière, se faire un même sang. Le sens du rite de la communion vient de la matière qu'il met en scène. L'analogie du geste, de la matière et de la parole réalise l'expression de

<sup>23</sup> De Legarde, *Voyage de Moscou à Vienne*, Paris, 1824, p. 364–364, *apud* G. FOTINO, *Contribution*, p. 188.

<sup>24</sup> La nature de *blood-covenant* a été étudiée dans les ouvrages d'anthropologie. Les folkloristes roumains ont décrit aussi les liens qui invoquent le sang. Pour une appréciation de l'importance de cette pratique et une brève histoire des liens du sang et de la personne, voir Philippe. OLIVIERO, « Psychologie historique du serment sur le sang », dans Raymond VERDIER (dir.), *Le Serment*, vol. II : *Théories et devenir*, Paris, Editions de CNRS, 1991, p. 218 et ss.

<sup>25</sup> P. CARAMAN, *Înfrățirea rituală*, p. 257.

l'intention d'alliance. La cérémonie est pensée ainsi comme un lien. De là vient le grand rôle de la communion alimentaire dans toutes les religions depuis les plus anciennes jusqu'au christianisme<sup>26</sup>. On mange en commun d'une même chose sacrée pour participer à un même Dieu. Par cela même, on se trouve lié. Le fait de boire dans un même verre se retrouve encore dans de nombreux usages nuptiaux. L'usage de se frapper dans la main également, indique le contrat solennel. Le symbolisme est appréciable surtout dans le contexte d'autrefois, car le droit ancien a longuement été dominé par l'oralité et le dialogue juridique et dans ces conditions, la parole prononcée dans certains contextes, en mangeant ou en buvant solennellement, était l'essentiel<sup>27</sup>. L'usage de sceller le contrat en buvant ensemble n'a vraisemblablement pas d'autre origine. Par exemple, l'*adălmaş*<sup>28</sup> (adalmash, le vin des transactions) précédant la plupart des ventes dans la société traditionnelle roumaine<sup>29</sup>.

Par toutes ces façons (en mettant le sang, le pain ou le sel ensemble), les deux parties se trouvaient obligées l'une envers l'autre ; à certains égards, cette relation de fraternisation résultait d'un acte de leur volonté, d'un échange de promesses ou des serments et en conséquence, elle était contractuelle, car « en ce monde une promesse sérieuse n'est habituellement jamais faite sans contrepartie »<sup>30</sup>. Ainsi, l'accord premier fut consenti non pas à l'autorité.

<sup>26</sup> P. GEARY, « Echanges et relations entre les vivants et les morts dans la société du haut Moyen Âge », *Droit et Cultures*, n° 12, 1986/2, p. 3–17.

<sup>27</sup> Pour le serment au fondement de la politique dans l'histoire de la société occidentale au Moyen Âge, voir Paolo Prodi, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Società editrice il Mulino, Bologna, 1992. Voir aussi la présentation de l'évolution du champ de recherche par rapport au problème de l'opposition communauté – société, p. 20–21: « Certamente vi erano stati nella storiografia dell'inizio di questo secolo alcuni richiami specifici alla valenza politica, sociale e giuridica del giuramento, particolarmente in Germania, in raccolte erudite sulla sua storia o in riflessioni più vicine all'analisi della situazione del suddito dell'Impero per sostenere la necessità della ripresa di un dovere di fedeltà positivo (*Treupflicht*) derivante dall'antica obbligazione germanica del seguito tribale (*Gefolgschaft*). Ma penso si posso affermare che proprio lo sviluppo e la prevalenza, nella storiografia e nel dibattito sociologico degli inizi del secolo, del binomio *Gesellschaft-Gemeinschaft* (società-comunità) comme massima espressione autoctona della tradizione teutonica ha soffocato o almeno molto represso tutti i tentativi di comprendere il ruolo del giuramento, istituto che per le sue molteplici provenienze culturali e per l'intreccio religioso poco si prestava alla fondazione storica della germanità ». Le problème de l'importance du modèle exercé par les jureurs pour la constitution des nouvelles institutions roumaines dans la subordination du prince au XVII<sup>e</sup> siècle dans Oana RIZESCU, « La professionnalisation de l'appareil juridique de l'État en Valachie au XVII<sup>e</sup> siècle : les équipes de « boyards compteurs », dans Claire Dolan (dir.), *Les auxiliaires de la justice du Moyen Âge au XX<sup>e</sup> siècle*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2005,

<sup>28</sup> Du verbe hongrois *aldani* qui signifie bénir.

<sup>29</sup> G. FOTINO, *Contribution*, p. 187.

<sup>30</sup> Konrad ZWEIGERT, « Du sérieux de la promesse. Remarques de droit comparé sur la distinction des actes qui obligent de ceux qui n'obligent pas », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 16, n° 1, 1964, p. 40.

## LE MODÈLE APPLIQUÉ : LA FRATERNISATION SUR LA TERRE

Dans toutes les cérémonies valaques de fraternisation rituelle, les deux frères de sang se faisaient des dons réciproques. L'expression de cet échange initial de matériaux il me semble qu'il se traduira dans une autre étape historique par les dons réciproques que les parties contractantes s'offrent l'une à l'autre. L'échange de dons et de contre-dons qui se réalise au moment de la fraternisation, confère à ce transfert des biens et des obligations, un caractère dynamique qui permettra des évolutions importantes à cause de l'interprétation progressive de la contrepartie qui pourrait être exigible. La fraternisation sur la terre, par ses implications sur le droit de propriété et la succession, nécessite un élargissement de l'analyse qui doit comprendre les facteurs qui en favorisent le développement.

Il est vrai que sous toutes ces formes, se cache une solidarité considérée comme identique de la fraternité consanguine, ayant des effets du point de vue de la propriété et de l'héritage<sup>31</sup>. Mais parfois, l'effet de la fraternisation était si fort qu'il dépassait les liens naturels. Dans le cas de mort d'un frère de croix, celui qui restait en vie héritait du défunt avant son lignage<sup>32</sup>. L'aspect contraignant des éléments « contractuels magiques » est tenu pour briser une solidarité naturelle et pour imposer la fiction des relations fraternelles, tout comme des relations de sang.

Néanmoins, en introduisant un élément « rationnel » et la volonté humaine comme source des relations et des conventions, les gens ont conçu entre eux un lien fictif qui, malgré les éléments du rituel qui l'accompagnent, statue le droit des humains d'établir des conventions. Le rôle détenu par la libre volonté des parties et de cette manière la rationalisation du droit explique, à mon avis, certaines pratiques autrement étonnantes : la fraternisation rituelle entre les frères naturels<sup>33</sup>, les sœurs et les frères naturels<sup>34</sup>, entre les sœurs<sup>35</sup>, les gendres entre eux<sup>36</sup>, neveux et cousins<sup>37</sup>. Paradoxalement fraternisent la mère avec son fils<sup>38</sup>, le père avec sa fille<sup>39</sup>, la tante et son neveu<sup>40</sup> dans le but d'établir de nouveaux rapports

<sup>31</sup> Marcel EMERIT, « L'adoption fraternelle en Valachie et son influence sur la formation de la propriété collective », *Mélange de la Bibliothèque de l'Institut français des Hautes Études en Roumanie*, Bucarest, 1928, p. 1-17.

<sup>32</sup> I. MINEA, L. T. BOGA, *Cum se moșteneau moșiile*, vol. I, p. 35-37.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 33-35.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 30-33, 35-37.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 35-37.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 37-38. Voir aussi *Catalogul documentelor Țării Românești din Arhivele Statului* [Le catalogue des documents de la Valachie dans les Archives de l'État] (*Cat. doc.*), vol. IV (1633-1639), Bucarest, 1981, n° 1395, 10 fév. 1639.

<sup>37</sup> I. MINEA, L.T. BOGA, *Cum se moșteneau moșiile*, vol. I, p. 40-43.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 49-50.

successoraux<sup>41</sup>. Une telle entente était confirmée par le prince de la manière suivante : « quelqu'un est venu devant Ma Seigneurie et a établi quelqu'un sur sa part de terre, aussi étendue qu'elle sera choisie, afin qu'ils soient frères inséparables à tout jamais ». Les exemples sont nombreux : on trouve une fraternisation entre les moines d'un monastère et les fondateurs du couvent qui se réalise en divan pour que chaque partie engagée détienne la moitié d'une montagne<sup>42</sup>. Fraternalisent aussi les villageois avec l'évêque en tant que propriétaire d'une terre obtenue par donation dans le but de préserver le domaine de l'évêché<sup>43</sup>. La participation des évêques en tant qu'acteurs du processus de fraternisation rend au rituel magique son utilité pratique aux yeux des gens.

#### LE CREUSET DE L'EXPÉRIENCE FRATERNELLE : LES COMMUNAUTÉS VILLAGEOISES

L'utilisation du contrat d'« affrèrement » a été jugée par les sociologues qui ont entrepris les enquêtes sur le terrain dans les communautés villageoises roumaines du XX<sup>e</sup> siècle, comme une conséquence de l'évolution qui se réalise dans le domaine de l'exploitation des terres, processus semblable aux autres évolutions décrites par les historiens du droit<sup>44</sup> ou les anthropologues<sup>45</sup>. Le système de la propriété en indivision, l'arpentage, l'importance des techniques agraires dans l'héritage, tout cela a déjà été décrit et interprété par Georges Fotino<sup>46</sup>, P.P. Panaitescu<sup>47</sup>, Gheorghe Cronț<sup>48</sup>, Henri H. Stahl<sup>49</sup>, Daniel Chirot<sup>50</sup>. J'y réfère

<sup>41</sup> G. FOTINO, *Contribution*, p. 175.

<sup>42</sup> *Cat. doc.*, vol. VII (1650–1653), n° 659 et n° 660, 26 avril 1652.

<sup>43</sup> *Ibidem*, n° 816–818, 1<sup>er</sup> nov. 1652.

<sup>44</sup> G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi, 1978, p. 4: « Ogni sistema di norme giuridiche regola direttamente o indirettamente modi violenti di trasferimento della proprietà, mediante l'organizzazione di un potere sovrintendibile che impedisca o ponga rimedio ai trasferimenti violenti di proprietà ».

<sup>45</sup> Jack GOODY, « Inheritance, Property, and Marriage in Africa and Eurasia », *Sociology*, 3, 1969, p. 63: « It is clear that such a system of property distribution, which involves the establishment of some type of conjugal fund, is difficult to operate unless marriage (marriage with property) is monogamous, and it is highly significant that monogamy is firmly associated with this Eurasian mode of transmitting property ».

<sup>46</sup> *Contribution*, *loc. cit.*

<sup>47</sup> Voir *Obștea țăărănească* [La communauté villageoise], Bucarest, Ed. Academiei, 1964, p. 142–147, qui en fait dériver la protimésis de communauté agraire.

<sup>48</sup> *Institutiile medievale*, *loc. cit.*

<sup>49</sup> *Contribuții la studiul satelor devălmașe românești* [Contributions à l'étude de la communauté villageoise roumaine], 2<sup>e</sup> éd., Bucarest, Cartea Românească, 1998, vol. II, p. 178–195.

<sup>50</sup> *Social Change in a Peripheral Society. The Creation of a Balkan Colony*, Academic Press, New York, San Francisco, London, 1976, trad. en roum. par Victor Rizescu, *Schimbarea socială într-o societate periferică. Formarea unei colonii balcanice*, Bucarest, Corint, 2002.

simplement et je n'en retiens que les remarques qui concernent la fraternisation comme système successoral. Des similitudes existent entre le cas roumain et les cas occidentaux<sup>51</sup>, mais également il y a des différences notables.

Les historiens et les sociologues roumains ont supposé que le contexte général social au XVII<sup>e</sup> siècle continue d'être celui des communes (*obștile sătești*) qui commenceraient à renoncer à l'égalité plénière des droits d'usage, en faveur des quotes-parts inégales, en plusieurs étapes et sous différentes formes tout au long du Moyen Âge. Dans la chronologie qu'ils nous proposent, on peut reconstituer dans l'évolution des communautés villageoises, qu'il y eut un temps où les familles n'avaient que l'usage du patrimoine commun. Mais de plus en plus, l'on passa à une économie monétaire, lorsque les marchés internes et externes gagnent en importance. Dès que l'on se mit à viser la production de marchandises, les moyens d'obtenir l'argent se multiplièrent : l'élevage des animaux sur les pacages communs, la commercialisation d'une quantité plus grande de bois sous la forme de planches, poutres, bardeaux, etc. Certaines familles s'enrichirent grâce au négoce et à une exploitation plus systématique du patrimoine commun et contre les différences apparues dans l'intérieur de la communauté et cette dernière finit par se défendre, en imposant une limite aux droits d'usage. Ainsi, on a supposé que l'assemblée villageoise a décidé de remplacer l'indivision absolue par une indivision « plafonnée », c'est-à-dire que l'on passe à une indivision égalitaire dans le sens où chaque membre de la communauté reçoit en partage une surface égale de terrain, une quote-part égale de revenus communs. Sur fond de dynamique commerciale encouragée économiquement ou politiquement, toute une série des désagrèments pouvait surgir. Afin d'assurer leur droit de disposer librement de leur terre, les paysans se défendront contre la règle juridique ancienne de l'indivision absolue et de l'indivision plafonnée et égalitaire, en faveur de droits indivis inégaux et en fin de compte pour une propriété individuelle.

#### LA PRÉEMPTION ET LE PARTAGE DES TERRES DANS LES COMMUNAUTÉS VILLAGEOISES

Lors d'un partage des terres dans la communauté, le village n'admettait parmi ses bénéficiaires que les familles appartenant aux lignées dont l'indigénat était clair, car détenir une part donnait au possesseur un droit « de partout », sur tous les terrains utilisés communément. Dans ce système, les techniques d'arpentage qui s'efforcent de partager en quotes-parts égales les terres qui

<sup>51</sup> R. AUBENAS, « Le contrat d'affragement dans le droit provençal du Moyen Âge », *Revue historique de droit français et étranger*, 1933, p. 478-505. Voir aussi Anita GUERREAU-JALABERT, « Qu'est-ce que l'adoptio dans la société chrétienne médiévale? », *Médiévales*, 35, Automne 1998, p. 33-49

reviennent à chaque lignage, finissent par morceler la terre en autant de sous-lots qu'il y aura d'héritiers. C'est en fonction de ces lignées que l'on partage le terrain, chaque lignée continuant à partager le lot qui lui revient. Mais les sous-lots ne le sont qu'au sein de leur propre groupe en suivant les règles de leur propre généalogie. Comme les lots des diverses lignées sont égaux, on les considère comme « frères », tout comme si l'ensemble des lignes ascendantes du village dérivait d'un seul ancêtre. Les familles membres du village ne se perpétuent d'une génération à l'autre que par prolifération interne<sup>52</sup>. Il arrive toutefois que l'une de ces familles vienne à manquer de fils, tout en ayant des filles. L'on a alors recours à un *pia fraus* juridique : on déclare que l'une des filles est à considérer en tant que fils<sup>53</sup>. On la dote, tout comme s'il s'agissait d'un garçon et on lui donne pour mari un membre du village qui vient s'installer dans le ménage des vieux pour y recevoir le statut habituel des brus. Le gendre qui vient habiter la maison de sa femme est considéré avoir été « épousé » et non « avoir épousé ». Il perd ainsi son nom, pour prendre celui de sa femme. L'expression coutumière qui exprime cette situation exceptionnelle est celle « d'entrer en gendre dans la cour du ménage »<sup>54</sup>. On doit ajouter qu'en Valachie, toute personne porte le nom du ménage où elle vit. Si une femme veuve continue à être le chef du ménage de son défunt époux, elle porte le nom de celui-ci. Se remariant, si son nouveau mari vient habiter chez elle, alors c'est lui qui prend le nom de sa femme ou le nom du premier mari. Même ses enfants porteront le nom du ménage dont ils font partie. Étant donné le mécanisme social et l'intolérance contre toute pénétration étrangère, on procède à la fraternisation d'un gendre qui vient d'un autre village si on veut lui permettre d'habiter chez ses beaux-parents. On le déclare donc « frère » de ses beaux-frères<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Neal M. SOSS, « Old Testament Law and Economic Society », *Journal of the History of Ideas*, vol. 34, n° 3 (Jul.-Sep., 1973), p. 333: « The first problematic phase in the law involves the use of the word „brother”. This could be taken to imply that the responsibility for the poor is consanguineous, resting most broadly on the clan. In Hebrew, however, the term „brother” is often extended metaphorically to members of a larger group, most often the Hebrew nation ».

<sup>53</sup> H.H. STAHL, *Contribuții*, vol. III, p. 123. Manière spécifique eurasiatique, décrit par J. GOODY, « Strategies of Heirship », *Comparative Studies in Society and History*, Vol. 15, Issue 1 (Jan., 1973), p. 10: « In Eurasia, the alternative procedure is favored, namely an increase at the junior rather than at the senior generation. Substitute filiation is found more frequently than substitute marriage; a man provides himself with an additional child rather than an additional wife. What are the various ways in which he can do this? The first possibility is to substitute a daughter for a son. Let us assume that any child will have a one-third chance of outliving his father, a reasonable assumption for pre industrial societies ».

<sup>54</sup> H.H. STAHL, *Contribuții*, vol. III, p. 144.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 156. Voir aussi, J. GOODY, « Strategies of Heirship », *loc. cit.*, p. 10: « In farming societies where land is short, inheriting daughters are clearly attractive brides; for them and their lands men will 'marry in' or as the French say 'faire le gendre'. Although the main rule for post-marital residence is for the wife to joint the husband, in this situation the reverse will occur ».

Lorsqu'il s'agit d'une propriété en terres, « la fraternité sur la terre » se constituait avec le consentement des membres de la famille et de la communauté rurale respective. L'expression utilisée dans les actes de vente de terres : « on a demandé l'accord de tous nos frères, d'en haut et d'en bas, de droite et de gauche » s'explique par la survivance d'un droit de propriété en commun. Les membres de la famille en premier lieu et les membres de la communauté territoriale en second lieu avaient un droit de préemption sur les terres qu'on voulait aliéner<sup>56</sup>. Ce droit de préemption comme institution de la solidarité familiale et villageoise, fut utilisé pour empêcher la pénétration des étrangers dans les terres de la famille ou de la communauté rurale<sup>57</sup>. Pendant longtemps, le droit de copropriété familiale fut tellement fort et respecté que, quoique la famille ne vécût plus en communauté, il s'opposa à ce que chaque détenteur actuel pût disposer de ses biens par donation testamentaire ou autre. D'ailleurs, tout membre de la communauté avait même le droit de « retrait » (*înțoarce banii*), pouvant « jeter la monnaie » (*lepăda banii*)<sup>58</sup> à la face de l'acheteur étranger, annulant ainsi son droit mal acquis ou obtenu sans publicité<sup>59</sup>. Le possesseur d'un lot n'avait qu'un droit de jouissance ; c'est la famille qui était « propriétaire ». Seulement, comme elle ne pouvait exercer collectivement ce droit par suite de sa dispersion, c'était le parent le plus proche du décédé qui était substitué aux droits de ce dernier. L'héritage est donc solidaire d'idées et de pratiques archaïques<sup>60</sup>.

#### DIFFÉRENTS MOYENS D'ASSURER L'HÉRITAGE DANS LA SOCIÉTÉ ROUMAINE

Le problème de l'ordre de préférence en cas d'héritage donnait à la préemption le caractère d'un vaste ensemble de structures hiérarchisées. Entre les

<sup>56</sup> Pour toutes les données bibliographiques et documentaires, voir Val. Al. GEORGESCU, *Preemțiunea în istoria dreptului românesc. Dreptul de protimisis în Țara Românească și Moldova* [La préemption dans l'histoire du droit roumain], Bucarest, 1965 et un résumé du livre en français, Idem, « La préemption et le retrait dans le droit féodal de Valachie et de Moldavie. Aspects de structure et de réception », *Nouvelles Etudes d'Histoire*, Bucarest, n° 3, 1965, p. 181–203.

<sup>57</sup> Val. Al. GEORGESCU, *Preemțiunea*, p. 121 : la préemption roumaine constitue l'une des formes qui expriment le caractère conditionnel de la maîtrise sur le sol, sur les Tziganes et sur les serfs. A chaque réseau de solidarité correspond un droit de préemption : la protimisis reconnue aux parents du sang de l'aliénateur (retrait lignager); celle de co-indivisaires non apparente à l'aliénateur (retrait d'indivision, qu'il s'agisse de propriété en main commune ou de copropriété de type évoluée); la protimisis vicinale (retrait de voisinage) compétant aux membres de l'ancienne communauté agraire (*megieși*); celle de propriétaire (vendeur) antérieur et de ses parents du sang, par rapport au maître actuel de la chose aliénée, etc.

<sup>58</sup> *Cat. doc.*, vol. VI (1645–1649), Bucarest, 1993, n° 767, 10 mars 1647.

<sup>59</sup> *Ibidem*, n° 1163, 25 juin 1648. Le *vornic* Udriște est mis en prison pour acquitter une amende, « năpăstuit că a vândut fără știre ».

<sup>60</sup> Voir Jack GOODY, « The Classification of Double Descent Systems », *Current Anthropology*, Vol. 2, Issue 1 (Feb., 1961), p. 3–25.

membres du groupe familial, la préférence allait au parent le plus rapproché sans limitation de degré, et collectivement, s'ils étaient parents du même degré. À l'égalité de degré, le parent co-indivisaire passait avant le simple parent du sang. En matière de retrait lignager, on faisait en général application de la règle *paterna paternis, materna maternis*<sup>61</sup>. Entre voisins limitrophes, c'était la position et l'étendue du voisinage qui décidaient la priorité. Entre créanciers, la préférence allait à la plus forte créance. Toute personne qui voulait aliéner sa part de terre devait l'annoncer à ceux qui avaient le droit de préemption. Cette *denuntiatio* se faisait dans l'église trois dimanches avant la future vente<sup>62</sup>. À Byzance, cette *protimesis* devait avoir lieu un mois avant que l'on procède à l'aliénation si les personnes étaient présentes ou 4 mois auparavant dans les cas où elles étaient absentes. Mais chez les Slaves et les Byzantins, une fois la formalité accomplie, si les ayants droit avaient renoncé à exercer leur droit de préemption, l'aliénation ne pouvait pas plus être attaquée par eux<sup>63</sup>. Or, chez les Roumains, dans certains cas, même si l'on avait préalablement mis au courant de la vente les personnes ayant un droit de préemption et même si celles-ci n'avaient pas exercé leur droit, elles pouvaient quand même restituer à l'acquéreur le prix et le forcer à s'en aller.

### III. INTERPRÉTATIONS PAR LA PERSPECTIVE DU DON

#### L'AFFRÈREMENT COMME DÉTOUR DE LA COUTUME

Étant donné le droit de préemption, l'entière pratique de l'affrèment semble être un détour de la coutume, car en faisant appel à la « fraternisation », on transformait deux personnes étrangères en « frères de sang ». L'on fit fraterniser ainsi les filles avec leurs frères, ou bien les gens qui avaient déjà leurs patrimoines privés et de cette manière on agrandit la masse successorale ou, respectivement, on

<sup>61</sup> J. GOODY, « Strategies of Heirship », p. 5: « Eurasia is marked by vertical inheritance and succession. In terms of the transmission of property (inheritance) and office (succession), collaterals are usually set aside as residual heirs or are even eliminated altogether, a fact which is bound to affect the nature of dynasties on the hand and of descent groups on the other. This process of sloughing creates certain problems for vertical inheritance, because it means there is a possibility of having either no heir or else an heir too young to act (a situation which entails a minority and a regency, with all the inherent dangers). Nevertheless this same process is intrinsic to the system since one of the functions of lineal succession is often the preservation of the status of offspring in a society with differentiated strata based on property-holding (or other relatively exclusive rights) ».

<sup>62</sup> G. FOTINO, *Contribution*, p. 125.

<sup>63</sup> Olga MARIDAKI-KARATZA, *Legal Aspects of the Financing of Trade*, dans Angeliki E. LAIOU (ed.), *The Economic History of Byzantium: from the Seventh through the Fifteenth Century*, Dumbarton Oaks Studies, 2002, volume 3, p. 997–1112.

la conserve<sup>64</sup>. Par ces ententes, les deux « frères » s'obligent que les biens mis en commun reviennent à celui qui survivra. Ainsi, l'utilisation de la fraternisation pour régler la succession à l'intérieur du lignage permet la transformation de la « fraternisation de sang » en vente déguisée et soulève ainsi le problème de la rationalité du don. C'est ici qu'un doute apparaît. Est-ce que la terre est un bien aliénable ou inaliénable ? Le nombre des ventes simples est assez nombreux au XVII<sup>e</sup> siècle. Ce sont les droits qui grèvent les terres de la communauté qui font la terre communale inaliénable. Selon Maurice Godelier, pour que certaines choses soient en commerce, des autres doivent être hors commerce, thésauriser<sup>65</sup>.

Sur le plan du don que la partie qui entre dans un patrimoine doit payer, on peut proposer deux interprétations : l'une qui insiste sur l'aspect obligatoire du « retour », l'autre sur la liberté des contractants. L'échange en général, et le don en particulier, sont, à l'époque, encore plein d'ambiguïtés : moins sans doute à cause de la variété extrême des phénomènes que l'on veut y inclure (et qui relèvent autant de l'économique que de la politique, du religieux, de la parenté, des représentations collectives), qu'en raison des connotations floues, et parfois contradictoires, qui accompagnent ces notions. Ainsi, on peut opposer la liberté de l'échange à l'obligation de réciprocité, la gratuité du don au jeu des intérêts, la spontanéité à la norme. Par rapport à l'échange archaïque des objets, le don révèle un phénomène social total, où l'important n'est pas de maximiser le profit matériel, mais bien de réaliser l'équilibre et la cohésion de la société<sup>66</sup>.

Si l'on voulait donc introduire un étranger au sein d'un lignage, lui donnant ainsi un droit d'indigénat, on n'avait qu'à recourir à la fraternisation<sup>67</sup>. Vendre un droit d'indigénat devenait possible : le villageois donnait sa part dans un quartier

<sup>64</sup> *Cat. doc.*, vol. IV (1633–1639), n° 548, 15 juill. 1635, les villageois de Vernești s'affrèrent sur l'Évangile avec Jipa de Lorinți : ils donnent 1/3 de terre contre 12 000 *bani* et un tonneau de vin; n° 615, 9 nov. 1635, Micul s'affrèrent avec le *spathaire* Gavrilaș sur 8 *stânjeni* de terre; n° 648, 14 jan. 1636, le *postelnic* Nenciul et sa femme, Dâmbrava, s'affrèrent avec le *ceauș* Nedelco pour une terre en Șărbănești, contre un cheval et 2 000 *aspres*; n° 683, 8 mars 1636, le *postelnic* Neagoe de Corșori et ses fils s'affrèrent avec Bratu, dans l'église pour une terre contre un cheval et un arme (*palos*); n° 836, 1636, Zărna pour payer ses dettes, s'affrèrent avec Mușat en lui donnant une terre et pour que celui-ci lui paye les dettes; n° 895, 4 jan. 1637, le *paharnic* Chirca avec le logothète Sima sur une terre pour « le bien que celui-ci l'a rendu »; n° 1395, 10 fév. 1639, Aldea affrèrent sa fille, et sa fille affrèrent son fils; n° 1435, 31 mars 1639, Badea s'affrèrent *sur la croix* avec Stroia pour une terre contre un cheval et 2000 *aspres*; n° 1495, 10 juin 1639, le tailleur Ion s'affrèrent avec Stoica pour un lieu de moulin contre 7 *ughi* et demie.

<sup>65</sup> M. GODELIER, *L'énigme du don* ; A. CAILLE, « Du don comme réponse à l'énigme du don », *L'Homme*, n° 142, avril-juin, 1997, p. 93–98.

<sup>66</sup> P. HAMILTON-GRIERSON, « Artificial Brotherhood », *Encyclopedia of Religion and Ethics*, vol. II, New York, p. 857–871.

<sup>67</sup> M. EMERIT, *L'adoption fraternelle*, p. 13; G. CRONȚ, *Instituții medievale*, p. 31 et ss; H.H. STAHL, *Contribuții*, vol. III, p. 127; G. FOTINO, *Contribution*, p. 183.

loti, recevant en échange, toujours sous forme de don, une somme d'argent, des vêtements, des tissus, des cheveux, des moutons, des bœufs, des Tziganes.

L'objet donné n'est pas symbolique, de petite valeur et il n'a rien d'ordinaire ou de personnel. La terre sur laquelle se grève le droit de préemption n'est pas une marchandise offerte sur le marché. Ce contrat, par lequel une partie s'oblige à donner la terre et l'autre un « cadeau », n'est pas un simple échange. Le cadeau de fraternisation est comme l'a remarqué H. H. Stahl, un prix de fraternisation, qu'il me semble similaire aux autres prix par lesquels on achète des droits (par exemple le prix de fiançailles). Dans la fraternisation, la contrepartie est exigible, la finalité est non dissimulée, mais la manière d'entrer dans l'échange et de se mettre d'accord, vise effectivement l'espace nouveau de droit, celui de la convention, opposé au droit de préemption.

Également, l'emploi de la monnaie pourrait suggérer d'autres réflexions. On pourrait supposer que les « frères » procèdent à un lointain degré à la façon du capitaliste qui sait se défaire de sa monnaie en temps utile, pour reconstituer ensuite son capital mobile. L'intérêt pourrait expliquer également cette forme de la circulation des richesses et celle de la circulation archaïque des signes de richesse qui les suivent. Néanmoins, le but de l'utilisation de l'argent en fraternisation n'est pas l'accumulation en sens commercial. L'utilisation de l'argent dans la fraternisation, il me semble, est le signe de la diversité de formes de thésaurisations et non encore un signe de la mobilité du capital.

#### CHANGEMENT DE STATUT

Par la fraternisation, le droit de retrait lignager était annulé, car faire entrer quelqu'un dans sa propre lignée crée un nouveau statut pour l'étranger, mais ce statut est obtenu par une voie qui transgresse la coutume de préemption<sup>68</sup>. L'importance de la fraternisation découle de la façon d'entrer librement dans l'échange, qui met en place une relation réciproque, conventionnelle, et qui formellement respecte le droit de préemption. À mon avis, cette fiction juridique est introduite dans le but d'accommoder l'exigence de la coutume avec le droit de désigner librement la destination d'un héritage. Ayant ainsi obtenu un droit dans la communauté, le « frère » pouvait continuer à acheter, à prêter à usure au sein du village d'autres terrains. La vraie raison pour laquelle toutes les obligations qui découlent du droit de préemption seraient généralement « remplies », et même très scrupuleusement par cette fraternisation, est que le fait de ne pas s'en acquitter place l'homme dans une situation intolérable, celle de se placer dans un espace qui entraîne la transgression. « L'homme qui s'obstinerait à désobéir aux prescriptions

<sup>68</sup> G. FOTINO, *Contribution*, p. 182: « la présence de ces *meghieși* est d'autant plus nécessaire que souvent [...] derrière l'adoption fraternelle peut se cacher une vente déguisée. »

de la loi dans les affaires économiques ne tarderait pas à se faire mettre au ban de la vie sociale et économique, et il le sait parfaitement »<sup>69</sup>.

Par les cérémonies religieuses et magiques de fraternisation, l'acte n'est pas seulement accompli en vue de ses fins et de ses effets primaires, mais aussi il est considéré comme une obligation entre individus ou groupes. « La magie, dans ses formes les plus importantes, est une institution publique, en vertu de laquelle le magicien (qui a généralement hérité de ses fonctions) doit officier pour le compte du groupe tout entier »<sup>70</sup>. Le cérémonial chrétien et le serment sur l'Évangile<sup>71</sup> s'ajoutent aux formes archaïques et par l'autorité du droit canonique que le haut clergé transforme, la fraternisation repose ainsi sur un principe de statut légal.

### LES INTÉRÊTS ET LA PAIX

Passons donc maintenant à une autre notion que nous venons d'opposer à celle de don et de désintéressement : la notion d'intérêt, de recherche individuelle de l'utile. Dans les civilisations traditionnelles, on le sait, on était intéressé, mais d'une autre façon qu'on ne l'est de notre temps<sup>72</sup>. On thésaurise, mais pour dépenser, pour « obliger ». Il y a intérêt, mais cet intérêt n'est qu'analogue à celui qui, dit-on, nous guide<sup>73</sup>. Le motif de ces dons, n'est, à aucun degré, désintéressé.

La question de la sécurité est primordiale est la fonction de la fraternisation est une politique, en assurant la paix dans la communauté. Les gens devenus frères ne changent rien dans leurs statuts antérieurs, ni leurs noms. Il s'agit plutôt d'une mesure de protection sociale, lignagère, l'obligation pour le nouveau entré d'avoir un comportement social non agressif envers la communauté où il s'insère<sup>74</sup>. Ainsi,

<sup>69</sup> B. MALINOWSKI, *Les crimes et la coutume dans les sociétés primitives*, extrait de *Mœurs et coutumes des Mélanésiens* (1933), trad. de l'angl. par S. Jankelevitch, Paris, Payot, 1975, p. 22.

Version numérique par Jean-Marie Tremblay,

[http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques\\_des\\_sciences\\_sociales/index.html](http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/index.html),

consultation du site au 20/11/2001).

<sup>70</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>71</sup> *Cat. doc.*, vol. VII (1650–1653), Bucarest, 1999, n° 967, 17 juin 1653.

<sup>72</sup> Jacques GODBOUT, *Le don, la dette et l'identité : homo donator versus homo oeconomicus*, Paris, La Découverte, 2000.

<sup>73</sup> M. MAUSS, « Essai sur le don », p. 94 : « entre ces deux types, dis-je, s'est étagée toute une série immense d'institutions et d'événements économiques, et cette série n'est pas gouvernée par le rationalisme économique dont on fait si volontiers la théorie. »

<sup>74</sup> J. GOODY, « Strategies of Heirship », p. 4 : « The question of 'security' has several facets. There is the security in old age, which is a prime consideration when there are no alternative means of saving up for the period when an individual can no longer support himself directly out of his productive activities; in these situations an important part of one's savings, one's capital, consists of one's kin. Then there is the security that is gained by making provision for the continuity of the family estate, however large or small. And, related to this latter, is the security not for old age, but for the after-life, the continuity of one's name, one's memory, or one's worship. »

une dissolution qui pourrait avoir une évolution rapide à cause de l'instinct de compétition a été freinée par l'obligation de réciprocité exercée par l'échange des biens et par l'esprit du don. Pour Mauss, le don est un acte qui instaure un double rapport entre le donateur et le donataire. Le don volontaire rapproche celui qui donne de celui qui reçoit. Selon Marshal Sahlins qui met en relation les lois de Nature posées par Hobbes et la théorie de l'échange - don, il y a un lien constant entre l'intérêt de tous et la paix instaurée : « car nul homme ne donne si ce n'est dans l'intention de promouvoir son bien propre ; parce que le don est volontaire et l'objet de tout acte volontaire est, pour chaque homme, son bien propre. (...) De même que la justice procède d'un pacte antécédent, de même la gratitude procède-t-elle d'une grâce antécédente, c'est-à-dire d'un libre don antécédent »<sup>75</sup>.

Dans le cas roumain, les historiens ont remarqué l'aspect conflictuel, voire violent, dans l'infiltration des boyards par un processus lent d'entrée dans les communautés villageoises. Au fil du temps, ces derniers se sont intéressés à conserver cette institution. Malgré toute apparence de processus égalitaire, les documents suggèrent, sinon une différence flagrante de statut entre les frères, au moins une différence de fortune<sup>76</sup>. Néanmoins, dans l'entrée dans l'échange, du point de vue juridique, c'est la liberté des frères d'établir une convention qui est essentielle. Tout acte de vente à l'époque, même s'il est évident que son contenu a été établi en temps de famine, de guerre, etc. précise qu'il l'a été de bon gré. La même condition de liberté et de réciprocité pour établir une convention se retrouve dans la fraternisation.

Les institutions de l'État valideront ce processus surgi dans la société traditionnelle. Les écrits privés ayant pour objet de tels actes d'affrèrissement dans la première moitié du XVII<sup>e</sup> siècle représentent un nombre restreint des documents répertoriés. Également, plusieurs actes ont été soumis pour confirmation au prince régnant du pays<sup>77</sup>. L'intervention doit être vue comme l'exercice du droit de *domenium eminens* que le prince de la Valachie a conservé au fil de temps. Pour comprendre la fonction des fraternisations dans les rapports avec l'autorité princière, on doit signaler aussi les résultats auxquels sont arrivés les historiens et les sociologues roumains sur l'évolution d'une autre institution de l'époque : la renonciation du prince à ses droits de confiscation en cas de déshérence avant le XVII<sup>e</sup> siècle.

<sup>75</sup> M. SAHLINS, « Philosophie politique », p. 13. Voir aussi, A. CAILLE, *L'énigme du don*, p. 97.

<sup>76</sup> *Cat. doc.*, vol. IV (1633–1639), n<sup>os</sup> 548, 615, 648, 683, 777, 836, 895, 1435, 1495; vol. V (1640–1644), n<sup>os</sup> 209, 804, 988, 990, 1147; vol. VI (1645–1649), n<sup>os</sup> 653, 764, 774, 1037, 1214, 1275, 1471; vol. VII (1650–1653), n<sup>os</sup> 791, 795, 817, 818, 967, 1041.

<sup>77</sup> *Ibidem*, vol. IV (1633–1639), n<sup>os</sup> 777, 23 juin 1636, le prince Matei Basarab confirme la propriété sur la terre obtenue par l'affrèrissement par Ilie de Izvorani. Celui-ci s'affrèrisait avec Iorga de Pitești, pour la terre et contre un bon cheval, des vêtements et 2000 aspres en église, avec les mains sur l'Évangile, « înçiși cu brâu Preacuratei, cu zăpis de mare blestem și martori ».

## LE PRIX DE FRATERNISATION ET « LE DON DU CHEVAL »

Les chercheurs P.P. Panitescu et H. H. Stahl ont constaté que les formules qui consacrent « la fraternisation » sont concomitantes avec une autre clause des documents princiers, qui s'exprime ainsi : « que la *prădalica* ne s'applique pas (*prădalica să nu fie*) ». Le sens à donner à cette clause est qu'elle représente la renonciation du prince à son droit de prise sur les biens tombés en déshérence : « et après sa mort, que ses biens ne soient pas *prădalica*, mais bien qu'ils passent à ses filles ». Avec cette occasion on donnait au prince un cheval. Dans un document du 10 février 1639, le prince Matei Basarab confirma un document plus ancien et il reconnaît avec cette occasion que le cheval donné autrefois au prince était pour l'authentification princière et que ce don du cheval représente une coutume<sup>78</sup>. Ce don de cheval au prince n'a pas une contrepartie que le donnant peut exiger. Ce don me semble un don de reconnaissance de la supériorité du droit du prince, qui met ainsi dans une relation de subordination la coutume au droit princier.

Les principaux bénéficiaires de ce changement de droit princier, furent spécialement des boyards qui voulaient s'assurer le droit de commercialiser leurs villages, d'en disposer à leur gré. Pour cela, il fallait obvenir aux risques de la déshérence et obtenir de l'État qu'il renonce à son droit de prise. *Prădalica* disparaissait donc des documents vers le milieu du XVI<sup>e</sup> siècle tandis que la fraternisation résiste tout le XVII<sup>e</sup> siècle et devient sporadique seulement au XVIII<sup>e</sup> siècle. L'intérêt de maintenir une forme traditionnelle opposable à une autre, coutumière, le droit de préemption, justifie, je crois, cette permanence. Le prince s'avérait plus réceptif, car il mettra les conventions et le contrat au centre de ses rapports fiscaux. Au nom de la paix garantie par le paiement du tribut, les sujets ont été obligés à respecter les obligations qui les lient du prince<sup>79</sup>.

En vertu de son droit supérieur de propriété, le prince devait connaître et approuver toute mutation exceptionnelle de la propriété foncière, dérogoire au droit commun<sup>80</sup>. En particulier, à un certain moment de l'évolution de l'État, le milieu traditionnel a utilisé contre ce droit plusieurs méthodes pour arracher la propriété aux prétentions de rétractation du prince : déclarer que telle fille était en droit un fils, instituer le gendre comme maître du nouveau patrimoine obtenu par le mariage sous la forme de dot ou fraterniser avec quelqu'un. Un conflit d'intérêts

<sup>78</sup> *Ibidem*, n° 1395 : À la fraternisation [*la înfrățire, însoțire*], on a donné au prince Basarab en 1515 le cheval pour le sceau de la charte, conformément à la coutume: « calul pentru carte de pecetluit și de cnezire, cum a fost obiceiul atunci în acea vreme ».

<sup>79</sup> Oana RIZESCU, « L'appropriation des sanctions pénales par le système fiscal. L'institution de la garantie personnelle en Valachie au XVII<sup>e</sup> siècle », dans Benoît GARNOT (dir.), *Justice et Argent. Les crimes et les peines pécuniaires du XIII<sup>e</sup> au XXI<sup>e</sup> siècle*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, coll. « Sociétés », 2005, p. 259–269.

<sup>80</sup> *Cat. doc.*, vol. V (1640–1644), Bucarest, 1985, n° 433, 25 juin 1640: « au băgat oameni străini în moșie zicând că fac frăție. »

pouvait donc s'engager entre l'État qui convoitait les biens tombés en déshérence et voulait continuer à exercer son droit de prise, et ceux qui voulaient imposer les règles nouvelles de la vie commerciale, qui étaient celles de la reconnaissance légale de la succession *ab intestat* et du droit de disposer par testament envers des tiers. Mais le renoncement au don de cheval me semble la preuve d'un effort du prince pour garder la cohérence dans l'ensemble des actes juridiques.

La fraternisation continuera la pratique du don, mais cette fois-ci elle comporte une objectivation totalement nouvelle. En tant qu'échange des dons, terre contre objets ou argent, l'idée de contrat mis à sa base est totalement différente de l'idée de solidarité. Elle insiste sur l'aliénation par consentement mutuel. Le don affecte la volonté des parties, mais par la reconnaissance et la confirmation princière des actes de fraternisation, c'était bien aussi une évolution politique : « l'abandon de la force privée en faveur d'un pouvoir public »<sup>81</sup>. La communauté accepte cette fiction juridique, le prince lui aussi accepte et garantit les obligations qui découlent de la fraternisation.

En examinant les pratiques de fraternisation, on constate que les faits des fraternisations sont tous, qu'on nous permet l'expression, des « faits sociaux totaux » : c'est-à-dire qu'ils mettent en branle dans certains cas la totalité de la société et de ses institutions (la préemption, l'héritage, les rapports hiérarchiques et politiques, etc.). Tous ces phénomènes sont, conformément à une logique moderne, à la fois juridiques, économiques et religieux. Ils sont juridiques, de droit privé et public, de moralité organisée et diffuse, strictement obligatoire ou simplement blâmé, politiques et domestiques en même temps, intéressants les classes sociales aussi bien que les communautés et les familles. Ils sont religieux : de religion stricte et de magie et d'animisme et de mentalité religieuse diffuse. Ils sont économiques : car l'idée de la valeur, de l'utile, de l'intérêt, de la richesse, de l'acquisition de l'accumulation, et d'autre part, celle de la consommation, même celle de la dépense pure, purement somptuaire, y sont partout présentes, bien qu'elles y soient entendues autrement qu'aujourd'hui chez nous.

Dans les fraternisations, ce sont les liens du statut personnel qui servaient de modèle aux liens contractuels naissants. Mais les liens du statut réel furent employés pour un autre objet. Dans des circonstances économiques spécifiques, avec un marché roumain intégré dans le commerce ottoman, les boyards passent à la mise en exploitation des terrains communaux par faire-valoir direct, en vue d'obtenir des produits pouvant être commercialisés<sup>82</sup>. Vendre, acheter, louer, affermer, mettre en gage, donner et recevoir par donation ou testament et l'utilisation des contrats spécifiques pour chacune de ces activités auraient pu rendre désuets les actes de préemption. Dans ces circonstances où les biens

<sup>81</sup> M. SAHLINS, « Philosophie politique », p. 6.

<sup>82</sup> Mihnea BERINDEI et Gilles VEINSTEIN, *L'empire ottoman et les pays roumains 1544-1545. Études et documents*, Paris, Editions de l'EHESS, 1968.

changent de caractère économique et juridique, leurs propriétaires essaient de plus en plus d'imposer les règles d'échange comme normes à suivre dans les litiges concernant la terre. Néanmoins, la fraternisation a survécu tout le XVII<sup>e</sup> siècle, car si elle est une fiction juridique, sa logique ne contredit pas l'ensemble des raisons données par le prince dans ces jugements. L'échange est le principe de sa raison.

La fraternisation prouve qu'un contrat peut consister en échange de promesses, qui projette dans un futur plus ou moins éloigné la réalisation effective d'un changement de droits. Ce qu'il y a de plus remarquable dans la nature légale des relations sociales, c'est que la réciprocité, le principe du « donnant-donnant », règne d'une façon souveraine<sup>83</sup>. Le lien entre les frères fictifs indique, également, que le contrat peut être spécifique à une activité donnée plutôt que d'engager toute la personne des contractants<sup>84</sup>. D'autres évolutions sociales peuvent témoigner du même processus endogène de production de norme.

#### IV. CONCLUSIONS

Apparemment, le déclin de la confiscation en cas de déshérence et la fraternisation sont l'expression d'une victoire de la classe des boyards. Le déclin des exemptions fiscales accordées par le prince aux boyards confirme le processus de transformation des possessions des boyards en propriétés. Il est vrai qu'en approuvant les actes de fraternisation destinés en général à modifier le droit successoral et à éviter les déshérences par le fait qu'on assurait l'héritage des biens à des personnes en dehors de la famille, le prince renonçait de fait à son droit sur les biens respectifs, mais de cette manière il encourage la formation d'une brèche dans le droit de préemption qui règle la transmission de biens. Vue sous cette perspective, la fraternisation eut des fonctions sociales contradictoires, car elle apparaît comme étant utilisée encore davantage pour l'aliénation des biens de famille dans l'intérêt des acheteurs de terres. Les conventions fraternelles entre les paysans et les boyards montrent que l'institution a été utilisée pour faciliter l'entrée des grands propriétaires dans une communauté villageoise. De nombreux liens fraternels contractés ont été inspirés par des dettes pécuniaires, obligations des récompenses, amendes, de telle sorte que la fraternisation a été utilisée pour servir aux nécessités réelles de la vie sociale à la suite de l'individualisation de la propriété foncière. Le progrès de la maîtrise individuelle de la terre eut

<sup>83</sup> B. MALINOWSKI, *Les crimes et la coutume*, p. 26-27: « La force de l'habitude, le respect des commandements traditionnels, le désir de satisfaire l'opinion publique et l'attachement sentimental à la tradition, tout concourt à stimuler l'obéissance à la coutume, comme telle et pour elle-même. »

<sup>84</sup> François de SINGLY, « Identité personnelle et identité statutaire dans la sphère privée et la sphère publique », *Archives de philosophie du droit*, tome 41, 1997, p. 53-67.

inévitablement comme effet l'affaiblissement du caractère inaliénable des biens de famille. C'était comme si la société semblait ressentir de manière contraignante les règles coutumières concernant le statut de la personne en lien avec sa possession, mais en même temps, elle considérait l'acte de fraternisation comme ayant plus de force juridique que les autres conventions. Or, le droit est aussi une technique ; par un jeu de commandements, de promesses, d'engagements, il confère à certains hommes pris sur l'événement. Le prince finit par reconnaître dans ces actes que « tout homme a le droit de partager ses biens avec qu'il voudra » et en 1631 le voïvode Léon Tomşa (1629-1632) fut forcé par les boyards à souscrire un acte par lequel il renonçait formellement au droit de confiscation en cas de déshérence.

On peut simplement supposer que la logique qui découle du système de solidarité familiale et villageoise a essayé de s'accommoder des nouvelles obligations imposées par le marché. Le contrat de fraternisation jouera ainsi un rôle crucial dans la production d'une pensée juridique cohérente, car sans brusquer la mentalité des gens, le contrat s'impose comme le principal mode de circulation du droit de propriété, donc d'un rapport juridique fondamental établi entre les personnes et les choses. De fait, maints phénomènes de droit archaïque, pour peu qu'on les scrute plus attentivement, apparaissent comme ambigus, susceptibles d'une interprétation utilitaire aussi bien que mystique. Tel le formalisme dont les procédures et les conventions sont ponctuées : c'est à la fois l'invocation qui associe les dieux à l'affaire et le memento qui aidera les témoins à se souvenir.

La persistance d'une forme traditionnelle, fortement liée aux solidarités familiales et communautaires met en évidence que même dans les structures de pensée coutumières, l'individu peut avoir un statut juridique indépendant de ses groupes d'appartenance, c'est-à-dire que ses activités peuvent l'engager personnellement sans que son groupe soit juridiquement mis en cause ou obligé. Dans une archéologie de l'idée de contrat dans la société roumaine, la fraternisation indique que les droits et les obligations reconnus juridiquement peuvent être créés de façon autonome, sous le mode de la liberté : ils ne découlent pas nécessairement de l'activité d'une instance centralisée s'adressant aux justiciables sous le seul mode de la coercition. Comme Mauss remarque, dans les sociétés traditionnelles « le travail en commun est à la fois nécessaire, obligatoire et cependant volontaire, il n'y a aucun moyen de contrainte. L'individu est libre ». Les formes sociales les plus anciennes ont servi de base aux plus récentes et il arrive bien souvent qu'une sorte de solidarité soit établie entre les uns et les autres de telle sorte qu'il faut conserver quelque chose des premières pour maintenir les secondes. En guise de conclusion pour la fraternisation, c'est la société traditionnelle qui produit une technique juridique conforme à son niveau de développement.

La thèse du sociologue français Emil Durkheim concernant l'évolution de la société en passant d'une solidarité mécanique vers une solidarité organique saisit une mutation normative qui peut être lue comme une mutation sociale induite par

le droit<sup>85</sup>. Le social s'explique en termes d'identité construite de manière interactive et le droit fonctionne en tant que paradigme d'une entière socialisation. Mauss introduit l'obligation de se soumettre à l'exigence de donner, recevoir et rendre. D'où résulte une conception de la causalité sociale qui diffère des déterminismes objectivistes propres au Durkheim. La normativité est immanente à la pratique effective. Dans une genèse de *l'opinio juris* concernant les obligations, la nécessité du changement et sa réglementation pourrait être au fond : « le sentiment éprouvé par un individu que, s'il était législateur, en présence de la même situation, il aurait le devoir de légiférer dans le même sens », ce qui met en évidence le for interne de l'individu<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Leopold POSPISIL, « Le droit comme concept opérationnel fondé empiriquement », *Droit et Cultures*, n° 13, 1987/1, p. 5–23.

<sup>86</sup> Jean CARBONNIER, « La genèse de l'obligatoire dans l'apparition de la coutume », *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 1983, p. 99 et ss., spec. p. 100.