

sonne placée en nantissement ou en location prendra la fuite... » On voit constamment ces deux catégories d'individus envisagées ensemble dans la pensée du législateur. Ainsi l'institution doit avoir existé bien longtemps avant que la loi ne soit venue en déterminer officiellement et clairement la nature, les conditions et les effets.

CHAPITRE II

PERSONNES SUSCEPTIBLES D'ÊTRE PLACÉES EN NANTISSEMENT. FONDEMENT JURIDIQUE DE L'INSTITUTION.

1. Dans toutes les sociétés à mœurs patriarcales très prononcées, les enfants constituent une propriété de la famille et peuvent être aliénés comme les autres biens du patrimoine. Il en est ainsi à Rome et à Athènes. Il en est de même chez les Hébreux, chez les Hindous et les Battaks de la Malaisie. Au Siam et au Cambodge, l'épouse est assimilée à la fille. Toutes deux peuvent être vendues à sa guise par le maître de la maison.

En Annam, le caractère patriarcal se modifie et devient plus doux. Le fils n'est plus, nous l'avons vu, une chose vendable. Cependant, son père, en tant que chef du foyer, a encore sur lui des droits puissants. C'est lui, en général, qu'on met en gage quand la famille se trouve dans le besoin. Le produit de son travail, pendant tout le temps qu'il vit sous le toit paternel, appartient à la collectivité familiale représentée par le chef. Celui-ci peut donc utiliser cette source de revenus de la manière la plus favorable au bien commun, selon les circonstances qui se présentent. La fille, naturellement, se trouve dans la même situation que le fils, tant qu'elle n'est pas mariée.

Jusqu'à quel âge peuvent-ils être donnés en nantissement ? La loi et la coutume annamites ne fixent pas la majorité civile. « Quand on dit qu'à vingt ans le jeune homme prend le bonnet viril et qu'à seize ans la jeune fille prend l'épingle à cheveux, ces expressions signifient qu'ils sont devenus des adolescents accomplis. Mais ces âges ne sont pas ceux de la majorité de l'homme et de la femme au point de vue de la capacité civile¹. » Cependant, à dix-huit ans, le jeune homme commence à avoir des droits et des devoirs dans son village. « C'est à cet âge qu'il prend part à la vie communale et qu'il paie l'impôt. Les notables ne le laissent pas atteindre cet âge sans l'appeler à supporter les charges communales, veillées, corvées, etc... Le jeune homme de dix-huit ans a en retour des avantages : participation aux festins, place marquée sur la natte communale, participation au partage des rizières². » Mais bien qu'il soit considéré dans la vie publique comme une personne majeure, il ne continue pas moins au sein de la famille d'être sous la stricte puissance de son père. Le garçon et la fille, tant qu'ils vivent sous le toit patriarcal et tant qu'ils ne sont pas mariés, ne peuvent se soustraire à la volonté paternelle. Celle-ci, sans doute, devient moins autoritaire quand l'enfant est grand, mais elle est toujours vivante et réelle.

2. La deuxième catégorie de personnes qui peuvent être données en nantissement est celle des servantes, ou pour les mieux qualifier, celle « des servantes-concubi-

1. *Recueil des avis du Comité consultatif de jurisprudence annamite sur les coutumes des Annamites du Tonkin en matière de droit de famille, de succession et des biens culturels*, page 47.

2. *Ibid.*

nes ». Ce sont primitivement des filles de coupables, condamnées à être esclaves, comme nous l'avons vu dans le chapitre préliminaire, et distribuées par l'Etat aux mandarins à titre de concubines. Parfois ce sont les mandarins eux-mêmes qui réhabilitent ces femmes esclaves en leur partageant, de façon biblique, l'honneur de leur couche. L'habitude étant entrée dans les mœurs, et comme les condamnations judiciaires sont une pourvoyeuse peu abondante, la pratique cherche un autre moyen. Les personnes, qui ont besoin à la fois du bien-être et de la main-d'œuvre, achètent des femmes à titre de concubines. Cette vente d'enfants est permise car elle n'est pas une aliénation pure et simple. Elle est un mariage, malgré qu'il soit réduit à ses éléments essentiels et primitifs : l'échange de la personne contre un prix et la consommation. Ce mariage, la loi le sanctionne. Elle punit la servante qui s'enfuit et se marie avec un autre homme d'une peine corporelle, pour avoir manqué au devoir de fidélité. Elle casse la seconde union et fait rentrer la femme au domicile conjugal¹. Ses enfants ont la même condition que tous les autres enfants du mari ; ils partagent avec eux, à parts égales, les biens de la famille². Mais l'origine historique de la pratique, le manque de cérémonial et de publicité du mariage, donnent à la servante-concubine, une condi-

1. Code annamite, art. 108 : « Si une femme soumise à la manus (servante ty) abandonne son chef de famille et se trouve en fuite, elle subira 80 coups de truong ; si elle profite de sa fuite pour changer de mari, elle subira 100 coups de truong et elle retournera au chef de famille... »

2. *Ibid.*, art 83, décret I : « Les enfants de l'épouse légitime et des autres femmes... procéderont au partage des biens de la famille et du patrimoine foncier, sans distinguer s'ils sont de l'épouse, des femmes inférieures ou des servantes ; tous viendront au partage seulement pour leur nombre et à parts égales. »

tion assez singulière, qui tient à la fois de celle d'une serve-domestique et d'une femme de second rang. Cette situation subalterne la met sous la dépendance la plus complète du chef de famille. Celui-ci a, en quelque sorte, sur elle un droit de propriété qui lui permet de la mettre en gage, le cas échéant.

3. Il existe encore dans la famille annamite une troisième catégorie de personnes sur laquelle le maître du foyer a la puissance : ce sont les femmes de second rang. Celles-ci ne sont pas achetées purement et simplement comme les servantes-concubines. Elles sont épousées d'après les rites traditionnels, d'ailleurs très souvent simplifiés. Dans la maison elles n'ont pas la même condition que l'épouse principale qui, seule, compte légalement comme autorité féminine. Elles sont placées au rang des filles (*filiae loco*), tout comme les femmes romaines mariées *cum manu*. Les enfants, même les leurs, les appellent « grandes sœurs » (chi) ou « sœurs cadettes de la mère » (di), car, devant la loi, leur véritable mère à eux tous est la première femme du père.

Théoriquement, le chef de famille peut mettre en nantissement les femmes de rang inférieur, puisqu'elles ont la même condition que les enfants. Cependant la coutume annamite ne paraît pas sanctionner cette pratique. Le Code de Lê, qui reflète exactement les mœurs nationales, ne parle pas de la mise en gage des femmes, de quelque rang qu'elles soient. Seul, le Code Gia-Long le permet. Or, nous savons déjà que ce corps de lois convient plus à la société chinoise, au caractère patriarcal très prononcé, qu'à la société annamite. De toutes façons, en Annam, la femme mariée jouit d'un certain

prestige aussi bien au point de vue social qu'au point de vue familial, et le mari, malgré sa puissance de chef du foyer, ne peut, en certains cas, méconnaître leur volonté. Si parfois, selon la loi de Gia-Long, il veut, à l'occasion d'un prêt, placer une femme de second rang en nantissement, il ne peut certainement le faire de sa propre autorité comme quand il s'agit d'un enfant. La coutume s'y oppose. Ces cas de mise en gage sont extrêmement rares, sinon inexistants. Les dispositions du Code Gia-Long, en cette matière, sont restées lettres mortes.

4. Que faut-il penser de l'engagement de la femme principale elle-même ? En Chine, la loi, tout en proclamant son égalité avec le mari, permet à celui-ci de la mettre en gage sans la consulter, tout comme pour les enfants et les femmes inférieures. Le législateur justifie cette contradiction en disant que « le droit de commander et de diriger en maître appartient à l'époux ; il n'est pas au pouvoir de la femme de s'y opposer...¹ » Cette fameuse égalité entre l'épouse et le mari, la femme chinoise ne la connaît que comme une ironie amère ou un beau mirage de la loi..

La coutume annamite, inscrite dans le Code des Lê, accorde à la femme principale une égalité plus effective et une autorité plus efficace. Ce que nous avons dit des femmes de second rang nous laisse déjà entrevoir l'opinion du peuple sur le nantissement de l'épouse. La loi de Gia-Long n'a, sur ce point, aucune influence sur les mœurs. La femme de premier rang est l'égale du mari dans le sens plein du mot. La coutume, pour qua-

1. Code annamite (Phylastre), Commentaire officiel de l'art. 96.

lifier sa condition, lui applique l'épithète « dich » qui signifie : adversaire, égale en puissance. Dans les cérémonies cultuelles, l'épouse occupe le même rang que son mari devant l'autel, le mari à gauche (place d'honneur), la femme à droite. Dans les funérailles, anniversaires, cérémonies de famille, l'épouse y prend part au même rang que son mari. On la dénomme d'ailleurs « nôi tuong » (général de l'intérieur). C'est presque toujours elle qui détient l'argent, gère les biens, règle les dépenses, perçoit les revenus, encaisse les loyers, accomplit en un mot tous les actes d'administration. Elle a avec le mari les pouvoirs généraux d'éducation sur les enfants¹. » Mais gardons-nous de faire cette erreur qu'égalité de puissance signifie indépendance et dualité de volontés, c'est bien plutôt indépendance et unité d'action. Le mari, étant le représentant qualifié de la famille et le chef du culte dans la maison, doit passer tous les actes importants, mais il doit, pour le faire, demander le consentement préalable et la signature de son épouse. Ainsi, les aliénations d'immeubles ou même de meubles communs, par exemple, ne peuvent être faites que par l'action conjointe des deux époux². Alors, il est certain que le mari ne peut mettre sa femme principale en nantissement comme il le peut avec son fils et sa fille. Déjà pour

1. *Recueil des avis du Comité consultatif de jurisprudence annamite sur les coutumes des Annamites du Tonkin en matière de droit de famille, de succession et de biens cultuels*, page 7.

2. L'égalité étant complète entre le mari et la femme, celle-ci peut, par réciprocité, aliéner tous les biens communs avec le consentement de son époux. Qu'il s'agisse de l'un ou de l'autre conjoint, l'acquéreur exige toujours leur intervention simultanée. Dans la pratique, les actes sont passés au nom du mari avec la mention « conjointement avec mon épouse » et portent la signature des deux époux. Cf. *Recueil précité*, pages 2 et suivantes.

ceux-ci, d'ailleurs, le consentement de l'épouse est nécessaire, car elle contresigne tous les actes importants.

Mais la femme peut-elle s'engager elle-même pour garantir une dette personnelle ? Théoriquement il faut répondre par l'affirmative avec cette condition qu'elle doive obtenir l'assentiment de son mari.

5. Il reste enfin dans la maison un dernier personnage, le chef de famille lui-même. Peut-il se donner en nantissement ? Briffaut et Philastre, commentant exclusivement la loi de Gia-Long (qui n'envisage d'ailleurs pas ce cas), répondent qu'il le peut. Théoriquement et apparemment, en effet, le maître du foyer est maître de lui-même. Il peut donc employer son activité de la manière qu'il juge convenable et se donner en gage si cela est nécessaire. Mais cette idée n'est pas entièrement juste. Nous pensons que parfois et même souvent, ce maître tout puissant du foyer n'est pas du tout maître de lui-même. Il se doit au culte familial. Son activité appartient à ses aïeux. Il doit rester au foyer pour allumer le feu et l'encens sur l'autel ancestral qu'il ne peut transporter ailleurs. L'Annamite, père de famille, est attaché à son village, à sa maison et à sa tablette sacrée.

La seule hypothèse où le chef d'une souche peut se donner en nantissement est celle où il vient de s'installer avec sa jeune famille hors du toit patriarcal et où il n'a aucun tombeau à entretenir, par suite, aucun culte à célébrer. Mais ces cas d'engagement ne doivent pas se rencontrer souvent. Ni le Code des Lê, ni le Code Gia-Long ne les ont envisagés d'une façon expresse. Leur silence n'équivaut pas évidemment à une interdiction, mais il confirme ce fait qu'on n'a pas besoin de légiférer sur une chose que le peuple ne pratique pas.

En résumé, la coutume annamite ne connaît pratiquement que le nantissement des enfants, garçons ou filles. Elle n'admet pas, comme dans la Cité chinoise, la mise en gage des femmes, de quelque rang soient-elles. Quant aux servantes-concubines, leur nantissement est un cas plutôt théorique que pratique, car elles n'existent que chez les grands mandarins et dans les familles très riches, qui n'ont pas besoin de recourir à ce procédé d'emprunter.

6. Sur quel fondement juridique la loi a-t-elle permis au chef de famille de mettre en gage ses enfants ? Est-ce, comme le laisse entendre Briffaut¹, par ce principe antique, en vigueur dans toutes les sociétés primitives, que le débiteur est responsable de ses dettes sur son corps et sur celui des personnes qui le continuent ? C'est une explication fort intéressante, qui a non seulement l'avantage de s'appliquer à un grand nombre de peuples, mais qui semble, au premier abord, avoir un appui dans la coutume annamite consacrée dans le proverbe « La dette du père est payée par le fils », « phu trai tu hoan ». Ici, en effet, l'enfant continue le père, d'après la loi, jusqu'à tel point que leur personnalité morale et même leur corps physique ne font qu'un. L'article 38 du Code des Lê permet au fils de se substituer à son auteur pour subir les peines corporelles à sa place. En frappant l'enfant, on croit frapper le père. En mettant la main sur l'un pour garantir une créance, on penserait donc mettre la main sur l'autre. La représentation est ici idéalement parfaite.

1. Briffaut (C.), *L'esclavage et l'engagement pour dettes dans le droit sino-annamite*.

Mais, d'après nous, si ce dernier principe est très vrai, l'autre par lequel Briffaut explique le droit du père de mettre en gage ses enfants, à savoir que le débiteur est tenu sur son corps ou celui des siens des dettes qu'il contracte, est entièrement faux, appliqué à la société annamite. Nous avons vu, en effet, dans le chapitre préliminaire, que si au Siam et au Cambodge, comme dans d'autres pays, il est permis au chef de famille de se vendre ou de donner à sa place ses enfants pour compenser une dette, cette pratique n'est pas en usage dans les mœurs annamites et la loi, de son côté, la défend très rigoureusement. D'aucune manière, le pauvre ne peut payer de son corps un créancier intraitable. Philastre écrit dans son commentaire de l'article 134 : « La loi ne reconnaît pas la transaction qui consiste à livrer au créancier des personnes de la famille du débiteur en compensation de la dette... Si le débiteur a quelque autre moyen de s'acquitter, la loi donne au créancier, par la contrainte par corps, le moyen d'obtenir le paiement de sa créance ; si, au contraire, le débiteur n'a rien, il ne peut être tenu à s'acquitter au moyen du travail des siens¹. »

Le principe du droit annamite est que l'homme n'est tenu de ses dettes que sur l'ensemble de son patrimoine. C'est un principe identique à celui du droit français, formulé dans les articles 2092 et 2093 du Code civil². Si, au

1. Philastre, Code annamite, t. I, page 607.

2. Art. 2092 : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de rembourser son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. »

Art. 2093 : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix se distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. »

terme échu, le créancier n'est pas payé, il peut demander au magistrat d'exercer la contrainte par corps sur son débiteur, en le mettant en prison. Mais où l'on voit tout de suite que ce dernier n'est pas tenu de la dette sur sa personne, c'est que cette contrainte n'est délivrée contre lui que s'il a des biens et que, par malhonnêteté, il se refuse à rembourser ses emprunts. La contrainte par corps n'est qu'un moyen pour triompher de son mauvais vouloir ou de ses fraudes. Le décret III, inséré sous l'article 233 du Code Gia-Long, prescrit : « ...Pour tout produit d'action illicite consistant en biens privés des particuliers, lorsqu'il aura été reconnu que les coupables n'ont absolument ni maisons ni biens et qu'ils n'ont pas de ressources pour tout restituer, ils seront toujours exonérés des restitutions, sans qu'on puisse en charger aucune personne de leur famille ; si, mal à propos, des personnes de leur famille ont été poursuivies et soumises à la contrainte pour les restitutions, les fonctionnaires chargés d'exercer la contrainte seront dégradés... »

7. On ne peut ainsi expliquer le nantissement des enfants dans la Cité annamite par le vieux principe de l'acquittement des dettes par l'abandon définitif ou temporaire du corps du débiteur ou de celui qui le remplace. La vraie explication, selon nous, est bien plus simple ; et elle a le mérite d'être universelle : c'est le principe de la puissance paternelle. Dans toutes les sociétés à mœurs patriarcales, le chef de famille concentre entre ses mains tous les pouvoirs et tous les droits. Il dispose des biens, du travail et même de la liberté et de la vie des autres membres. C'est ce droit tout puissant, d'origine religieuse, qui permet, ici, au père de placer ses enfants en nantissement, de les vendre, ailleurs. Tant que le fils

ou la fille vit sous le toit paternel, le produit de l'activité de ses bras appartient à la communauté familiale représentée par son chef. Cette activité elle-même, source de revenus, est une propriété de la famille. Le maître du foyer peut en disposer comme il veut. Ici, il ne peut la vendre, car la loi le lui interdit ; alors, il la met en gage.

Ce qui montre bien que le nantissement est un effet de la puissance paternelle, c'est que le père ne peut plus engager son enfant dès que celui-ci est émancipé ou possède un établissement séparé. D'abord, il est émancipé lorsqu'il est marié et s'en va créer une nouvelle souche en dehors du toit patriarcal. Mais il est encore émancipé lorsque, après son mariage, il continue à vivre dans la famille avec ses parents. Dans ces deux cas, il devient pleinement capable et peut posséder un patrimoine propre sur lequel il a tous les droits¹. Le père ne peut plus disposer des biens de l'enfant ; à plus forte raison, ne peut-il plus disposer de son activité. Il ne peut, de même, mettre en gage sa fille mariée, car elle est sortie de la famille et échappe à ses pouvoirs.

8. Cependant, le dogme de la puissance patriarcale qui sert de fondement au nantissement des personnes est ici tempéré par un autre principe que consacre le proverbe cité plus haut. C'est le principe coutumier que la dette doit être payée par son propre débiteur ou par celui qui le remplace naturellement. Bien que, d'après l'organisation de la famille, la représentation mutuelle y soit parfaite et la responsabilité y soit collective — tous étant dans chacun et chacun dans tous — d'après l'ordre naturel, le vrai continuateur du père, son seul

1. *Recueil des avis du Comité consultatif précité*, pages 43 et suiv.

représentant qualifié est l'enfant et surtout le fils. C'est pourquoi la coutume ne permet pas la mise en gage des femmes de second rang qui sont, pourtant, elles aussi, sous la puissance du chef de famille. Elle prend en considération leur état de femme mariée et aussi leur origine dans la maison. Elles sont, étymologiquement, celles qu'on « ajoute » à la famille. Leur personne ne continue donc pas la personne du maître du foyer¹.

9. L'engagement des enfants est-il fréquent ? Peut-être oui, surtout pendant les années où la famine désole les immenses plaines des deltas annamites. Le laborieux paysan y est souvent exposé aux calamités naturelles : sécheresse, typhons, inondations. Nous reproduisons ici, à titre de renseignement, une statistique dressée vers 1880 par Silvestre, alors chef de la justice indigène en Cochinchine². Elle nous donne une idée de l'étendue de la pratique dans la partie méridionale de l'Annam.

1. Cf. *Recueil de jurisprudence et de Droit coutumier précité*.
2. In *Excursions et Reconnaissances*, tome II.

Etat numérique des personnes mises en gage pour cause de dettes.

Désignation des arrondissements	Au-dessus de 20 ans		De 14 à 20 ans		De 10 à 14 ans		Au-dessus de 10 ans		Age non indiqué		Totaux		Observations	
	Hom.	Fem.	Hom.	Fem.	Hom.	Fem.	Hom.	Fem.	Hom.	Fem.	Hom.	Fem.		
Boria	3	1	2	1	6	3	5	3	2	2	13	4	A Bienhoa, le rapport de l'administrateur indique 17 ans comme l'âge moyen des personnes engagées par leurs parents. 31 ans pour celles qui s'engagent elles-mêmes. A Bentre, sont compris dans les chiffres des colonnes 4 et 5 les enfants de 10 à 14 ans.	
Chaudoc	4	9	15	9	3	6	3	3	3	19	15			
Gocong	12	6	18	6	5	6	3	3	3	25	15			
Mytho	9	1	22	7	23	2	3	3	3	9	9			
Soctrang	3	7	22	14	17	8	4	2	3	74	29			
Tay Ninh	41	2	44	8	24	10	5	2	3	111	22			
Travinh	3	3	3	3	3	3	3	3	234	234	48			
Bienhoa	15	5	68	53	3	3	22	5	3	105	63			
Bentre	3	3	3	3	6	3	3	3	3	9	1			
Haiien	3	3	3	3	3	3	3	3	3	3	3			
Camho														
Cholon														
Longxuyên														
Rach-Gia														
Sadec - Saigon														
Tan - An														
Thudaumot														
Vinh - Long														

Les rapports des administrateurs renferment des renseignements généraux desquels il résulte que la mise en gage pour dettes est fort commune, mais ne précèdent aucun chiffre.